Carlos Alberto Carbone

PRUEBA DIFÍCIL DELITOS SEXUALES CÁMARA GESELL Y ABOGADO DEL NIÑO

visión jurisprudencial

JURIS

Juris online

información jurídica integral desde 1952

www.editorialjuris.com

www.editorialjuris.com

Información jurídica integral desde 1952

INSTITUCIÓN FORMADORA DE MEDIACIÓN Nº 27

Según Resolución Nº 28 del Ministerio de Justicia y DD.HH. de Santa Fe

JURIS ONLINE

JURIS DJ (Doctrina y jurisprudencia): consulta ilimitada de:
-JURISPRUDENCIA rosarina, provincial y nacional.
-DOCTRINA seleccionada de autores locales y nacionales.

JURIS VIP (Doctrina, jurisprudencia y libros por suscripción):
consulta ilimitada de:
-JURISPRUDENCIA rosarina, provincial y nacional.
-DOCTRINA seleccionada de autores locales y nacionales.
-LIBROS POR SUSCRIPCIÓN: MODELOS de contratos
y escritos judiciales + LIBROS digitales

BENEFICIOS PARA SOCIOS JURIS DJ o JURIS VIP:

-30 % de descuento en compras de libros y cursos de JURIS.

Para suscribirse

ingrese a **www.editorialjuris.com**, cliquee en "ACCESO", "SOY NUEVO",
elija el plan (DJ o VIP) y siga las instrucciones

Puede realizar búsquedas de prueba, sin cargo, en
www.editorialjuris.com

LIBRERÍA JURIS

-Todas las editoriales jurídicas. Envíos a todo el país y al exterior
-Todas las tarjetas de crédito en cuotas, telefónicamente.
-Transferencia bancaria.

CENTRO DE ESPECIALIZACIÓN JURÍDICA JURIS

Desde 1984, cursos jurídicos teórico-prácticos presenciales o por Zoom

CONSULTAS

Las 24 hs. 341 6543087 editorial@editorialjuris.com

Juris online. Jurisprudencia Rosarina

Jurisprudencia_rosarina

© Copyright by
EDITORIAL LIBRERÍA JURIS
de Luis Maesano

Moreno 1580 / S2000DLF Rosario
Telefax 0341-4267301/2
República Argentina
editorial@editorialjuris.com
www.editorialjuris.com

Edición diciembre 2020

Hecho el depósito que marca la ley 11.723.
Derechos reservados.
Prohibida su reproducción total o parcial.

edición rústica.

ISBN 978-950-817-435-2

ISBN 978-950-817-435-2

9 789508 174352

Carbone, Carlos Alberto
Prueba difícil. Delitos sexuales, Cámara Gesell y abogado del niño : visión jurisprudencial / Carlos Alberto Carbone. - 1a ed. - Rosario : Juris, 2020.
Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga
ISBN 978-950-817-435-2

1. Derecho Penal. 2. Abuso Sexual. I. Título.
CDD 345.081

ÍNDICE GENERAL

Presentación 7

SECCIÓN PRIMERA 9

CAPÍTULO 1
Delitos contra la integridad sexual y el testimonio las víctimas: un caso de prueba difícil en el proceso penal 11

CAPÍTULO 2
Cuestiones procesales y edilicias en torno a la audiencia en Cámara Gesell 29

CAPÍTULO 3
Intervención del imputado para control de la audiencia en sala separada a la Cámara Gesell o por circuito cerrado 63

CAPÍTULO 4
La exclusión del imputado de la Cámara Gesell ante el derecho de información de la víctima respecto de su presencia..... 81

CAPÍTULO 5
La intervención del imputado en la audiencia de anticipo jurisdiccional de prueba y un reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe 93

CAPÍTULO 6
La ley Nº 13.923 de la provincia de Santa Fe que crea el llamado abogado del niño: problemas de implementacion en materia de delitos de abusos contra la integridad sexual de menores 99

SECCIÓN SEGUNDA 145

CAPÍTULO 7
El "leading case"de la Corte Suprema de Justicia de la Nación..... 147

CAPÍTULO 8*
Guía de buenas prácticas para el abordaje de niños/as, adolescentes víctimas o testigos de abuso sexual y otros delitos. Protección de sus derechos, acceso a la justicia y obtención de pruebas válidas para el proceso..... 157

CAPÍTULO 9*
Guía de entrevista investigativa con niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales de la unidad especializada en delitos sexuales y violentos 253

CAPÍTULO 10
Acuerdo de la Fiscalía Regional Rosario del Ministerio Público de la Acusación y la Defensoría Regional Rosario del Servicio Público Provincial de Defensa Penal para Declaraciones Testimoniales como Anticipo Jurisdiccional de Prueba bajo la Modalidad de Cámara Gesell de NNyA y Personas con Padecimiento Mental Presuntas Víctimas de Delitos Sexuales..... 293

CAPÍTULO 11*
Protocolo Interinstitucional de Abordaje de Niños, Niñas y Adolescentes Víctimas y Testigos de Abuso Sexual y otros delitos para Santiago del Estero* 299

CAPÍTULO 12
Observación General Nº 12 (2009) del Comité de Naciones Unidas para los Derechos del Niño. El derecho del niño a ser escuchado 365

**Capítulos también publicados en su versión original, descargables gratuitamente, en www.editorialjuris.com, sección e-books.*

PRESENTACIÓN

La obra que hoy confiamos nuevamente a la Editorial Juris es una empresa intelectual va de la mano de los tiempos de la agilidad informática que produjo en todas las esferas la pandemia causada por el llamado Corona virus en este año 2020 que se va angustioso.

Es nuestro primer libro electrónico (e-book) el que se enfoca en un tema que se repite a diario a lo largo y ancho del país que es la investigación de delitos contra la integridad sexual mayormente siendo víctimas menores de edad por hechos cometidos dentro del ámbito familiar.

Esta omnipresencia del asunto en el poder judicial nos motivó para hacer un estudio respecto de la litigación y valoración de la prueba donde su piedra basal se origina en los dichos de los menores víctimas y del procedimiento ideado para garantizar la integridad del relato por lo general monitoreado por el dispositivo conocido como Cámara Gesell con el objetivo a su vez de no revictimizarlo con sucesivas entrevistas que suele deparar el proceso penal, aún el adversarialdesformalizado y concentrado según sus principios más novedosos.

Pretende ser una obra útil, es decir, que sirva de herramienta a los operadores del proceso penal para lo cual tiene su eje no solo en la jurisprudencia local y nacional, sino con ancla en las convenciones internacionales y protocolos ideados para el mejor tratamiento de los involucrados en tales delitos.

No podría finalizar sin agradecer al Dr. Adolfo Pisani, colaborador del autor en la cátedra de Derecho Procesal y en la dura faena de la Cámara Penal en Rosario quien se dedicó a la revisión, corrección y ensamble de la obra con un esmero y dedicación dignos de destacar y a los que nos tiene acostumbrados en aquellos roles referidos.

Rosario, diciembre de pandemia 2020

SECCIÓN PRIMERA

Delitos contra la integridad sexual y el testimonio las víctimas: un caso de prueba difícil en el proceso penal

1

1. LA LLAMADA PRUEBA DIFÍCIL

La idea de la prueba difícil se encarna en el fenómeno de la flexibilización. La idea de flexibilizar en el derecho procesal, es decir, atemperar la dureza del peso de la ley en ciertos casos, fue tomando cuerpo en los propios principios procesales, v.gr. la congruencia.

Como ha venido señalando desde antaño la Corte Suprema de Justicia de la Nación, las formas procesales son meramente instrumentales y enderezadas a permitir que los derechos sustanciales debatidos en el juicio puedan hacerse efectivos.

El principio constitucional de igualdad también ha sido perforado en su duras membranas para no incurrir en lo que Ferrajoli denominó *"indiferencia por las diferencias"*, al punto que la legislación necesariamente debe contemplar el derecho de la parte más débil en un sistema de protección para no permitir que ésta pueda permanecer librada solamente a merced de las relaciones de fuerza[1].

Constituyen casos de flexibilización de la carga de probar, las llamadas *cargas probatorias dinámicas,* por las cuales se atribuye en casos especiales la fal-

1 CARBONE, Carlos Alberto, "Flexibilización de la carga de la prueba. Prontuario doctrinal y judicial argentino". Informe argentino para la ponencia General del Dr. Jorge W Peryrano "Flexibilización de la carga de la prueba" para la II Conferencia Internacional y XXVI Jornadas Iberoamericanas de derecho Procesal, Salamanca, 2018, en libro "La prueba en el proceso" Ed. Atelier, Barcelona, 2018, pág 107.

ta de prueba de un hecho controvertido a quien esté en mejores condiciones de probarlo, por más que esta parte se haya limitado a negar el hecho.

La noción de prueba difícil se enmarca en la doctrina civil como el caso de los llamados *hechos antiguos* en los cuales, por las condiciones que datan de largo tiempo, las fuentes de prueba hoy disponibles no pueden reconstruir minuciosamente aspectos esenciales; también por la especial circunstancia que reúne el hecho controvertido. También la configuran aquellos actos que se rindieron en la privacidad fruto de la amistad, el parentesco y -por tanto- en el marco de la confianza en su cumplimiento, que llevaron a las partes o al menos a una, la acreedora, a no documentarlos como lo harían con el resto de lo mortales. Otro caso de dificultad probatoria es el contenido de las cajas de seguridad bancarias[2].

En estos casos se propone aminorar la exigencia del rigor probatorio para quien los invoca en lo que nosotros entendemos como un supuesto de flexibilización de la carga de probatoria[3] por el cual se acoge la demanda aún con la dificultad probatoria que en casos comunes generarían el rechazo de la demanda.

Marca su norte en cuanto sus consecuencias procesales el aflojamiento de las exigencias probatorias a hechos "comunes" y el desplazamiento de la prueba directa hacia la prueba indiciaria.

2. LA PRUEBA DIFÍCIL EN MATERIA DE DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL

Pero esta idea no es exclusiva del proceso civil, sino que como postulamos se corporiza también en el proceso penal[4].

Hoy pretendemos dar cuenta más completa y detallada de lo que anunciamos en su momento como novedad en materia penal, porque en ésta tam-

2 PEYRANO, Jorge W.,*"Consideraciones sobre la materia de prueba difícil",* Revista Jurisprudencia Santafesina, Editorial Jurídica Panamericana, Santa Fe, N° 45 pág. 120.

3 Cámara Civil y Comercial de Rosario, Sala Cuarta, Resolución Nº 27/97, *in re "Costa, Dora Sonia"* y/o en autos *"Bernia, Olga S. c. Bertotto, Raul R. s. Demanda Ordinaria. Daños y Perjuicios s. Tercería de Dominio terceristas",* con voto de Jorge W Peyrano. Cámara Nacional Comercial Sala C de Capital Federal, del 04 de febrero de 2003.*"Frehnhaus, Elsa y otras c. Sucesion de Vegas, Enrique Castelli M.a. y otros s. Reclamos a sucesorio y/o heredero".*

4 PEYRANO, Jorge W., *"Consideraciones sobre la materia de prueba difícil",* Revista Jurisprudencia Santafesina, Editorial Jurídica Panamericana, Santa Fe, N° 45 pág. 120.

bién hay hechos que pueden catalogarse como de difícil prueba, aunque la doctrina procesal de esta rama del derecho parece no haber acuñado el término ni precisado sus contornos[5].

Señalamos como ejemplo la prueba de los delitos contra la libertad sexual que desde antaño se presentan como de dificultades probatorias a la hora de producir prueba, más allá del testimonio de la víctima, por la índole generalmente oculta de estos hechos para lo cual vamos a ampliar lo que ya hemos esbozado al respecto[6].

Así, denunciantes, víctimas e imputado están contestes en el hecho del vínculo previo que generalmente los une en este tipo de delitos, pero no con la conducta investigada, por lo cual debe dilucidarse cuál de las versiones de las víctimas o del imputado tiene primacía para los efectos de reconstruir históricamente los hechos que se denuncian y resolver sobre la conducta del denunciado, principal fin de la instrucción.-

Fácil es darse cuenta en estos casos de la existencia entre ambos de una total contradicción, porque en estos casos luce claramente la total disparidad entre los elementos positivos de incriminación introducidos en el proceso por los testimonios de las víctimas, que se mantienen firmes y terminantes a lo largo del desarrollo del procedimiento, tanto en la prevención como al ratificar esas declaraciones testimoniales en sede judicial. En idéntica postura procesal, pero en opuesta versión sobre el núcleo fáctico y autoral, el imputado muchas veces enarbola una negativa en su declaración imputativa, u otras veces se abstiene de prestar declaración.

Ante este aparente cuadro de perplejidad probatoria la doctrina y jurisprudencia penal vernácula admiten sin cortapisas que en los delitos de abuso sexual, máxime en perjuicio de menores, se debe aminorar el rigor de la carga probatoria fiscal y/o querellante: las líneas fundamentales de valoración de la prueba en este tipo de hechos trazadas[7] señalan que "la sola acusación de

5 CARBONE, Carlos Alberto, "Principios y problemas del proceso penal adversarial" Editorial Rubinzal y Culzoni, Santa Fe 2019, pág.142.

6 CARBONE, Carlos Alberto, "La prueba difícil en el proceso penal", https://www.rubinzalonline.com.ar/index.php/doctrina/articulos/ver/2072708/ Cita: RC D 1947/2019.

7 Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario, Sala IV, Acuerdo N° 507 del 24/09/2013 *in re "C., Franco Matías s/ abuso sexual con acceso carnal reiterado en concurso ideal con corrupción agravada de menores en concurso real con abuso sexual simple",* Expte. N° 1090/13, primer voto del suscripto, entre muchos otros casos.

la víctima en muchos casos es el único elemento de cargo en delitos contra la integridad sexual, ello dado la naturaleza de la actividad delictiva ordinariamente oculta, por lo cual han de admitirse con cierta liberalidad todos los elementos que ofrece el proceso (J.A. T. 1963 1958-III-Pág. 81) donde la falta de testigos presenciales no puede ser suficiente para descartar la responsabilidad del imputado, por lo cual el testimonio de víctima, inclusive menores de edad, adquiere vital importancia (J.A. T. 1964-VI-Pág. 584) debiendo sí cuidarse que no adolezca de imprecisión, y mucho menos que pueda comprobarse su mendacidad en aspectos fundamentales relativos a la contextura del delito (J.A. T. 1963-III-Pág. 514)"[8].

En idéntico sentido se expresó que "la especial factura y característica de los delitos que por su naturaleza se cometen en la intimidad, impiden la exigencia del aporte contundente de prueba objetiva corroborante de la imputación, bajo peligro en caso contrario de premiar tales hechos con la impunidad. Ello no significa caer en el peligro mayor de otorgar con ligereza credibilidad eficiente a cualquier imputación con mengua irresponsable a la seriedad y seguridad mínimas exigibles a todo pronunciamiento atributivo de responsabilidad penal; más aún, cuando la experiencia nos muestra la desagradable frecuencia con que este tipo de imputaciones son utilizadas en forma aviesa y con fines vindicativos o extorsivos, dado el alto poder estigmatizante que conllevan.

Dicha idea reguladora y condicionante de aquel criterio de 'amplitud' en la valoración de la prueba, se corporiza con la exigencia de que el testimonio solitariamente incriminante salga airoso de un descarnado y exhaustivo análisis de su credibilidad intrínseca, sin fisuras apreciables en la fuerza convictiva que debe emanar de su propio contenido y de su relación con el marco de circunstancias que lo rodean"[9].

Cuando -como resultado de este examen- la sana crítica, la lógica y el sentido común, nos indiquen que no otro pudo ser el acontecer sino el que la imputación relata, habremos arribado a la certeza necesaria y con prescindencia de prueba objetiva, tal como lo impone el criterio mencionado al ini-

8 Colegio de Jueces de Cámara de Apelaciones de Rosario, Acuerdo N° 356 del 29/04/2015 in re "V., Onofre Evaristo S/ abuso sexual con acceso carnal -apelación sentencia condenatoria-" C.U.I.J. N° 21-07002341-2, integrada por los Dres. Carlos Carbone (presidente), Carina Lurati y Alfredo Ivaldi Artacho.

9 Colegio de Jueces de Cámara de Apelaciones de Rosario, Acuerdo N° 451 del 07/07/2016 in re "C., Cristian Ariel s/ abuso sexual agravado", CUIJ N° 21-07005826-7, tribunal integrado por Dres. Carbone Carlos (Presidente), Llaudet Guillermo y Acosta Daniel; voto del suscripto, entre otros.

cio[10], máxime si en el caso estamos en presencia de la víctima que depone de manera coincidente con prueba científica -exámenes médicos efectuados sobre la menor- que confirma su versión de lo acontecido.

Pero sobre el punto conviene puntualizar que por ejemplo las relaciones anales muchas veces no dejan huellas traumáticas aún en menores, ya que el diagnóstico de penetración anal solo es posible en el atentado agudo cuando hay signos suficientes para observarlos[11], extremos que suelen izar las defensas técnicas para negar el acceso. "Esto a su vez revela que si bien registra la zona vaginal más de un acceso, no llega al hábito de coito, el que en la edad madura causa la desaparición completa del himen, no acertando la defensa técnica sobre el punto. Hábito refiere una secuencia temporal importante con reiteración de accesos carnales y no accesos de este tipo en un tiempo acotado como sufrió la menor"[12].

Contra lo que sucede en algunos asuntos en que el solo testimonio de la víctima podría generar -cuanto mucho- un estado de duda, con la consiguiente absolución o sobreseimiento del imputado por constituir una singularidad imputativa (traducido en los pasillos y en varios despachos tribunalicios como un caso de *palabra contra palabra);* tiene por cierto la máxima jurisprudencia española con relación a la declaración de la víctima del delito referido que, practicada con las debidas garantías, es prueba testifical y, como tal, puede constituir prueba de cargo suficiente en la que puede basarse la convicción del juez para la determinación de los hechos del caso[13].

Según se ha destacado, no pueden ser ignoradas las circunstancias que rodearon al hecho, y las características propias de esta clase de ilícitos, donde no suelen existir pruebas directas, ni testigos presenciales, como antes dijimos[14]; puesto que los delitos de violación son perpetrados solitariamente y

10 Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario, Sala IV, *in re "I., José Luis s/ violación",* Acuerdo N° 10, T° I, F° 37, del 10/03/1992. Refrendando el mismo: Acuerdo Nº 734 del 26/12/2013, *in re " T., Raúl Miguel",* Expte. N° 1404/13 del registro de la misma Cámara, entre muchos otros.

11 ALONSO, Carlos y SWINNY, Susana, "Elementos de Medicina Legal", Edit. UNR, Rosario, 2012, págs 234 y sgtes.

12 Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario, Sala IV, in re in re " T., Raúl Miguel", Expte. N° 1404/13 del registro de la misma Cámara, Acuerdo Nº 734 del 26/12/2013, entre muchos otros.

13 SSTC 201/1989, de 30 de noviembre, FJ 4; 173/1990, de 12 de noviembre, FJ 3; 229/1991, de 28 de noviembre, FJ 4; 64/1994, de 28 de febrero, FJ 5.

14 Cfr. CSJ.Tuc., sentencia del 2003, *"P., Marcelo R. y otro s/ violación agravada y robo agravado".* En igual sentido, Colegio de Jueces de Cámara de Apelaciones de Rosario, Acuerdo N° 451 del 07/07/2016 *in re "C., Cristian Ariel s/ abuso sexual agravado"*, CUIJ N° 21-07005826-7, tribunal integrado por Dres.

con aprovechamiento del aislamiento circunstancial de la víctima, debiendo, por ello, las exigencias procesales hacerse jugar con realismo, apreciando en su conjunto todas las constancias de la causa, según las reglas de la sana crítica[15].

En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha etiquetado estos casos como verdadera ***prueba difícil***. Tiene dicho que "la prueba de los delitos contra la honestidad resulta de **difícil recolección**, no sólo por los desarreglos psicológicos que provocan en la víctima sino también por el transcurso del tiempo hasta que llega la noticia criminis al tribunal. Sin embargo, ello no significa que resulten de imposible investigación, ni que pueda fragmentarse la prueba, quitándole sustento a lo que en conjunto lo tiene. Por el contrario, deben valorarse las pruebas teniendo en cuenta cada uno de los aspectos relevantes de la instrucción para arribar a un fallo definitivo que sea comprensivo y abarcador de los elementos de juicio recolectados"[16].

La cuestión no ha pasado desapercibida en la doctrina al punto que Morello ha dado debida cuenta de este estado de cosas en los delitos referidos, remarcando el peso de los indicios en lugar de prueba directa sino la hubiere[17].

Nosotros no hemos dudado que este es un caso idóneo para ser catalogado como prueba difícil y, por ende, de flexibilización de la carga de probar. También que necesariamente deben aminorar el rigor probatorio común en lo que a pruebas directas se refiere[18].

Carbone Carlos (Presidente), Llaudet Guillermo y Acosta Daniel, voto del suscripto, entre otros.

15 Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario, Sala IV, Acuerdo N° 507 del 24/09/2013 in re "C., Franco Matías s/ abuso sexual con acceso carnal reiterado en concurso ideal con corrupción agravada de menores en concurso real con abuso sexual simple", Expte. N° 1090/13 del registro de la misma Cámara, primer voto del suscripto.

16 CSJN, Sentencia del 15/07/97 en autos *"Vera Rojas, Rolando"*, LL LA LEY, 1998-A, 312, citado *in re "V., Onofre Evaristo s/ abuso sexual con acceso carnal -apelación sentencia condenatoria-"* CUIJ N° 21-07002341-2, del Colegio Jueces de Cámara de Apelaciones de Rosario, tribunal integrado por los Dres. Carlos Carbone (presidente), Carina Lurati y Alfredo Ivaldi Artacho, Acuerdo N° 356 del 29/04/2015; también Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario, Sala IV, integrada al efecto por los Dres. Carlos A. Carbone, Daniel Acosta y Adolfo Prunotto, *in re "B., Sergio Rubén s/ abuso sexual con acceso carnal agravado por ser cometido contra una menor de dieciocho años, aprovechando la situación de convivencia preexiste con la misma (artículo 119 tercer párrafo en función del inciso "f" del Código Penal)"*, expediente N° 666/13 del registro de la misma Cámara, entre muchos otros.

17 MORELLO, Augusto, "El peso de los indicios y la valoración de la prueba de presunciones en el delito de violación" (nota a fallo), La Ley T 1998-A- pág. 316.

18 Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario, Sala IV, Acuerdo N° 507 del 24/09/2013 in re *"C., Franco Matías s/ abuso sexual con acceso carnal reiterado en concurso ideal con corrupción agravada de menores en concurso real con abuso sexual simple"*, Expte. N° 1090/13 del registro de la misma Cámara, primer voto del suscripto. Colegio de Jueces de Cámara de Apelaciones en lo Penal de

Pero no se crea que estas consideraciones significan que podamos quedarnos huérfanos de cualquier otra consideración a lo que muchas veces aparece como testigo único, mas no por ello *nulo*, como resultaba de la prueba tasada, puesto que hoy es doctrina recibida que los testigos *no se cuentan sino que se pesan*, por más que algunos en soledad se empeñen en sostener lo contrario.

Es que si bien -como dijimos- el hecho abusivo referido por lo general tiene un escenario oculto, propio de la intimidad avasallada de la víctima, y no pueden exigirse testigos presenciales como se recordó más arriba, los testimonios de ésta deben ser analizados debidamente y la minoridad no es una excepción.

Teniendo todo ello presente se ha de mensurar el grado de credibilidad de los relatos del niño, niña o adolescente atendiendo principalmente a los siguientes criterios de ponderación: a) la posibilidad material de acaecimiento de los hechos que refieren; b) la concordancia del relato con la información que aporte la historia previa; c) con el examen psíquico y físico del joven; d) la concordancia con otros elementos de prueba existentes en la causa; e) la posibilidad de contaminación de su relato, bien sea por experiencias vividas (vistas, oídas) aunque no sufridas, o por inducción -consciente o inconsciente- de terceras personas; especialmente los padres[19].

2.1. TESTIGOS DE OÍDAS

Además los dichos de los familiares del menor, de vecinos, amigos y, sobre todo, de los maestros que pueden dar cuenta no solo de su comportamiento escolar sino del mismo antes y después de los hechos denunciados como sufridos. En el caso, adquieren estos dichos la categoría de **testigos de oídas**: si bien se ponen reparos que estos testigos de referencia ya que "...no declaran respecto al hecho, sino sobre lo que otros le contaron. El hecho sobre el que declaran los testigos de oídas consiste en la existencia y circunstancias del relato del testigo inmediato, y no sobre la veracidad del cuento. Si los Tribunales

Rosario, Res. N° 640 del 29/07/2020 in re "G., Jorge Alberto s/ abuso sexual gravemente ultrajante y ot. -apelación audiencia preliminar-", CUIJ N° 21-08049025-6, tribunal unipersonal Dr. Carlos Carbone.

19 Tribunal en lo Criminal Nro. 1 de Mar del Plata, 27/03/2006 in re "Melo Pacheco, Fernando Isidoro" LLBA 2006 (abril), 366. Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario, Sala IV, integrada al efecto por los Dres. Carlos A. Carbone, Daniel Acosta y Adolfo Prunotto, in re *"B., Sergio Rubén s/ abuso sexual con acceso carnal agravado por ser cometido contra una menor de dieciocho años, aprovechando la situación de convivencia preexiste con la misma (artículo 119 tercer párrafo en función del inciso "f" del Código Penal)"*, expediente N° 666/13 del registro de la misma Cámara.

interpretan al testigo de oídas tal como lo que es y así lo consideran, entonces no habría tanto conflicto con esta regla, pero si saltean el objeto y los jueces dicen que como recibió el relato, éste es cierto, y no traen al testigo inmediato del hecho, se estaría impidiendo que se realice ese amplio control sobre los testigos de cargo y descargo..."[20].

En este punto hemos recordado desde la doctrina que el testigo de *oídas o de referencia* es quien declara en juicio no sobre lo que percibió con sus propios sentidos, sino sobre lo que le contó otro. Entre nosotros hay una creencia generalizada que el testigo de *oídas* es una prueba invalorable, que no debe ser tenido en cuenta. Pero esto no es ajustado a derecho: debe ser valorado con todo rigor. Por supuesto, no tiene un juicio de credibilidad relevante pero no debe impugnarse dogmáticamente[21].

"Ello está relacionado a su vez para descartar la posibilidad de contaminación interna (fabulación descartada) y *exógena* de los testimonios de los menores; la doctrina especializada advierte que no existe una prescripción válida para todos los casos acerca de cómo actuar frente a esta situación, dependiendo ello de la personalidad de los menores, su situación y su entorno, y que no todas las personas están en condiciones de hacerlo correctamente pues es posible que la afectación emocional impida al adulto encarar el problema con serenidad y sensatez, siendo necesario 'controlar los propios sentimientos y superar la consternación que se sufre, no dejarse dominar por el pánico y no actuar de manera irreflexiva, ya que las acciones no meditadas podrían perjudicar antes que ayudar'..."[22].

"Sobre la coconstrucción, entendida como aportes de los adultos en la conformación de la memoria de un niño, -que puede aplicarse analógicamente al caso de autos no obstante la edad de los menores- (ver E. P. 'A propósito de los relatos de abuso sexual infantil', Diario La Ley, Actualidad, del 29/03/01). Se debe analizar el tenor de los relatos, la diversidad personal de cada uno

20 GARCÍA, Luis M., "El principio de igualdad de armas y los nuevos requerimientos", elDial.com DC69.

21 Ver por todos, Colegio de Jueces de Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario, Res. N° 640 del 29/07/2020 *in re "G., Jorge Alberto s/ abuso sexual gravemente ultrajante y ot. -apelación audiencia preliminar-"*, CUIJ N° 21-08049025-6, tribunal unipersonal Dr. Carlos Carbone. También, PEYRANO, Jorge W., "Lecciones de Derecho Procesal", Ed. Zeus, Rosario, 2002.

22 BESTEN, B., "*Abusos sexuales en los niños",Ed. Herder, Barcelona, 1997, págs.103/4, citado in re "V., Onofre Evaristo s/ abuso sexual con acceso carnal -apelación sentencia condenatoria-"* CUIJ N° 21-07002341-2, del Colegio Jueces de Cámara de Apelaciones de Rosario, tribunal integrado por los Dres. Carlos Carbone (presidente), Carina Lurati y Alfredo Ivaldi Artacho, Acuerdo N° 356 del 29/04/2015.

y si de la valoración pericial puede descartarse este tipo de influencias denominadas *'backlash'* (Alvaro de Gregorio Bustamante "Abuso Sexual Infantil Denuncias Falsas y erróneas", Omar Favale Editores, 2.004 ps. 225/35)" [23].

Entonces de los informes psicológicos de los menores deben dar cuenta si hay o no indicios de fabulación o de tal contaminación los que a su vez deben verse en coherencia con la presentación original de los menores y sus ratificaciones en sede judicial[24].

En dicho precedente hemos resuelto, ante la impugnación del ofrecimiento por parte de la fiscalía de diversos testigos de los recién referidos, que: "la fatigosa tarea defensiva no puede tener acogida por cuanto ante este estado de cosas deviene pertinente la producción de testigos indirectos, de referencia o de oídas para mejor valoración de las testimoniales de las víctimas".

"Así las cosas, aciertan los patrocinantes de la querella cuando al transcribir parte del agravio afirmando el apelante : 'Ninguno de los testigos ha sido presencial en los hechos expuestos...' le atribuye yerro, por cuanto no hace ello a la pertinencia o no del testigo, sino que hace a la valoración de un futuro testimonio, tarea propia del tribunal de juicio, insistiendo que todos los testigos referidos por la querella, son testigos de *'oídas o de corroboración'*, lo cual es totalmente valido y especifica el caso del testigo M. que también ofreció la fiscalía, lo fue para acreditar el agravante de ser encargado de la educación de la víctima de la menor T".

"Va de suyo que tampoco puede haber contradicción en relacionar los delitos de abusos de menores con la amenaza consiguiente del autor hacia los mismos para que no denuncien o testimonien, o hacia el entorno familiar de los mismos, más allá de la fecha en que conoció el imputado las distintas atribuciones o tales amenazas fueron reveladas por las víctimas".

"Todo este cuadro es suficiente para legitimar la teoría fiscal del caso pretendiendo llevar a juicio a G. con el objetivo de obtener sus condena, más allá que lo pueda lograr o no según el devenir de éste"[25].

---

23 Tribunal en lo Criminal Nro. 1 de Mar del Plata, 27/03/2006 in re "Melo Pacheco, Fernando Isidoro", LLBA 2006 (abril), 366.

24 Corte Suprema de Justicia de Tucumán, Sala en lo Civil y Penal, SENT. 430 - "Rojas, Marcos Ariel..." - CSJ Tucumán – 14/06/2004.

25 Colegio de Jueces de Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario, Res. N° 640 del 29/07/2020 *in re "G., Jorge Alberto s/ abuso sexual gravemente ultrajante y ot. -apelación audiencia preliminar-"*, CUIJ N° 21-08049025-6, tribunal unipersonal Dr. Carlos Carbone

Pero no hay que creer que toda denuncia de este tipo pasará estos filtros inevitablemente. Estos baremos, a nuestro juicio estadístico, desde la magistratura de primera y segunda instancia son los de menor número, sin perjuicio de lo cual impone de ordinario efectuar tales análisis. En un caso que fallamos en primera instancia absolviendo al imputado, dijimos que "...Ante la firme negativa del acusado y tendiente a analizar si la menor pudo sufrir la posibilidad de contaminación de su relato, bien sea por experiencias vividas (vistas, oídas) aunque no sufridas, sobre el punto también se colectan diversos elementos que ponen en duda si tal contaminación no se produjo. En efecto diversos indicios contribuyen a sospechar sobre tal transparencia a partir de los dichos de la madre: (…) y los dichos de la menor de solo tres años en cuanto a la autoría de su padre: la primera duda, de hierro a nuestro juicio, está dada por el informe médico forense: si bien como vimos se constató escoriaciones leves y pequeñas en ambas mamillas (fs. 33) se pone de relevancia en el informe de fs. 63 que tales lesiones constatadas asoman como congruentes con pellizcamiento, roce ungueal, razguño o arañazo superficial (…) las excoriaciones constatadas no son indicadores inequívocos de abuso sexual...".

"...Nuevamente el gabinete médico forense es esclarecedor sobre el punto: A fs. 163 se informa que la menor *(...) se limitó a contestar escuetamente que el papá 'me tocó las tetitas', -única zona denunciada por la madre en contra del padre como supuesto abuso- comenzó a dirigir miradas a su madre, su postura se tensionaba, desapareció por completo su sonrisa y poco a poco fue ingresando en un estado de bloqueo... se considera que la niña carece de los síntomas mayores de maltrato infantil: no es huraña, colérica ni irritable, es por el contrario afable, expresiva y comunicativa. Sólo aparece en tal sentido la angustia y el bloqueo referidos precedente mente (…)* lo que amerita a sospechar si ello no se debió a tal contaminación del relato de la menor...".

"...Luce además el informe de la Junta Especial de Salud Mental respecto de la menor destacándose *'que no se detectaron trastornos en la esfera de la sexualidad (…) no presenta rasgos de impulsividad, tiene recursos para reparar y crear (…) se considera, según los datos de autos, así como del análisis de las entrevistas con el señor Narvay, que es probable y verosímil que el estilo vincular, con la progenitora de su hija sea conflictivo y querellante desde el comienzo de la misma. Quedará para la investigación en la causa de autos deslindar, a la luz del contexto de las diversas pruebas, si dicha denuncia se inscribe a partir del vínculo relacional conflictivo'*..."[26].

26 Vide Protocolo del Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Penal de Sentencia Nº 8 de

2.2. DENUNCIA TARDÍA

En cuanto a la **denuncia tardía** por cuanto la menor víctima luego de varios años en plena adolescencia decide revelar lo sufrido, en un caso surgió que los hechos no salieron a la luz por iniciativa de la madre, sino por el novio de la menor a quien la adolescente a la postre confió por primera vez el relato de lo sucedido.

"Es que esta revelación tardía de los abusos por parte de los menores víctimas y en el caso a un tercero podría decirse que es 'manual': en efecto el médico forense Carlos Alonso desde la doctrina explica que en estos casos existe un patrón de conducta cuyas secuencias se repiten con sorprendente similitud donde el menor se encuentra en una situación en la que se siente atrapado por el abusador hasta que en un momento dado se produce la ***revelación*** en general pasado un buen tiempo debido a los mismos factores que sostienen ese secreto (amenazas, sumisión, etc.) y ocurre por la acción de un tercero que lo detecta. El ocultamiento es un verdadero secreto impuesto por la ley del silencio que obedece al miedo y la vergüenza que embargan a la víctima sumado al inicial descreimiento por parte del entorno del menor"[27].

2.3. TESTIMONIO Y TEST DE ADN

Lleva esfuerzo analizar el testimonio de la menor víctima rendido con las exigencias que venimos marcando, al no verse reflejado en el **test de ADN** efectuado sobre hallazgos de semen en su ropa íntima, sobre todo cuando la prueba de cargo es suficiente para confirmar la condena impuesta; debemos analizar las resultas negativas de las conclusiones de los análisis de ADN que se hicieron de aquellas muestras biológicas halladas en las ropas íntimas de la menor.

Hemos dicho desde el pretorio apelatorio que asiste razón al A quo en justificar dichos resultados a la luz de los testimonios de cada una de las víctimas: "en el caso de P. el análisis revela que se encontró una mezcla de patrones de la víctima con una persona que no responde a los caracteres del imputado, pero hace hincapié el A quo como argumentara la fiscalía de baja instancia

Rosario, Causa N° 145/2008, seguido a N, F. D; por el delito de Abuso Sexual Agravado por el Vínculo, Abril 2010.

27 ALONSO y SWINNY, "Abuso Sexual infantil. La revelación. La intervención", págs. 263 y 265.

que la propia víctima fue la que manifestó que luego del hecho fue a su casa a lavarse encontrando la muestra sumamente comprometida; con relación a la muestra de la menor S. V., la misma había declarado que el autor no había eyaculado en su vagina, sino en su boca y luego vomitó, estimando que esa circunstancia actuó como higienización que pudo haber perturbado el análisis y finalmente la menor L. no pudo afirmar si existió efectivamente eyaculación en la acción del agresor".

"También el *A quo* se hace cargo del argumento de la fiscalía cuando insiste en lo esencial de este método probatorio en cuanto a que su éxito depende de la obtención de las muestras sin contaminación alguna y de la cadena de custodia que preserve adecuadamente la esterilización de las muestras".

"En este sentido cabe darle la derecha al Fiscal y al Magistrado de grado porque si bien sabido es el alto valor probatorio que tiene la prueba de ADN, tanto como valor incriminante o desincriminante, hemos postulado desde la doctrina y jurisprudencia que la ciencia no puede apartar al Juez como supremo sujeto de valuación de esta prueba, la cual siempre debe estar compatibilizada con el resto de las probanzas ventiladas en el proceso, ya que un científico no puede convertirse como hemos graficado en 'un juez de toga blanca'. El Juez es el que tiene razonablemente que dar la última palabra aún en casos como el que nos ocupa, cuando todos los elementos de incriminación sin duda alguna permiten llegar a la acreditación del hecho de abuso sexual imputado, ante lo cual no debe soslayar el resultado negativo del ADN sino que analizarlo en este contexto (Juzgado Penal de Sentencia N° 8 de Rosario in re R. E. M s/ abuso sexual sentencia N° 116 del 10-09-07. Firme; *in re* R.A Sentencia en proceso N° 45/06 Firme)".

"Así las cosas podemos colegir con Taruffo que ante los problemas que pueden surgir si el test de ADN no se ha efectuado correctamente, el Magistrado es quien tiene la última palabra y puede apartarse en casos como el que nos ocupa del resultado del test de ADN, si el resto d pruebas sólidas demuestras lo contrario (Carbone, Carlos Alberto 'La prueba científica en el proceso judicial', Editorial Juris, Rosario, 2013, págs. 389, 427 y siguientes)"[28].

3. HOMICIDIO CALIFICADO POR PROMESA REMUNERATORIA

28 Colegio de Jueces de Cámara de Apelaciones de Rosario, Acuerdo N° 451 del 07/07/2016 in re "C., Cristian Ariel s/ abuso sexual agravado", CUIJ N° 21-07005826-7, tribunal integrado por Dres. Carbone Carlos (Presidente), Llaudet Guillermo y Acosta Daniel; voto del suscripto.

Hemos dicho desde el pretorio hace varios años, en un caso de instigación de homicidio por promesa remuneratoria, que en estos supuestos también como en otros -v.gr. asociación ilícita, etc.- se impone una amplia flexibilidad en la valoración de la prueba rendida sobre hechos pertinentes.

Recordamos que entonces sentenciamos, con respecto a la valoración de la prueba de cargo, que al tratarse de un homicidio por "*encargo*" y por promesa remunerativa, es un delito de difícil prueba dado la índole cerrada de los acuerdos entre los participes del mismo, y con el sicario o ejecutor. La crónica policial suele registrar hechos de este tipo cuando se llega al sicario, el que muchas veces confiesa y acusa a sus mandantes y pagadores, pero es difícil acreditar el convenio homicida, ya que sería inusual se haya plasmado por escrito, como también la responsabilidad de los partícipes ante la cerrada negativa de ellos[29].

Tuvimos por cierto que el homicidio calificado por promesa remuneratoria o por precio es uno de los delitos que reputamos como de *"prueba difícil"*.

Es que en estos casos no siempre hay prueba directa para los responsables del encargo y el mandato homicida, pero ello que no impide que el estado de inocencia pueda destruirse con una múltiple prueba indiciaria, ya que es prácticamente imposible encontrar un instrumento escrito o filmado de la convención ilícita que incluya el objeto del homicidio, el pago efectuado o prometido, la recepción mediante recibo de lo pagado, etc.

La práctica del derecho nacional e internacional -que más adelante abordaremos- revela que la prueba directa, ya sea la testimonial o documental, no es la única que puede legítimamente considerarse para fundar la sentencia. Es que el encargo de muerte se caracteriza por su clandestinidad al acordarse y planearse en la intimidad de los autores y partícipes, ya que no siempre es posible lograr la comprobación directa del hecho, y prescindir de tales elementos generaría la impunidad de no pocas conductas ilícitas [30].

Por supuesto que esto se justifica -como veremos en el capítulo respectivo- acudiendo a la valoración de la prueba de indicios. Sostiene con razón Cafferatta Nores que, *"como valor probatorio el indicio unívoco podrá producir certeza, mientras que el anfibológico tornará meramente verosímil o probable el*

29 Vide Protocolo del Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Penal de Sentencia N° 8 de Rosario entonces a mi cargo: Sentencia N° 133 T° 12 F° 54 del 16/06/2011 in re *"F., Raúl Oscar s/ Homicidio Calificado - Instigación"*.

30 Cam Fed San Martín Sala I in re "*Torres, Gustavo s/ secuestro extorsivo agravado*", 11-10-2007.

hecho indicado. La sentencia condenatoria podrá fundarse solamente en aquel; éste último permitirá a lo sumo, basar en él un auto de procesamiento, o la elevación de la causa a juicio"[31].

4. HOMICIDIO Y OTROS DELITOS EN UN CONTEXTO DE VIOLENCIA BARRIAL EXTREMA

En otros casos donde la moneda corriente es la verdadera lucha armada que en zonas urbanas protagonizan diversas bandas o asociaciones ilícitas, frecuentemente ligadas al narcotráfico, sembrando los barrios de homicidios, las defensas suelen basar su crítica a los testimonios y declaraciones cargosas, puesto que no abundan testigos directos en la mayoría de los casos, sino *testigos de oída*s. En algunas de tales causas hemos dicho que los vecinos, a veces familiares de la víctimas, están enmarcados en un estado de lógico temor de represalias, producto no solo de la peligrosidad de los protagonistas -los cuales muchos siguen sin ser encausados- cuestión que en el caso se reveló con creces, sino también fundado en que tales individuos no fueron objeto del más mínimo control policial.

Este verdadero caos sociológico no puede hacer otra cosa que inspirar miedo a la gente del barrio que, si bien dijo algo en los primeros instantes de la investigación como devolución lógica al Estado de lo percibido, luego decide callar, ante amenazas concretas; larvadas que muchas veces surgen de la repercusión del propio caso puesto que estos hechos pueden ser catalogados como actos de verdadero terror urbano, el que muestra impávido como las bandas delictivas no solo se liquidan entre sí, sino que extienden sus represalias a hermanos, padres y madres.

Estos hechos se han convertido en verdaderos casos de lo que denominamos prueba difícil en el ámbito penal, que necesariamente deben aminorar el rigor probatorio común en lo que a pruebas directas se refiere[32].

31 CAFFERATTA NORES, José, "La prueba en el proceso penal", Ed. Depalma, Buenos Aires, 2003. 5° ed., pág. 200.

32 Colegio de Jueces de Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario, Acuerdo N° 397 del 18 de junio de 2018 in re "B., Luis Orlando y otros s/ amenazas calificadas por uso de arma de fuego, homicidio agravado por uso de arma de fuego, falsificación de instrumento público -apelación de sentencia-", CUIJ N° 21-07008635-9.

5. PRUEBA DIFÍCIL EN DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS

En materia penal, los juicios por desaparición de forzadas de personas cometidas durante el gobierno de la junta militar que fulminó la vida democrática argentina en 1976 y terminó en 1983, en los que se ha condenado a militares y civiles -algunos juicios siguen todavía en la actualidad-, sin duda han aminorado el rigor probatorio fiscal precisamente por la antigüedad de los hechos a investigar y por estar implicado el gobierno de facto referido, con el dominio consiguiente de las esferas del poder con el consecuente entorpecimiento probatorio.

Por eso en la de desaparición forzada de personas se impone una amplia flexibilidad en la valoración de la prueba rendida sobre hechos pertinentes[33].

Es más, no dudamos que supuestos como el presente, donde se hace desaparecer el elemento importante del cuerpo del delito ante la muerte de la víctima, integra el elenco de las llamada prueba difícil que postula menor rigor probatorio cuando las fuentes de pruebas se encuentran lejanas por el paso del tiempo o por la propia índole del hecho donde se ha robustecido la prueba indiciaria[34].

6. PRUEBA DIFÍCIL Y FLEXIBILIDAD PROBATORIA EN LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La doctrina se pregunta si es razonable y compatible con el debido proceso que, en aras de garantizar los derechos humanos, la Corte Interamericana otorgue tan amplias libertades en la obtención y apreciación de la prueba, lo mismo que en la generación de desfavorecimientos probatorios contra el Estado cuando funge como demandado durante los procesos que ante ella se adelantan.

La Corte ha argumentado que tales particularidades son admisibles si se considera que las violaciones de derechos humanos son un asunto de consi-

33 Ver por todos: Cámara Penal Federal de La Plata, Sala III in re "Etchecolatz, Miguel s/ homicidio calificado" del 09/11/2006, entre muchos otros casos de desapariciones forzadas.

34 Colegio de Jueces de Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario, Acuerdo N° 282 del 9 de mayo de 2016 in re "K., J Enrique y otros s/ aborto sin consentimiento seguido de la muerte de la mujer; encubrimiento agravado por la situación de funcionario público y omisión de los deberes de funcionario público", CUIJ: Nro. 21-07004306-5.

derable gravedad y que la víctima, al reclamar la protección, se encuentra en una desventaja notoria frente al Estado, ya que éste es el que monopoliza el sistema de justicia en su interior [35].

La laxitud en las reglas probatorias en el ámbito de la Corte se ha justificado en que muchos de los casos de violaciones a los derechos humanos objeto de cuestionamiento van acompañados de políticas formales o informales de supresión de todo elemento de prueba. Por ejemplo, es usual que los testigos sean asesinados o desaparecidos, la prensa sea amordazada por diversos agentes estatales o privados, la población sea sometida a la "ley del silencio"; de esta misma forma, las víctimas sobrevivientes son las que resultan aportando el único conocimiento sobre el caso. Sin embargo, como tienen en él un interés directo, el valor de sus declaraciones, según la teoría general de la prueba judicial, debe estar matizado por las reglas de la sana crítica[36].

Si bien es cierto que en el sistema interamericano no se está ante el juicio de un ciudadano por una responsabilidad penal y por lo tanto no está en juego la libertad, la jurisprudencia y los principios internacionales están siendo usados por las Cortes nacionales para sustentar sus decisiones[37].

Por esto se acepta el principio de libertad probatoria, facultades oficiosas a tenor del Reglamento de la Corte (artículo 58) para producir e incorporar elementos probatorios útiles para el caso que está desarrollando en el evento de que ninguna de las partes los haya ofrecido como pruebas, o para incorporar elementos que por el momento en el que se encuentra el proceso ya no pueden ser allegados.

Entre las reglas que inciden en el criterio de la utilidad para la obtención de la prueba se encuentra la exención de prueba que genera el principio del *iura novit curia,* en virtud del cual la Corte ejerce una función reparadora en tanto puede reconocer, de manera oficiosa, derechos que no fueron objeto de petición. A juicio de la Corte "el juzgador posee la facultad e inclusive el deber

35 Corte IDH, caso Loayza Tamayo Vs. Perú, citado en: URIBE, María Isabel y otros, "La flexibilidad probatoria en el procedimiento de la Corte Interamericana de derechos humanos", Investigación presentada por el Semillero de Investigación en Derecho Procesal de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia en el XII concurso internacional para estudiantes de pregrado, en el marco del XXXII Congreso colombiano de Derecho Procesal llevado a cabo en la ciudad de Bogotá, septiembre 7, 8 y 9 de 2011, http://bibliotecadigital.udea.edu.co/dspace/bitstream/10495/2257/1/LA%20FLEXIBILIDAD%20PROBATORIA%20EN%20EL%20PROCEDIMIENTO.pdf entrada 12 de octubre de 2019.

36 Ibidem.

37 Ibidem.

de aplicar las disposiciones jurídicas pertinentes en una causa, aun cuando las partes no las invoquen expresamente" (Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros Vs. Trinidad y Tobago. Caso Cantos)[38].

La Corte puede incorporar como prueba documental el testimonio que no cumpla los requisitos del Reglamento. En el caso Valle Jaramillo Vs. Colombia, el demandante presentó como prueba dos declaraciones rendidas en el marco de un proceso penal que se llevó a cabo en la jurisdicción interior. El Estado se opuso a tales declaraciones con el argumento de que no habían sido corroboradas ni valoradas por la Fiscal de instrucción del proceso judicial interno, ni cumplían los requisitos del Reglamento, por la falta de contradicción en el proceso judicial interior. A pesar de estas falencias, la Corte decidió admitirla y valorarla con el carácter de prueba documental.

La Corte permite además la incorporación de testimonios y pericias bajo la modalidad denominada *affidavit*: declaraciones juradas que se presentan ante fedatario público, que son valoradas a condición de que la contraparte haya tenido la oportunidad de contradecirlas en el trámite del proceso.

En el caso de la masacre de Mapiripán vs. Colombia, el Estado objetó varias declaraciones que se hicieron siguiendo parcialmente la figura de los *affidavit*, pues consideró que no se había cumplido con el requisito de que la declaración se hiciera ante fedatario público, allegándola con la simple autenticación. La Corte valoró las declaraciones argumentado que lo más importante es obtener la mayor cantidad de información posible para acercarse más a los hechos ocurridos y así fallar mejor. La valoración probatoria que realiza la Corte es que concede un alto valor a ciertos elementos de convicción frente a la ausencia de pruebas adicionales o corroborantes respecto de un hecho o circunstancia determinados[39]; práctica que tiene recibo sobre todo cuando se trata de graves violaciones a derechos humanos, que van acompañadas de una política de supresión de cualquier prueba[40].

En esta línea la Corte se ha otorgado la facultad de "utilizar tanto las pruebas circunstanciales, como los indicios y las presunciones como base de sus

38 URIBE, María Isabel y otros, Op. Cit. pág 275.

39 Casos de la masacre de Mapiripán Vs. Colombia, Lori Berenson Mejía Vs. Perú, Hermanas Serrano Cruz, Caso Yatama, etc.

40 FIX-ZAMUDIO, Héctor. "Orden y valoración de las pruebas en la Función Contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", colaboración para la obra colectiva "El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI", San José de Costa Rica, T. I.

pronunciamientos, cuando de aquellas puedan inferirse conclusiones consistentes sobre los hechos"[41].

Otro aspecto que incide en la valoración de la prueba es el de los indicios y las presunciones, que implican aligeramientos probatorios a favor de las víctimas[42].

En cuanto a las presunciones, una de las más importantes es que la Corte ha dado por probada la responsabilidad del Estado cuando la violación en el caso concreto encuadra dentro de un patrón sistemático de violaciones.

7. CONCLUSIÓN

Pretendemos que lo expuesto sirva como una *cabeza de playa* en la doctrina y jurisprudencia procesal penal para declarar la hospitalidad del instituto de la llamada prueba difícil con el objeto de someter debidamente al análisis la intensidad de la prueba de cargo para determinados delitos que así lo ameriten.

41 Caso Gangaram Panday Vs. Surinam, parr. 49.

42 GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. "El acceso de la víctima a la jurisdicción internacional sobre derechos humanos", en: El acceso a la justicia, entre el derecho formal y el derecho alternativo. El otro derecho. No. 35. ILSA. Bogotá. 2006. págs. 7-55.

Cuestiones procesales y edilicias en torno a la audiencia en Cámara Gesell

2

1. LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO RESPECTO DE LA DEBIDA ATENCIÓN DE LA VÍCTIMAS DE DELITOS SEXUALES Y ESCLARECIMIENTO DE LOS MISMOS

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Cantú, ha sido elocuente sobre la responsabilidad que tienen los estados miembros en la atención delitos sexuales, máxime al tratarse de una víctima menor e indígena[43].

Conectado con el tema que vamos a tratar resolvió: "Asimismo, el Tribunal observa que en el presente caso ha concurrido la falta de voluntad, sensibilidad y capacidad de varios de los servidores públicos que intervinieron inicialmente en la denuncia realizada por la señora Rosendo Cantú. Asimismo, la falta de utilización de un protocolo de acción por parte del personal de salud estatal y del Ministerio Público que inicialmente atendieron a la señora Rosendo Cantú, fue especialmente grave y tuvo consecuencias negativas en la atención debida a la víctima y en la investigación legal de la violación. Sobre este aspecto, la Corte destaca que en 'caso[s] de violencia sexual, los estándares mínimos [de recopilación de pruebas] tiene[n] que ser la inmediatez y la celeridad'".

Afirmó "Con base en las anteriores consideraciones y en el reconocimiento parcial de responsabilidad del Estado Mejicano, la Corte Interamericana con-

43 Corte Interamericana de Derechos Humanos in re "Rosendo Cantú y otra vs. México" Sentencia del 31 de agosto de 2010.

cluye que las autoridades estatales no actuaron con la debida diligencia en la investigación de la violación sexual de la señora Rosendo Cantú, menor a la fecha de los hechos, la cual, además, excedió un plazo razonable. Por ello, el Estado violó los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial previstos en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma e incumplió el deber establecido en el artículo 7.b de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, en perjuicio de la señora Rosendo Cantú".

La Corte anteriormente ha señalado que, de conformidad con el artículo 19 de la Convención Americana, "el Estado debe asumir una posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad, y debe tomar medidas o cuidados especiales orientados en el principio del interés superior del niño[44]. En tal sentido, el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y a los derechos de los niños, en consideración a su condición particular de vulnerabilidad[45]".

"De conformidad con sus obligaciones convencionales, efectivamente, el Estado debió haber adoptado medidas especiales a favor de la señora Rosendo Cantú, no sólo durante la denuncia penal, sino durante el tiempo en que, siendo una niña, estuvo vinculada a las investigaciones ministeriales seguidas con motivo del delito que había denunciado, máxime por tratarse de una persona indígena, pues los niños indígenas cuyas comunidades son afectadas por la pobreza se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad. La obligación de proteger el interés superior de los niños y niñas durante cualquier procedimiento en el cual estén involucrados[46] puede implicar, *inter alia*, lo siguiente: i) suministrar la información e implementar los procedimientos adecuados adaptándolos a sus necesidades particulares, garantizando que cuenten con asistencia letrada y de otra índole en todo momento, de acuerdo con sus necesidades[47]; ii) asegurar especialmente en casos en los cuales niños

44 *Cfr. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrs. 56, 59 y 60; *Caso Servellón García Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152, párr. 116, y *Caso Chitay Nech y otros*, párr. 164.

45 *Cfr. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, párrs. 60, 86 y 93; *Caso De la Masacre de Las Dos*, párr. 184, y *Caso Chitay Nech y otros*, párr. 164.

46 *Cfr. Comité de los Derechos del Niño. Observación General* 12: El derecho del niño a ser escuchado, 51º período de sesiones, 2009, U.N. Doc. CRC/C/GC/2009 (20 de julio de 2009), párr. 70.

47 *Cfr. Comité de los Derechos del Niño.* Observación General 5: Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44), 34º período

o niñas hayan sido víctimas de delitos como abusos sexuales u otras formas de maltrato, su derecho a ser escuchados se ejerza garantizando su plena protección, vigilando que el personal esté capacitado para atenderlos y que las salas de entrevistas representen un entorno seguro y no intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado[48], y iii) procurar que los niños y niñas no sean interrogados en más ocasiones que las necesarias para evitar, en la medida de lo posible, la revictimización o un impacto traumático en el niño[49]".

"En el presente caso el Tribunal considera necesario que el Estado continúe con el proceso de estandarización de un *protocolo de actuación*, para el ámbito federal y del estado de Guerrero, respecto de la atención e investigación de violaciones sexuales considerando, en lo pertinente, los parámetros establecidos en el Protocolo de Estambul y las Directrices de la Organización Mundial de la Salud antes indicados".

"También que las diversas acciones y cursos de capacitación desarrollados por el Estado, incluyan, en lo pertinente, el estudio de las disposiciones previstas en el Protocolo de Estambul y en las Directrices de la Organización Mundial de la Salud, y deben poner énfasis en la atención de presuntas víctimas de violación sexual, especialmente cuando pertenecen a grupos en situación de mayor vulnerabilidad como las mujeres indígenas y los niños".

Como lo ha hecho anteriormente[50], el Tribunal dispone "que el Estado continúe implementando programas y cursos permanentes de capacitación sobre investigación diligente en casos de violencia sexual contra las mujeres, que incluyan una perspectiva de género y etnicidad. Dichos cursos deberán impartirse a los funcionarios federales y del estado de Guerrero, particularmente a integrantes del Ministerio Público, del poder judicial, de la policía, así como a personal del sector salud con competencia en este tipo de casos y que por motivo de sus funciones constituyan la línea de atención primaria a mujeres víctimas de violencia".

---

de sesiones, 2003, U.N. Doc. CRC/GC/2003/5 (27 de noviembre de 2003), párr. 24, y Comité de los Derechos del Niño, Observación General 12: El derecho del niño a ser escuchado, párr. 64.

48 *Cfr. Comité de los Derechos del Niño.* Observación General 12: El derecho del niño a ser escuchado, párr. 21 in fine, 34 y 64.

49 *Cfr. Comité de los Derechos del Niño.* Observación General 12: El derecho del niño a ser escuchado, párr. 24.

50 *Cfr. Caso González y otras* ("Campo Algodonero"), párr. 541.

Ante semejante instrumento internacional, no es de extrañar que desde 2008 ADC, JUFEJUS y UNICEF realizaran un trabajo de relevamiento y colaboración con organismos judiciales y del Poder Ejecutivo de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con intervención en la protección, abordaje y acceso a la justicia de niñas, niños y adolescentes, víctimas o testigos de abuso sexual y otros delitos. A partir de ese trabajo, se elaboró una guía que contiene las buenas prácticas en materia de abordaje de niños víctimas o testigos que pretende orientar las prácticas interinstitucionales a los fines de proteger los derechos del niño, evitar su revictimización y obtener pruebas válidas para el proceso.

Resultado de tal cometido es la *"Guía de Buenas Prácticas para el abordaje de Niños/as adolescentes víctimas o testigos de abuso sexual y otros delitos. Protección de sus derechos, acceso a la justicia y obtención de pruebas válidas para el proceso"* elaborada por el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), Asociación por los Derechos Civiles (ADC) y Ju.Fe.Jus (Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias Argentina y Ciudad Autónoma de Buenos Aires)[51]. Esta es un rica herramienta para tener en cuenta a la hora de recordar diversos extremos esenciales a la hora de diseñar diversas estrategias de litigación para que la víctimas de tales delitos puedan prestar su testimonio con la integralidad propia que demanda la cuestión, sobre todo cuando se trata de víctimas niños, niñas o adolescentes o de personas vulnerables. Dicho sea de paso, el final de documento entre otros cita precisamente al caso Cantú de la CIDH.

En cuanto a la noción de personas en esta última situación cabe recordar lo referido por las *Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad,* específicamente la regla número 3 que dispone: "Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico".

Por su parte la regla número 4 nos trae una enunciación ejemplificativa de quienes pueden constituir este colectivo: "Podrán constituir causas de vulne-

51 Primera edición, septiembre de 2013 - www.protecciónінfancia.org.ar. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF buenosaires@unicef.org - www.unicef.org.ar), Asociación por los Derechos Civiles (ADC www.adc.org.ar)

rabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad".

En los casos de delitos contra la integridad sexual y, en particular, cuando estos han sido infligidos contra personas menores de edad, además de haber sufrido un daño irreparable a su integridad física, psíquica y moral por el abuso mismo, la víctima se ve expuesta a la posibilidad de padecer una victimización secundaria derivada de la relación posterior que el aparato jurídico-penal establece con ella.

2. DECLARACIÓN DE MENORES Y PERSONAS VULNERABLES SEGÚN LA GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS PARA EL ABORDAJE DE NIÑOS/AS ADOLESCENTES VÍCTIMAS O TESTIGOS DE ABUSO SEXUAL Y OTROS DELITOS DE UNICEF

Por eso se estableció la necesidad de procurar que las NNyA y/o víctimas en condición de vulnerabilidad tengan que declarar una única vez a lo largo del proceso judicial, que lo hagan únicamente ante una psicóloga u otra profesional especializada y a través de herramientas tecnológicas que permitan a las partes seguir las alternativas de la entrevista desde afuera del recinto. El objetivo es reducir lo más posible el estrés que supone para el o la NNyA atravesar el proceso y evitar su revictimización, a la vez que se favorece la obtención de pruebas válidas, de calidad y relevantes a los fines de la investigación según lo consignado en la página 7.

Se puntualiza claramente en el instrumento referido y que en esta obra ponemos a consideración del lector, que "es fundamental que, por un lado, se realice la video-grabación de la entrevista por una profesional específicamente capacitada asegurando que dicho video-grabación sea utilizado en las distintas instancias y etapas del proceso judicial y, por el otro, que se realice un único examen pericial físico exclusivamente en aquellos casos en que sea estrictamente necesario".

"Asimismo, esto supone que no se someta a la NNyA a la atención de diversos y variados profesionales de las mismas especialidades o afines y/o se superpongan evaluaciones similares..." sin perjuicio "...que se garantice el Derecho a la privacidad para el cual *toda información relativa a la participación* de la NNyA dentro del proceso debe ser protegida, asegurándose la confidencia-

lidad y restringiendo la divulgación de cualquier información que permita su identificación o utilización para fines inapropiados" (pág. 16).

Resulta necesario asegurar que la NNyA no vuelva a prestar declaración durante el debate oral ya que este, en la mayoría de los casos, se efectúa varios años después de realizada la denuncia.

Por ello, como regla general, se establece la necesidad de que su testimonio sea incorporado mediante la proyección de la videograbación de la entrevista testimonial realizada durante la etapa de investigación.

En particular, se estableció la necesidad de procurar que las NNyA tengan que declarar una única vez a lo largo del proceso judicial, que lo hagan únicamente ante una psicóloga u otra profesional especializada y a través de herramientas tecnológicas que permitan a las partes seguir las alternativas de la entrevista desde afuera del recinto. El objetivo es reducir lo más que se pueda el estrés que supone para la NNyA atravesar el proceso y evitar su revictimización, a la vez que se favorece la obtención de pruebas válidas, de calidad y relevantes a los fines de la investigación[52].

Se debe recordar que se pergeñó que aquellas víctimas menores declaren cuanto antes en una sala acondicionada al efecto ante facultativos idóneos y no en una audiencia ante fiscales, defensores y jueces. Esa declaración puede ser observada en directo a través de un vidrio que la menor no ve como tal y ser escuchada por sistema de sonido. La tecnología permite que el juez pueda a requerimiento fiscal o de la defensa introducir preguntas a través del especialista.

3. LA CÁMARA GESELL

Reconoce dicho protocolo que la mayoría de las provincias argentinas utilizan en el tema que estamos tratando la Cámara Gesell. Tal como lo hemos dicho antes de ahora, en realidad, a pesar de su nombre instalado, el dispositivo no es una *cámara* en sí misma, sino un salón, una habitación acondicionada para permitir la observación con personas[53].

Está conformada por dos ambientes separados por un vidrio de visión unilateral, los cuales cuentan con equipos de audio y de video para la grabación

52 "Guía..." op cit. pags. 13 y 7

53 CARBONE, Carlos Alberto "Novedades en torno a la eficiencia de la Cámara Gesell: desde la presencia de un perro hasta su cambio por un CCTV", https://www.rubinzalonline.com.ar/index.php/doctrina/articulos/ver/2072405/ Cita: RC D 1935/2019

de los diferentes eventos, tanto para interrogar a sospechosos como muestran las películas estadounidenses, como también para entrevistar víctimas a fines de preservar su intimidad o a testigos para garantizar su anonimato.

En nuestro país mayormente se usa para recibir testimonios de menores víctimas de delitos contra la integridad sexual.

Sabido es que para cumplir con el seguimiento desde otro recinto de las entrevistas realizadas a la niña, víctima o testigo que se desarrollan en un maco de intimidad con la sola presencia de una persona experta encargada de la audiencia, la mayoría de los poderes judiciales construyeron cámaras Gesell, que en todos los casos consisten en dos salas contiguas separadas por un vidrio unidireccionado. El audio es tomado con micrófonos y reproducido por parlantes en la sala de observación. En casi todos los casos se incluyeron sistemas de grabación que permiten el registro simultáneo del audio y de la imagen.

Su nombre se debe a su creador, el psicólogo infantil y pediatra estadounidense Arnold Gesell.

4. CÁMARA GESEL: ACONDICIONAMIENTO EFICAZ Y LA NOVEDOSA INTERVENCIÓN DE UN PERRO

Hoy en día las cosas están más claras. No antes. Es que a la hora de realizar un juicio, por lo general de abuso sexual, los graves daños psicológicos de las víctimas -muchas veces menores de edad- también estaban dados por el fenómeno de la llamada revictimización, que significa el hecho de volver de invocar lacerantes recuerdos de lo vivido y encima en un marco descarnado como lo es someterse al juicio oral público, aunque sea sin acceso de oyentes.

La *"Guía de buenas prácticas para el abordaje de niños/as adolescentes víctimas o testigos de abuso sexual y otros delitos. Protección de sus derechos, acceso a la justicia y obtención de pruebas válidas para el proceso*" conocida como *Guía de Unicef*,establece que el espacio físico en el que se desarrolla la entrevista a las Niñas, Niños y Adolescentes (NNyA) debe estar especialmente acondicionado para este fin. Debe ser silencioso, con aislamiento de ruidos externos y no debe haber interrupciones de ningún tipo. La decoración debe ser amigable y adecuada para NNyA de diferentes edades. Debe transmitir una sensación de calidez y comodidad, ser atractiva aunque sencilla para evitar distracciones.

Se ocupa del amoblamiento del recinto, postulando que los muebles deben ser adecuados para NNyA de diferentes edades y estar preparados con anterioridad a la entrevista. Por ejemplo, la mesa y las sillas a utilizar con una adolescente de 17 años serán diferentes a las que se usen con una niña de 4 años.

En la sala de entrevistas debe haber algunos elementos como papel, lápices, crayones por si las víctimas menores o testigos quieren dibujar o escribir para asistir el relato y también porque pueden ayudar a reducir la ansiedad de los mismos. Sin embargo, en cuanto a los juguetes, existe consenso sobre la necesidad de que solo haya un número limitado y que sean apropiados para la edad. Es recomendable que estén, en principio, fuera del alcance de la vista de la NNyA y que solo sean introducidos cuando la psicóloga lo considere necesario para facilitar u apoyar el relato, especialmente con niñas de edad pre-escolar y escolar. En el caso de que la NNyA realice dibujos o escritos, estos deben ser remitidos junto con el informe al que luego podrán acceder las partes.

Enfatiza dicha guía que los dispositivos de Cámara Gesell, o Circuito Cerrado de Televisión (o informáticos, agregamos nosotros) que permiten asegurar la intimidad e integridad de las declaraciones de las víctimas se activan por lo general en delitos contra la integridad sexual y, en particular, cuando estos han sido infligidos contra personas menores de edad. En estos casos, además de haber sufrido un daño irreparable a su integridad física, psíquica y moral por el abuso mismo, la víctima se ve expuesta a la posibilidad de padecer una victimización secundaria derivada de la relación posterior que el aparato jurídicopenal establece con ella.

En tal contexto, bueno es destacar que recientemente los diarios argentinos dieron cuenta de un hecho llamativo en torno a llamada Cámara Gesell: Titán, un perro Golden Retriever llegó al Ministerio Público Tutelar porteño para ocupar un puesto inédito; es el primer perro de terapia para asistencia judicial que acompaña a los niños, niñas y adolescentes que ingresan al edificio, porque tienen que declarar en la sala de entrevistas especializada, más conocida como Cámara Gesell. Son chicos que han sido víctimas de algún delito como *grooming*, abuso sexual, pornografía infantil, maltrato o lesiones, y están allí porque tienen que revivir, aunque esta vez mediante el relato, esa traumática experiencia. La presencia del can es clave en dos instancias: antes de entrar a la sala y al terminar la entrevista. La crónica da cuenta que cuando llegan los niños suelen estar con mucho estrés, angustiados, y cuando se encuentran con la sorpresa de que Titán los está esperando se da un intercam-

bio de cariño que los ayuda a distenderse. Los chicos piden quedarse un ratito más con él, sacarse una foto. Una niña dijo que lo mejor que le había pasado en todo este proceso había sido Titán[54].

5. PROBLEMAS EDILICIOS Y LA OPCIÓN POR OTROS DISPOSITIVOS DE MEJOR CALIDAD

Contrariamente, en otros ámbitos, lejos de tener la presencia de un animal que contenga a los niños víctimas, los recintos especializados todavía no se encuentran en lugares aislados del resto de las oficinas del sistema penal, donde se conjugan la molestia del bullicio con la poca imaginación en ocasiones de empleados y funcionarios para velar a toda costa que antes, durante (en recesos), o al final de las entrevistas, las víctimas no se encuentren con personas que puedan perturbarlas.

Las cuestiones sobre fallas en el dispositivo de Cámara Gesell y sus implementaciones prácticas suelen ser citadas por las partes en los casos en que se discute la presencia del imputado en el recinto contiguo al de la declaración de la víctima [55].

Desde ya adelantamos que, en lo posible, deben procurarse dispositivos distintos al referido, que garanticen mejor la intimidad del acto y su posible control por las partes sin que se afecten ninguna de las premisas por la cuales se generó.

Porque hoy en día no es la panacea este dispositivo. Ha sido difícil lograr el aislamiento completo entre ambas salas, y en consecuencia no es raro que el niño o la niña entrevistada se detenga o se sienta intimidada al escuchar voces o percibir personas a través del vidrio. Además, un vidrio espejado de gran tamaño en la sala de entrevistas es disruptivo de por sí y no ayuda a lograr el clima de confianza y *rapport* que favorezca el relato del niño o niña. Así, en varias provincias (entre ellas Neuquén y Formosa) el vidrio fue cubierto con cortinados y la entrevista es seguida a través del circuito cerrado de televisión que conecta ambas salas.

54 https://www.lanacion.com.ar/buenos-aires/titan-el-golden-retriever-que-acompana-a-declarar-a-chicos-victimas-de-delitos-nid2295114. Entrada del 8.10.19

55 Colegio de Jueces de la Cámara de Apelaciones Penal de Rosario, Auto dispuesto en forma oral en audiencia de apelación del 18/10/19 in re *"M., Oscar s/ anticipo jurisdiccional de prueba"* CUIJ N° 21-08017118-5, Carbone Carlos, Juez unipersonal.

Por eso la Guía referida insiste con el seguimiento remoto: *"También el sistema de Circuito cerrado de TV (CCTV) permite que la sala de entrevistas a donde tiene que concurrir la NNyA se encuentre en un espacio diferente a los recintos forenses y/o judiciales que suelen tener una nutrida concurrencia"*.

Esto puede efectuarse mediante una sencilla instalación adicional que permita la transmisión de la entrevista por red o internet en la sala de observación instalada en otro edificio o sección. Este sistema además posibilita que los funcionarios puedan observar la entrevista en simultáneo desde la PC en sus despachos, en caso que no puedan trasladarse hasta la sala de observación.

Bien se ha descripto que este dispositivo, que se pensó como una panacea en favor de la víctima, a menudo presenta problemas incluso en nuevos edificios como el Centro de Justicia Penal de la ciudad de Rosario, por lo cual nos remitimos por su precisión a la "Guía de buenas prácticas para el abordaje de niños/as adolescentes víctimas o testigos de abuso sexual y otros delitos. Protección de sus derechos, acceso a la justicia y obtención de pruebas válidas para el proceso" (*Guía de Unicef*)[56]:

"En principio el sistema más utilizado en Argentina para estas entrevistas y su grabación en video ha sido la cámara Gesell. Esto supone la existencia de dos salas contiguas separadas por un vidrio a través del cual las partes pueden observar en simultáneo las alternativas de la entrevista sin interferir".

"Sin embargo, la experiencia internacional en la temática, e incluso lo que viene aconteciendo en distintas localidades de la Argentina en los últimos años, es contundente en cuanto a la conveniencia de utilizar un sistema de Circuito Cerrado de TV".

"Este sistema cuenta con la ventaja de tener una instalación mucho más económica y sencilla, ya que solo requiere la existencia de dos salas, que no precisan ser contiguas y un equipo de videograbación y micrófonos conectados a una televisión en la sala de observación. Por lo tanto, al obviar el vidrio espejado, la configuración de la sala resulta menos intimidante. De hecho, toda la logística se simplifica, pues la aislación de sonido es menos problemática y no hay que extremar las precauciones para que la NNyA no se encuentre con las otras partes del proceso al ingresar y salir de la sala".

"Este sistema cuenta con la ventaja de tener una instalación mucho más económica y sencilla, ya que solo requiere la existencia de dos salas, que no

56 "Guía...", págs. 5 , 7, 13, 14 y sgtes.

precisan ser contiguas y un equipo de videograbación y micrófonos conectados a una televisión en la sala de observación. Por lo tanto, al obviar el vidrio espejado, la configuración de la sala resulta menos intimidante. De hecho, toda la logística se simplifica, pues la aislación de sonido es menos problemática y no hay que extremar las precauciones para que la NNyA no se encuentre con las otras partes del proceso al ingresar y salir de la sala".

"Ventajas de la utilización del sistema de CCTV:

• Instalación más sencilla y económica

• Acondicionamiento de la sala menos intimidante para la NNyA

• Aislación de sonidos externos mucho más sencilla

• Mayores facilidades para evitar cruces entre la víctima y el imputado y su abogado o familiares".

"Accesos independientes. Resulta fundamental que la sala de entrevista cuente con un acceso que sea absolutamente independiente al de la sala de observación, donde estarán presentes los otros actores".

"Esto asegura que la NNyA no se encuentre ni antes ni después de la entrevista con el imputado, su abogado o los familiares, algo que puede ser sumamente traumático e intimidante para la NNyA y negativo para el desarrollo de la entrevista de declaración testimonial".

"Como se dijo, este requisito puede ser mucho más fácilmente asegurado cuando se utiliza el sistema de CCTV en vez de la cámara Gesell. Incluso, este sistema permite que la sala de entrevistas esté ubicada en un edificio diferente al de la sala de observación, evitando por completo la posibilidad de que la NNyA víctima se encuentre en algún momento, como ser la puerta de ingreso por la calle, con el imputado".

El Protocolo elaborado para Salta y Jujuy describe los problemas del dispositivo tradicional: "Sin embargo, el uso de este dispositivo de Cámara Gesell resulta problemático. Ha sido difícil lograr el aislamiento completo entre ambas salas, y en consecuencia no es raro que la niña entrevistada se detenga o se sienta intimidada al escuchar voces o percibir personas a través del vidrio. Además, un vidrio espejado de gran tamaño en la sala de entrevistas es disruptivo de por sí y no ayuda a lograr el clima de confianza y rapport que favorezca el relato de la niña. Así, en varias provincias (entre ellas Neuquén y

Formosa) el vidrio fue cubierto con cortinados y la entrevista seguida a través del circuito cerrado de televisión que conecta ambas salas".

Por eso la Guía de Unicef referida insiste con el seguimiento remoto: "También el sistema de CCTV permite que la sala de entrevistas a donde tiene que concurrir la NNyA se encuentre en un espacio diferente a los recintos forenses y/o judiciales que suelen tener una nutrida concurrencia".

"Esto puede efectuarse mediante una sencilla instalación adicional que permita la transmisión de la entrevista por red o internet en la sala de observación instalada en otro edificio o sección. Este sistema además posibilita que los funcionarios puedan observar la entrevista en simultáneo desde la PC en sus despachos, en caso que no puedan trasladarse hasta la sala de observación.

• Sala de espera. Es importante que se disponga una sala de espera separada y agradable para la NNyA, equipada con algunos juguetes y otros elementos que la ayuden a distraerse y reducir su nivel de estrés, hasta tanto hayan arribado todos los actores requeridos y se pueda iniciar la entrevista.

Sin embargo, para evitar el cansancio y la ansiedad que le puede generar la espera, es conveniente que, en la medida de lo posible, la víctima pueda entrar de manera inmediata a la sala de entrevista sin esperar por mucho tiempo, especialmente cuando se trata de niñas pequeñas.

• Selección e instalación del equipamiento apropiado. La adquisición del equipamiento y su configuración debe ser planificada con anterioridad y tomando los recaudos necesarios. Esto evita problemas futuros relativos a la calidad de la imagen y el audio de las grabaciones, reduce costos y pérdidas de tiempo. El equipamiento debe cumplir los siguientes requisitos:

• Contar con un procedimiento seguro y sencillo para la grabación y la preservación del material. Esto significa que no se corte repentinamente la grabación, no se borre la información, etc.

• La sala debe estar preparada para asegurar el aislamiento de sonidos del exterior, por ejemplo, contar con doble vidrio en caso de tener alguna ventana, tener micrófonos de ambiente que estén aislados de los sonidos que se transmiten por la estructura.

Debe asegurar la obtención del audio con una calidad adecuada, teniendo en cuenta que es muy frecuente que las NNyA en esta situación, especialmente cuando son pequeñas, bajen el volumen de voz, hablen hacia el suelo, se trasladen por la sala.

• Debe contar con al menos dos cámaras de video que puedan ser controladas desde el exterior para asegurar que se pueda seguir a la NNyA, que se pueden captar sus gestos y movimientos corporales, tanto si permanece sentada como si se traslada por la sala".

El Protocolo elaborado para Salta y Jujuy en base a la Guía de Unicef remarca esto: "En este caso, un dispositivo más accesible se asocia a una mejor protección. Si el dispositivo está disponible en varios departamentos judiciales -y no únicamente en las capitales-, se evitan los largos y desgastantes traslados (en transporte público o en móvil policial) de las niñas desde su lugar de residencia hasta donde está disponible la cámara Gesell. Además, puesto que el CCTV no requiere salas contiguas, se evita que la víctima se encuentre con otros actores del proceso (por ejemplo, el imputado o sus familiares, el abogado defensor, etc.) al entrar y salir de la sala de entrevista. El CCTV incluso permite que las alternativas de la entrevista sean seguidas desde los propios despachos de los operadores judiciales, e incluso que la sala de entrevista se encuentre fuera del predio judicial, facilitando la confianza y la distensión de la niña, contribuyendo así a obtener el mejor relato posible".

6. LAS ENSEÑANZAS DE LA PANDEMIA EN MATERIA DE GESTIÓN Y TECONOLOGÍA

La pandemia causada por el llamado Coronavirus (Covid-19) que azota al mundo desde fines de 2019 y principios de 2020 tuvo, aunque parezca mentira, un efecto superador y novedoso respecto de la introducción en el Poder Judicial de diversas herramientas de comunicación que todos los operadores usan en sus vidas privadas, pero que parecía imposible replicar en la actividad jurisdiccional, totalmente apergaminada al papel, las formas pesadas y los tiempos lentos, cuando no muertos.

Gracias a ese virus Argentina ha reaccionado como diversos países lo hicieron, mejorando y agilizando los trámites judiciales ante la inevitable situación de prohibir la circulación de personas y guardar las distancias reglamentarias con el fin de evitar o prevenir los contagios, no solo en los pasillos de los tribunales sino también en sus oficinas con la consiguiente suspensión de las audiencias presenciales, a fin de no paralizar y colapsar la actividad procesal.

Este cambio que se dio en cuestión de días o en pocos meses, para ser francos, habría tardado muchos años en implementarse en condiciones normales,

como lo demostraba el estatismo burocrático imperante hasta ese momento, más allá que se cuenten con sistemas informáticos de gestión de expedientes o notificaciones electrónicas.

Hoy no es tabú que jueces, funcionarios y empleados trabajen desde sus casas conectados con el tribunal, las partes y los profesionales. Tampoco es novedad que para no suspender *sine die* las audiencias, los máximos tribunales implementaron diversos soportes informáticos, no solo para abastecer la presentación de escritos vía correo electrónico sino para realizar audiencias fuera del tribunal, *virtuales,* donde los jueces y todos los operadores del proceso están conectados *on line* desde sus casas, oficinas, o despachos.

Como la pesada y burocrática implementación de las salas o mecanismos para video-conferencia instalados en los tribunales se hizo totalmente impracticables para los casos que se necesitaba, se autorizó la realización de audiencias por diversos programas informáticos internacionales y privados como Zoom, Google Meet, etc., que permiten inclusive su grabación y con ello despejan cualquier duda de autenticidad, aunque algunos insistan -en el proceso civil- en la presencia de un Secretario del mismo modo para "dar fe", signo que todavía las mentes no se "*resetearon*" para el uso de las nuevas herramientas.

Esto demuestra que la referida Cámara Gesell instalada en los tribunales bien debe abrirse paso a estos procedimientos, que además permiten hacerlo prácticamente sin costo en proporción a las prestaciones, y permiten que los menores víctimas sean entrevistados en cualquier oficina o consultorio de los especialistas o donde se disponga al efecto para examinar a los menores fuera de los tribunales, garantizando más aún la intimidad y confianza del menor víctima, sin perjuicio que los operadores judiciales, jueces, fiscales, abogados, delegados técnicos e interesados puedan participar del acto interconectados como ya vimos.

También descubrieron algunos que se puede incorporar al principio de inmediación física, la virtual, sin mengua alguna de sus atributos.

Asimismo se puede intervenir desde cualquier sitio y país mediante una Tablet, Notebook o por cualquier aparato de telefonía celular, con lo cual se evitan suspensiones y cancelaciones por diversas diligencias que esos operadores deban realizar.

Prueba de este nuevo paradigma que debieron pilotear la Corte Nacional

y las estaduales lo constituye el modo que gestiona sus acuerdos el Máximo Tribunal de Santa Fe, demostrando que la pesada presencialidad que desde antaño se sostiene semanalmente con viaje incluido hacia la ciudad capital de los ministros de Rosario como se hace generalmente, pudo ser dejada de lado con los votos personales con firmas *"on line"*, trayendo solo como ejemplo un caso del que daremos cuenta en este libro[57].

7. CUESTIONAMIENTOS AL PROCEDIMIENTO: LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA QUE NO SERÁ EN EL JUICIO ORAL

Pero sea acudiendo a la Cámara Gesell o a un recinto cerrado con seguimiento remoto *on line* desde otras oficinas o recintos en el mismo u otro edificio, surge claro el conflicto de valores constitucionales en juego: el derecho del encartado a interrogar a la víctima, controlando en juicio oral la prueba de cargo con posibilidad de controvertir sus dichos, contra la preservación de la integridad de la personalidad de la víctima y poder solo escuchar su testimonio en juicio oral, pero reproduciendo los dichos obtenidos en la Cámara Gesell.

Así, se observa que a través del tiempo distintas estrategias de la defensa fueron variando: desde la oposición lisa y llana a la realización de la entrevista en Cámara Gesell, pasando por admitir el procedimiento pero no como anticipo jurisdiccional de prueba durante la investigación y ante el juez a cargo de ésta, sino paralelo al juicio y con la inmediación del juez o jueces del juicio, para seguir en la actualidad admitiendo no solo la entrevista sino también que

57 "CSJSF M., MIGUEL ANGEL - RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD EN CARPETA JUDICIAL: "M., MIGUEL ANGEL S / ABUSO SEXUAL SIMPLE Y ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO" - (CUIJ 21-08304583-0) S/ QUEJA POR DENEGACIÓN DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD 21-00513063-5 Santa Fe, 15 de septiembre del año 2020 "Ministro Firmante: 15/09/2020 11:07:16 DR. GUTIÉRREZ (PTE.) Ministro Firmante: 15/09/2020 11.24.43 DR. SPULER Ministra Firmante: 15/09/2020 12:18:32 DRA. GASTALDI Ministro Firmante: 15/09/2020 12:32:03 DR. ERBETTA Ministro Firmante: 15/09/2020 12.40:41 DR. FALISTOCCO Secretaria Firmante: 15/09/2020 13:14:46 DRA. FERNÁNDEZ RIESTRA. *Se deja constancia que el presente acto jurisdiccional fue firmado por el señor Presidente, los señores Ministros y por quien suscribe, en la fecha y hora indicada en el sistema informático del Poder Judicial de la Provincia, en forma digital* (Ley Nacional 25506; Decreto Reglamentario 2628/02; Ley Provincial 12491 y Poder Judicial de la Provincia, en forma digital (Ley Nacional 25506; Decreto Reglamentario 2628/02; Ley Provincial 12491 y Acordada CSJSF n° 42 punto 3 de fecha 11/10/06), en el marco de la emergencia sanitaria producida por la pandemia Coronavirus - Covid 19 (Ley Nacional 27451, art. 1; Decretos de Necesidad y Urgencia del Poder Ejecutivo Nacional 260/20; 297/20; 325/20; 355/20; 408/20; 459/20 y 493/20 y Acordadas CSJSF de fecha 16/03/20 - Acta 8; 19/03/20 – Acta 10; Resolución n° 306 de fecha 27/03/20; Acordada de fecha 14/04/20 - Acta 11; Resolución n° 370 de fecha 29/04/20; Acordada de fecha 13/05/20 - Acta 14 y Acordada de fecha 27/05/20 – Acta 15. Santa Fe,15 de septiembre de 2020". FDO.: FERNÁNDEZ RIESTRA (SECRETARIA)

se realice como anticipo jurisdiccional de prueba, pero pugnando para que el imputado puede controlar directamente las alternativas de la entrevista.

Si bien hoy en día todavía se observan menos cuestionamientos de parecido tenor que pretenden la declaración de las víctimas de éstos delitos en juicio oral, como esto se viene denegando monolíticamente -así en la justicia rosarina por ejemplo- como veremos, pretenden desconocer la prioridad que declare en Cámara Gesell de modo anticipado tal lo expusimos anteriormente.

Ambos supuestos deben resolverse teniendo en cuenta lo que la jurisprudencia rosarina viene llamando *el clearing de valores* constitucionales: ante un choque entre ellos, uno debe ceder ante el otro por ser preeminente. Este choque ha sido elocuentemente descrito por la doctrina dando cuenta que "...los conflictos planteados y sus dificultades muestran qué importante es tener una Magistratura sensible, especialmente preparada para responder a los nuevos requerimientos de los tiempos. El legislador debe dictar normas claras y eficaces, pero la interpretación y la aplicación de la ley, fundamentalmente en este tipo de materia no pueden desentenderse de las especiales circunstancias de la causa y de las consecuencias futuras de la decisión. Por eso, el equilibrio sólo puede marcarlo el juez; pero para que la decisión cumpla con el famoso recaudo de la proporcionalidad, no solo se requiere sentido común, sino razonabilidad y eficiencia, elementos afanosamente buscados por los destinatarios del sistema de justicia..."[58].

Esta selección de intereses constitucionales no siempre ha sido justa como lo demuestra el *leading case "Gallo López"* de la CSJN donde el imputado fue condenado por el delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por haber sido cometido por un ascendiente -hacia su hija de 12 años-, en concurso ideal con el delito de corrupción de una menor de 18 años agravado por la misma circunstancia. Contra esa decisión la defensa interpuso un recurso de casación, argumentando la imposibilidad de controvertir los dichos de la joven y su tía -denunciante en la causa- y ello, en el primero de los casos, como consecuencia de haber sido desaconsejada su comparecencia en juicio por el cuadro psicológico padecido por la joven y en el segundo caso, por la imposibilidad de dar con el paradero de la denunciante. La Cámara Nacional de Casación Penal anuló la sentencia condenatoria y reenvió las actuaciones a un

58 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "El inestable equilibrio entre el interés superior del niño y el derecho de defensa en juicio", *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal N° 9,* Editorial "Ad hoc", págs. 215 y sgtes.

nuevo tribunal a fin de realizar un nuevo juicio en el cual la víctima, luego de una preparación psicológica, pudiera prestar declaración en el debate. Contra esa sentencia se interpuso recurso extraordinario, cuya denegación originó la queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación que a la postre dejó sin efecto el fallo impugnado con la anulación consiguiente[59].

Se reputó con razón su arbitrariedad, dado que la Cámara de Casación Penal no atendió a las pruebas objetivas consideradas al momento de la condena -muestras de semen y sangre y las heridas de la víctima, que no fueron impugnadas por la defensa-, en orden a examinar si constituían un curso causal probatorio independiente.

En un ejemplar voto la Dra. Highton de Nolasco sostuvo que correspondía confirmar la sentencia del tribunal oral que condenó pues, si bien para ello restringió el derecho a interrogar del encartado, lo hizo en la medida estrictamente necesaria para preservar la salud psicofísica de la damnificada -incorporándose por lectura los dichos de la víctima-, con argumentos pertinentes que se basaron en un informe médico que demostró objetiva y concretamente el alto riesgo que para su salud mental podía aparejar una decisión en contrario.

La potencia de su voto fue tal que hoy en día es difícil encontrar alguna decisión judicial que no lo cite en esta lides, porque además dejó en claro que no toda restricción del derecho a interrogar es incompatible con la noción de un juicio justo, en tanto y en cuanto no se resigne definitivamente el equilibrio que debe mediar entre la acusación y la defensa.

Agregó que se encuentra en condición de vulnerabilidad aquella víctima del delito que tiene una relevante limitación para evitar o mitigar los daños y perjuicios derivados de la infracción penal o de su contacto con el sistema de justicia, o para afrontar los riesgos de sufrir una nueva victimización -como es el caso de quien fue abusada sexualmente por su padre teniendo 12 años de edad-, estado que puede proceder de sus propias características personales o bien de las circunstancias de la infracción penal.

"Los jueces deben adoptar, en los casos que involucran víctimas en condiciones de vulnerabilidad, las medidas que resulten adecuadas para moderar los efectos negativos del delito -victimización primaria- y también deben procurar que el daño sufrido no se vea incrementado como consecuencia del

59 CSJN, "Gallo López, Javier s/ causa Nº 2222", Fallos: 334:725 - 7 de junio de 2011.

contacto con el sistema de justicia -victimización secundaria-, protegiendo, en todas las fases del procedimiento penal, la integridad física y psicológica de la víctima".

Es tal la enjundia y esclarecimiento del fallo referido que en el capítulo siguiente lo ponemos íntegramente a consideración del lector.

Por eso hoy en día es intolerable que en casos como el que damos cuenta se insista con la declaración en juicio oral a toda costa de las víctimas de abusos sexuales, menores u otras personas vulnerables, siendo de destacar la celebración de protocolos conjuntos entre fiscalía y defensa pública donde no se cuestiona este procedimiento ni como anticipo jurisdiccional de prueba, sino que se acuerdan además diversos pormenores para su realización como sucede en Rosario.

8. PERFILES DE LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA MENOR EN CÁMARA GESELL COMO ANTICIPO JURISDICCIONAL DE PRUEBA

La jurisprudencia es conteste -y la rosarina que citamos no es la excepción- en que "tanto la posibilidad de producir la prueba anticipadamente, y por tal fuera de las secuencias temporales del juicio, como que se lo haga bajo el formato de Cámara Gesell son aspectos que se encuentran en una unidad subordinada. Ambos aspectos ingresan dentro del paradigma de las *víctimas especialmente vulnerables* pues la hipótesis de trabajo la constituyen presuntos abusos sexuales en el ámbito interno del grupo conviviente -lo que también encuadra en un ataque de género sobre una menor de diez años y otra algo mayor al momento del hecho-; no obstante esta última contar ya con los dieciocho años cumplidos"[60].

En dicho precedente y en otros que siguen su ideario se resalta que el objeto procesal de tal factura no solo enmarca la cuestión en la Convención de Derechos del Niño, sino además en las obligaciones asumidas por el Estado Argentino al aprobar la Convención de Belem do Pará, para prevenir, investigar y sancionar toda forma de violencia contra la mujer, en cuyo marco debe el estado posibilitar que la víctima asuma la facultad de comparecer para efec-

60 Colegio de Jueces de la Cámara de Apelaciones Penal de Rosario, Auto N° 744 del 05/08/2015 in re *"C., Cristian Raul s/ abuso sexual con acceso carnal, abuso sexual gravemente ultrajante, lesiones leves, lesiones leves calificadas, privación ilegítima de la liberta agravada y daño calificado -anticipo jurisdiccional de prueba-"*, CUIJ N° 21-06042637-3, Vocal Daniel Acosta.

tivizar el "acceso efectivo" al proceso en los términos del artículo 7 inciso "f" de la Convención, de la manera más amplia posible[61].

Tal acceso *"de la manera más amplia posible"* comprende -por implicancia- la posibilidad de la mayor inmediatez en caso de resultar necesario. Repárese que al grabarse el audio y filmarse el acto, permitirá que a *posteriori* se puedan reeditar los dichos de la menor víctima sin revictimización[62].

Bien se dijo que la propia naturaleza de los hechos afirmados en la denuncia lleva a la conclusión que resultan requirentes de un abordaje con la mayor antelación posible; pues la prolongación en el tiempo de la recidiva procesal conspira contra la prevención de las formas de victimización secundaria. Las razones apuntadas permiten inferir con total claridad la necesidad que, en caso de tener que ser oída la víctima, lo sea bajo la modalidad de Cámara Gesell, con el consiguiente sacrificio de la inmediación deseable *sea cual fuere el momento en que se la realice -tanto durante el juicio- como en un anticipo jurisdiccional de prueba*.

En este sentido, bueno es recordar que algunos ordenamientos prevén expresamente la recepción de este tipo diferenciado de declaraciones como el orden procesal nacional en el art. 250 bis de anterior redacción, al que se había atacado como inconstitucional.

Pero claramente se ha dispuesto que "El art. 250 bis del C.P.P.N., aporta un nuevo procedimiento para la recepción de declaraciones de menores damnificados por delitos de lesiones y contra la integridad sexual. En esos casos el juez queda relevado de interrogar, practicándose tal medida a través de personas expertas en el tratamiento de menores, tales como psicólogos o eventualmente psiquiatras. De tal modo, lo que se evita, a diferencia de lo manifestado por el incidentista, es justamente, revictimizar al niño ante el interrogatorio de sujetos, tales como los jueces o empleados de un tribunal, que por no haber sido formados en la materia ahonden o le provoquen un nuevo perjuicio. No existe, en consecuencia, vulneración a la necesaria intervención del juez natural, porque, de hecho, sigue controlando el interrogatorio, sólo que lo hace por interpósita persona. La decisión adoptada por el legislador podrá ser opinable, pero desde el aspecto indicado nunca tendrá los defectos de inconstitucionalidad que se le atribuyen (…) En cuanto a la vulneración

61 Conf. CSJN , "Góngora, Gabriel Arnaldo s/ recurso de hecho", 23-4-2013.

62 Conf. DONNA, Edgardo, "Las palabras, los hechos y la víctima en el Derecho Argentino", en RDPP, 2012, número extraordinario en *Víctimas especialmente vulnerables*, pág. 165, Ed. Rubinzal-Culzoni.

del principio de defensa en juicio, la Sala tampoco comparte los argumentos postulados por el apelante, ya que, tal como surge expresamente de la norma en cuestión, tanto el tribunal como las partes tienen la facultad de seguir las alternativas del acto, desde el exterior del recinto denominado 'Cámara Gesell', ello sin perjuicio de que antes de comenzar con la entrevista, 'el tribunal hará saber al profesional a cargo ... las inquietudes propuestas por las partes, así como las que surgieren durante el transcurso del acto...'. Es decir, que en todo momento, las partes pueden ejercer su derecho de controlar la prueba, pudiendo, inclusive, sugerir preguntas cuya formulación al menor queda a criterio del profesional que lleva a cabo el interrogatorio, debiendo el juez resolver los conflictos que se puedan suscitar dejando constancia de ello en el acta"[63].

Ello es así porque la inviolabilidad de la defensa en juicio debe ser resguardada y se encuentra implícito en ella el derecho a interrogar a los testigos de cargo, sin perjuicio que el art. 250 bis del C.P.P.N., limitado a los menores de dieciséis años víctimas de delitos sexuales, establece un procedimiento particular de interrogatorio en el que no pueden ser interrogados en forma directa ni por el tribunal o las partes, sino a través de un profesional de la salud mental y un gabinete especial. La defensa se garantiza mediante el interrogatorio que, en la etapa instructoria, bien puede ser realizado a través del juez, fiscal o, en los casos previstos por el art. 250 bis de un profesional actuante; por lo cual no procede declarar la inconstitucionalidad del párrafo 4to., del art. 118 del C.P.P.N.[64].

También es útil traer al Tribunal Suprema Español cuando señala la posibilidad de admitir en el juicio oral la declaración realizada por la víctima en la fase de instrucción, pero con carácter limitado ante la imposibilidad de reproducir dicho testimonio y siempre que se hubieren respetado el derecho de defensa y el principio de contradicción: Se procede en estos casos a la lectura en el juicio oral de la declaración correspondiente[65].

63 C. 24987 - "B., R. A. s/ inconstitucionalidad del art. 520 bis del C.P.P.N." - CNCRIM Y CORREC DE LA CAPITAL FEDERAL - Sala I – 28/12/2004, Causa 36.280. "S., R.". Procesamiento. Abuso sexual. Instr. 48/145. Sala VII. Buenos Aires, 27 de marzo de 2009.- Causa 27.128 – Sala I, González, José. Nulidad/ Inconstitucionalidad art. 250 ter C.P.P. Interloc. 2/59 Buenos Aires, 14 de diciembre de 2005.

64 Cam. Nac. Crim y Correc, Sala VI INCID.DE INCONSTITUCIONALIDAD promovido por el Dr.Pablo Noceti. 29/12/05 causa 27.909.

65 STS 22-2-2007 y acuerdo del plenario jurisprudencial de la Sala II, adoptada en su reunión del 28-11-2006, donde extendía a las declaraciones válidamente prestadas ante la policía; lo que en nuestro derecho sería al menos discutible en la mayoría de los casos.

Asimismo, el Supremo Tribunal de Justicia Europeo en el sonado caso "María Pupino" estableció en el caso de niños de corta edad y víctimas especialmente vulnerables la posibilidad de que estos presten declaración fuera de la audiencia pública y aún antes de su celebración[66]; extremo perfectamente aplicable al menos a una de las afirmadas víctimas de autos.

En aquel precedente del juez de Cámara Dr. Acosta se afirma que sería una manifestación hipócrita cualquier afirmación judicial que sostenga que no existen en lo peticionado un sacrificio a la inmediación en el juicio. "Repárese a todo evento que el principio o regla técnica de la inmediación requiere *'que los elementos de convicción lleguen directamente al espíritu del sujeto que en definitiva ha de valorarlos, de suerte que en su recepción y percepción no se interpongan otras personas que consciente o inconscientemente puedan turbar o alterar la natural y original entidad de tales elementos, tergiversando así la aptitud real de la prueba"*[67], con la consiguiente percepción directa de las partes[68]. El Tribunal de juicio debe estar más cerca de la fuente de prueba, que del medio de prueba; pues la inmediación es comprensiva además de '…la percepción directa de las pruebas por las partes...' y '...la comunicación personal y oral entre todos los sujetos procesales...'[69]".

"Ahora bien, no todo sacrificio de la inmediación en el juicio resulta atentatorio del juicio penal de acuerdo a la manda constitucional. Recuérdese que el máximo Tribunal del país en el señero precedente 'Casal' ha atenuado las exigencias derivadas de la inmediación -haciendo referencia a una magnificación que cierta doctrina procesal tiende a otorgarle- pues le permite a un Tribunal que no tuvo inmediación con la prueba una nueva evaluación. Así dijo en el considerando '34' que: *'Que en síntesis, cabe entender que el art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación debe entenderse en el sentido de que habilita a una revisión amplia de la sentencia, todo lo extensa que sea posible al máximo esfuerzo de revisión de los jueces de casación, conforme a las posibilidades y constancias de cada caso particular y sin magnificar las cuestiones reservadas a la inmediación, sólo inevitables por imperio de la oralidad conforme a la naturaleza de las cosas'...*".

66 STJEU, Gran Sala C-105/03, del 16-6-2005.

67 JAUCHEN, Eduardo M., "El juicio oral en el proceso penal", Rubinzal-Culzoni. Santa Fe, 2008, pág. 37.

68 Ibidem.

69 Ibidem.

"La inmediación va a fluir naturalmente a partir de la plena vigencia del nuevo sistema por conducto de la informalidad en la investigación, que resultara refractaria a la producción de las pruebas objeto de valoraciones provisorias y previas al veredicto del tribunal de juicio, salvo excepciones muy puntuales como las atinentes a la cámara Gesell. A su respecto tal limitación a la inmediación fue recientemente abordada por el máximo tribunal del país, al tratar lo atinente a las víctimas vulnerables al sostener que: *'No toda restricción del derecho a interrogar es incompatible con la noción de un juicio justo, en tanto y en cuanto no se resigne definitivamente a mantener el equilibrio que debe mediar entre la acusación y la defensa'* (Del fallo de la CSJN 'G, L.. J.', 7-6-2011, Causa 2222, LL. on line)".

"Una dosis aconsejable de realismo -que nos exige concretar una ciencia procesal útil- debe llevarnos a advertir que aún realizando la Cámara Gesell durante el juicio, también se concreta cierto sacrificio a la inmediación; pues la misma se ve limitada por los dispositivos predispuestos para la tutela de la víctima; vgr. aislación, distancia, etc; razón por la cual dicho ingrediente -la inmediación- no aparece con un espectro mayor que el que pueden tener el soporte fílmico de las audiencias".

"Finalmente se recuerda asimismo que la Corte Nacional en el precedente 'Benitez' si bien tiene como holding principal la imposibilidad de condenar con pruebas obtenidas sin el control de la defensa, contempla también en formulación y antecedentes supuestos de valoración de pruebas no obtenidas en el marco de la inmediación siempre que hubieran sido obtenidas con el ya referido control de la defensa. Así el máximo tribunal del país, con cita del precedente 'Castillo Petruzzi vs. Perú' (CIDH, sent. del 30/5/99.), a *contrario sensu* contempla la posibilidad que, respetando el derecho a contra interrogar a los testigos de cargo al menos en la investigación sus dichos se incorporen como prueba de cargo y fundar el fallo condenatorio (CSJN, 12/12/06, B, A.I.)".

"Como se adelantara las dos cuestiones se encuentran entrelazadas y más allá de no avizorarse perjuicio en el pedido de anticipo probatorio -pues sea cual fuere el momento en que se produce, el acceso de las partes y el tribunal a la fuente de prueba no habrá de ser esencialmente distinto- y la necesidad de pronta recepción de la prueba se afirma en la propia naturaleza de los hechos investigados y la edad de las víctimas; por lo que no se avizora otra posibilidad de recabar sus versiones, sin vulneración de las obligaciones internacionales asumidas por nuestro país que no sea en Cámara Gesell"[70].

70 Colegio de Jueces de la Cámara de Apelaciones Penal de Rosario, Auto N° 744 del 05/08/2015 in re

Es en virtud de lo expuesto y que el artículo 298, primer párrafo del C.P.P.S;F, faculta la producción de aquella prueba que, como la Cámara Gesell, no pueda ser recibida durante el juicio.

9. REAL DIMENSIÓN DEL TENOR DE LO DECLARADO POR MENORES EN CÁMARA GESELL ¿PREGUNTAS SUGERIDAS? RETRACTACIÓN

La praxis diaria revela diversos cuestionamientos de las defensas técnicas sobre lo que dice o no dice la menor víctima de abuso; discurso que debe siempre analizarse a la luz de los diversos relatos que hubiere al respecto y con relación siempre a la propia personalidad de aquella.

Hemos dicho desde el pretorio que equivoca la defensa técnica cuando argumenta que no hubo acceso carnal porque la niña en su relato no lo manifestó expresamente en la Cámara Gesell, extremos que planteamos solo como muestra, porque el tema de la forma de conducir la entrevista está muy bien desarrollado en la "Guía de Entrevista Investigativa con Niños, Niñas y Adolescentes Víctimas de Delitos Sexuales", de la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violentos Fiscalía Nacional del Ministerio Público de Chile -de considerable uso en nuestro país y que ponemos en otro capítulo a consideración del lector-: "Es oportuno aclarar a la defensa técnica en sus conclusiones que no se puede impugnar dicha conducción en la audiencia como preguntas sugeridas o que inducen una respuesta de modo impugnar su eficacia: es que en los temas puntuales del acceso carnal la menor se retrae por lo cual la forense impulsa respuestas formulando los hechos objetivos relacionados con la acusación de modo concreto. Así la menor responde ante esta pregunta responde 'no sé': solo le preguntó la psicóloga si la lastimó (fs. 73 de la transcripción aportada por la propia defensa) que es distinto, incluso luego dice que no le salió sangre (fs. 74). La respuesta siguió a fs. 73 que no sabe porque ella salió corriendo apenas la soltó y salió corriendo ante el drama sorpresivo sufrido. Confirma luego que él se bajó el pantalón luego entra en sollozos y precisa como se sentía en ese momento que solo quería irse y fue la única vez que la agarró, confirmando a fs. 74 in fine ante la pregunta si le había alguna vez apoyado el pene, pregunta la menor 'si le apoyó el…' para confirmar con un lacónico 'Sí'".

"C., Cristian Raul s/ abuso sexual con acceso carnal, abuso sexual gravemente ultrajante, lesiones leves, lesiones leves calificadas, privación ilegítima de la liberta agravada y daño calificado -anticipo jurisdiccional de prueba-", CUIJ N° 21-06042637-3, Vocal Daniel Acosta.

"No podemos exigir en tal cuadro de tensión, de evocación del terrible recuerdo cuando admite que quiere que termine el acto preguntando si falta mucho porque estaba tratando de olvidarse 'y vuelve todo de nuevo...' pedirle más precisiones sobre el acceso carnal en la Cámara Gesell, hecho que ya está probado con el informe forense, a los quince años, con el cuadro intimidatorio que sufría ante la angustia proyectada es cuanto menos una exigencia inadmisible (fs. 64 vta.)".

"Por eso en estos casos no podemos exigir a la menor que vuelva a su relato esencial antes transcripto sobre la maniobra previa y la penetración: ella quiere olvidarse, no evocar con aquellas idénticas palabras el suceso es un indicio de tal negación, pero de todo el contexto de esa extensa declaración no hay duda que fue penetrada analmente por el acusado, 'máxime cuando el Superior al confirmar el auto de procesamiento desmiente totalmente a la defensa técnica sobre las conclusiones que saca de la entrevista en el Cámara Gesell en parecidos conceptos a los recién vertidos, máxime en un temperamento introvertido de la menor como lo puntualiza el primer informe psicológico de fs. 16' (Cámara Penal de Rosario en Feria, Acuerdo 21 del 13.01.10 (fs. 81)"[71].

Finalmente nos parece oportuno referir que en algunos casos, con posterioridad a que la menor realiza su relato incriminador en Cámara Gesell, por diversas circunstancias se retracta, por lo cual se debe analizar su eficacia examinándola junto con otras intervenciones previas que hubiere tenido ante especialistas -forenses o no-, testigos de oídas de su entorno, exámenes médicos si los hubiere -concordantes o no-, y aquellos dichos referidos, entre otros baremos.

En algunos casos en que esto ocurrió hemos resuelto desde la segunda instancia que: "En cuanto a la supuesta retractación de la víctima que relata la abuela en carácter de testigo de oídas de ser cierto tampoco empeña el juicio del A quo como lo hemos sostenido en Acuerdo Nº 734 del 26 de diciembre de 2013 Sala IV Cámara de Apelación en lo Penal de Rosario, expediente N°

71 Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Penal de Sentencia N° 8 de Rosario, Res. Nº 308 del 4/11/2011 in re *"U., Juan José s/ abuso sexual simple con sometimiento gravemente ultrajante por su reiteración en concurso real con el delito de abuso sexual con acceso carnal por quien tenía la guarda de la niña (artículo 119 primera parte, 119 segunda parte en función del inciso b, 45 y 55 del Código Penal)".* Confirmada por Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario, Sala I, Acuerdo 227 del 05/07/2012. En igual sentido, Colegio Jueces de Cámara de Apelaciones de Rosario, Acuerdo N° 356 del 29/04/2015 in re "V., Onofre Evaristo s/ abuso sexual con acceso carnal -apelación sentencia condenatoria-" CUIJ N° 21-07002341-2, tribunal integrado por los Dres. Carlos Carbone (presidente), Carina Lurati y Alfredo Ivaldi Artacho.

1404 - año 2013 in re Tapié, Raúl s/ abuso sexual: '...bien se ha dicho que una retractación o aminoración vertida en el juicio por parte de la víctima, -más aún en el caso puesto que no se ha producido en esta causa- fuera de contexto como es la que nos ocupa, por la corta edad y el vínculo de afectividad positivo que tenían para con él, y la propia abuela ligada al acusado no es nada más que el resultado lógico y confirmatorio de la situación de abuso que ha sufrido la víctima. La presión sobre la menor es obvia donde el sentimiento de culpa las atormenta por creerse culpables de dicha situación por la cercanía familiar referida como afirma Rozanski' (ROZANSKI, Carlos Alberto "Abuso Sexual infantil" Ediciones B Argentina, Bs As, 2003, pág. 164 y 167)"[72].

Ante este estado de cosas se impone analizar la retractación o esta suerte aminoración de la imputación a la luz de la sana crítica para la valoración de lo dicho con relación a toda la prueba colectada. "Cabe referir aquí que la declaración efectuada en primer lugar donde manifiesta haber sido víctima de accesos carnales por parte del encartado es confirmada por los resultados arrojados por los exámenes médicos referidos, donde además se destaca la angustia que la menor presenta -compatible con la situación atravesada-. A esta circunstancia se suma la conclusión en cuanto a que la menor -al igual que su prima- no presenta signos evidentes de alteraciones psíquicas que perjudiquen estos relatos"[73].

Lo expuesto revela con certeza la veracidad de los primeros relatos en cuanto al acceso carnal. Bien se ha dicho que una retractación o aminoración fuera de contexto, como es la que nos ocupa, y donde la menor constantemente refería el estado de confusión en los hechos sufridos por parte del agresor, por la corta edad y el vínculo de afectividad positivo que tenía para con él, no es nada más que el resultado lógico y confirmatorio de la situación de abuso que ha sufrido la víctima[74].

En el mismo sentido la Sala con el voto del suscripto ha dicho que "No hay duda que ante esta contradicción de la menor tiempo después de los hechos sufridos y la investigación monitorizada, puede explicarse atinadamente por

72 Colegio Jueces de Cámara de Apelaciones de Rosario, Acuerdo N° 356 del 29/04/2015 *in re "V., Onofre Evaristo s/ abuso sexual con acceso carnal -apelación sentencia condenatoria-"* CUIJ N° 21-07002341-2, tribunal integrado por los Dres. Carlos Carbone (presidente), Carina Lurati y Alfredo Ivaldi Artacho.

73 Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario, Sala IV, Acuerdo Nº 734 del 26/12/2013 in re *"T., Raúl Miguel",* Expte. N° 1404/13 del registro de la misma Cámara.

74 ROZANSKI, Carlos Alberto "Abuso Sexual infantil" Ediciones B Argentina, Bs As, 2003, pág. 167.

el perfil psicológico que la misma ha adoptado en el acto barruntado por el instructor. Mucho tiempo ha pasado y las influencias sobre la menor dado el nivel de acercamiento del acusado con la familia de las víctimas pudo interactuar en el psiquis de la menor".

10. INADMISIBILIDAD APELATORIA DE REALIZACIÓN DE CÁMARA GESELL

Es tal la protuberancia de la incuestionabilidad del desarrollo de la Cámara Gesell -incluida la que se realice como anticipo jurisdiccional de prueba- por los argumentos que hoy adquieren carta de ciudadanía procesal que, en principio, si no se esgrimen razones distintas a las referidas o novedosas con apoyo en el caso concreto, hemos sostenido que la decisión deviene inapelable por falta de agravio sustentable.

Así hemos resuelto desde el pretorio de Segunda Instancia que cabe declarar inadmisible la apelación intentada contra la decisión de entrevistar a la menor en Cámara Gesell como anticipo jurisdiccional de prueba y no esperar al juicio, "dado que en esta materia *el tiempo es oro* y cuanto más rápido se entreviste al menor, mejor", como se aconseja en estos casos, por lo cual no vemos agravio computable, máxime cuando la misma se hará con control de las partes en pugna y con facultad de ser asistidas por sus respectivos psicólogos[75].

11. OPORTUNIDAD DE LA CÁMARA GESELL CON IMPUTADO PRÓFUGO

También se reciben cuestionamientos de la sinrazón de realizar el acto como anticipo jurisdiccional de prueba recién cuando los trámites se dilaten, como en el caso del imputado prófugo, con exceso de celo fiscal quizás, esperando su comparecencia para asegurar que pueda controlar el acto con su abogado defensor, recordando lo que decíamos más arriba que en este tema el *tiempo es oro.*

Por supuesto que el estado de contumacia no puede significar ninguna

75 El criterio del suscripto actuando como tribunal unipersonal ha sido sostenido, entre otros precedentes, en CUIJ N° 21-06118358-9, caratulado *"R., Roque s/ abuso sexual con acceso carnal y estupro"* -anticipo jurisdiccional de prueba-; CUIJ N° 21-06289807-8 caratulado *"L., Eduardo Cesar s/ abuso sexual simple y gravemente ultrajante en concurso real y agravados por situación de convivencia"*; CUIJ N° 21-06351708-6 caratulado *"S., Cristian s/ delitos contra la integridad sexual".*

dilatación, pese a lo alongado del tiempo transcurrido entre el hecho y las entrevistas previas del menor. Cuanto más rápido se entreviste a éste, mejor, tal como se aconseja en estos casos; máxime cuando la misma se hará -como ya referimos- con control de las partes en pugna y con facultad de ser asistidas por sus respectivos psicólogos.

Hemos dicho que para casos futuros la fiscalía deberá forzar un procedimiento ante el Juez de la Investigación para que tales entrevistas no se dilaten en el tiempo por el solo hecho que el imputado se encuentre prófugo, a quien se deberá proveer de la designación de defensa pública para el control del acto[76].

12. PROFESIONAL DESIGNADO PARA LAS ENTREVISTAS PREVIAS

El Ministerio de la Acusación con sede en Rosario actualmente tiene contratados psicólogos para que entrevisten a los menores ante denuncias de abusos sexuales. Para no revictimizarlos -si bien a priori puede llamar la atención- los estamentos de la Defensa Pública y la Acusación pactan que el psicólogo entreviste a los menores víctimas de abuso -no solo para determinar la necesidad de que declaren en Cámara Gesell, sino respecto al hecho mismo objeto de investigación-. Más cierto es que por lo que averiguó el suscripto se trata de un procedimiento piloto llevado a cabo solo para una serie de casos concretos; pero así sea el caso uno de los seleccionados, si ese consenso se ha roto cabe entonces seguir con el procedimiento de estilo. Esto es, que el menor sea entrevistado por un profesional en psicología con experiencia en estos casos, integrante del Cuerpo Especializado en tales entrevistas forenses, cuyo nombre podrán acordar las partes o determinarlo en su defecto el propio Gabinete.

Decidimos que ello es así, no solo en caso de ruptura del acuerdo de marras, sino en quellos que la dependencia funcional de la psicóloga referida al Ministerio de la Acusación y las variadas entrevistas que ya ha efectuado al menor -más allá de la confianza que aquella pudo haber generado en el menor víctima de especiales características mentales invocadas-, pueda de algún modo condicionar sus respuestas[77].

76 Colegio de Jueces de Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario, Auto N° 354 del 27/05/2016 in re *"G., Brian Ruben s/ delitos contra la integridad sexual -apelación- anticipo jurisdiccional de prueba"* CUIJ N° 21-06164320-3. Tribunal apelatorio unipersonal.

77 Ibidem.

Hoy el Ministerio Público de la Acusación y de la Defensa, en la Circunscripción Nº 2 de Rosario, cuentan con un protocolo donde fijan estas cuestiones y otras que ofrecemos en esta obra al interesado para su lectura[78].

13. CÁMARA GESELL COMO ANTICIPO JURISDICCIONAL DE PRUEBA Y NULIDADES PREVIAS

Consecuencia de ello, los planteos actuales defensivos no ponen el foco en la declaración en solitario de la víctima en Cámara Gesell, sino en que se la haga como anticipo jurisdiccional de prueba, postulando como vimos antes que su realización sea en el mismo momento del juicio, o controlada directamente por los jueces del debate para preservar el principio de inmediación.

Pero para ello conspiran las demoras siempre constatables entre la fecha de la denuncia y la del juicio, ya que se requiere un lapso de tiempo lo más corto posible para preservar la integridad del relato de las víctimas, sobre todo cuando son menores.

A ello debe sumarse que anteriormente los mecanismos de entrevistas idóneas por parte de la Fiscalía no estaban aceitados, por cuanto primeramente las víctimas eran entrevistadas por médicos forenses o personal de las fiscalías, oportunidad en que se evaluaba si surgían indicios que aconsejaban recibirles formal declaración en la Cámara Gesell.

Esto era a su vez soporte de otros planteos nulidicentes para abortar esa nueva declaración por posible contaminación.

Pero en un caso se desestimó dicho planteo acudiendo a la protección integral de las víctimas, echando mano de los pactos pertinentes y resolviendo como correcta la afirmación relativa a la transgresión de algunos principios y reglas de debate que connotan el nuevo paradigma procesal.

Por su claridad nuevamente citamos la decisión del Camarista Daniel Acosta del Colegio de Jueces de la Cámara Penal de Rosario en tribunal unipersonal: "Ahora bien dicha inconsistencia no puede mirarse en forma aislada y reductora, sino en conjunto con los distintos imperativos que surgen del bloque de convencionalidad. En tal sentido la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (*'Convención de Belem do Pará',* aprobada por la ley 24.632, mismo prescribe -en lo que aquí resulta per-

78 Ver capítulo 10, sección segunda.

tinente- lo siguiente: *'Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas, orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: b) actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer [...]; pero además f) establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos. Que en los presentes los hechos se enmarcan -en abstracto- en la órbita de esta Convención; en virtud de la cual debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado' (Conf. C.S.J.N. "Góngora, Gabriel Arnaldo)".*

"Las demoras en la investigación motivadas a partir de las instancias de la defensa -correctamente puestas de manifiesto por el actor penal en la audiencia de apelación- ha puesto en crisis nuestras obligaciones internacionales pues no puede decirse que nos encontremos ante una investigación diligente -en virtud de su extensión en el tiempo- que hubiera permitido a las víctimas la posibilidad de realización de un juicio "oportuno". Ante ello no queda otra alternativa que la realización de un *clearing* de valores entre la transgresión de los principios o reglas de debate referidos por la recurrente y la puesta en crisis de nuestro país ante sus obligaciones convencionales por la demora verificada".

"Más aún cuando la nulidad propuesta implicaría dejar alejarnos totalmente de la posibilidad de realización de un juicio oportuno, con la consiguiente posibilidad de victimización secundaria al impedir que quienes se afirman como víctimas puedan comenzar a tomar alguna distancia con el hecho presuntamente afectante. Es por ello que la nulidad debe ser rechazada"[79].

En el mismo sentido, tiempo antes, un juez penal dispuso sobreseer al imputado en orden al delito de abuso sexual con acceso carnal y abuso sexual gravemente ultrajante. El Fiscal dedujo apelación extraordinaria ante el Superior Tribunal de Justicia del Chubut, el que admite el recurso y deja sin efecto la decisión cuestionada por cuanto el informe preliminar realizado por un psicólogo forense respecto del menor víctima de un delito sexual en el momento previo a la concreción del auto de apertura de la investigación, a instancias

79 Colegio de Jueces de Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario, Auto N° 744 del 05/08/2015 in re *"C., Cristian Raúl s/ abuso sexual con acceso carnal, abuso sexual gravemente ultrajante, lesiones leves, lesiones leves calificadas, privación ilegítima de la liberta agravada y daño calificado -anticipo jurisdiccional de prueba-"*, CUIJ N° 21-06042637-3, Vocal Daniel Acosta.

de la Fiscalía y sin participación de la defensa, no puede ser declarado nulo pues se trata de evidencia que puede ser incorporada al debate, con lo cual no existe lesión alguna a los derechos del imputado.

Se sostuvo que no puede ser declarado nulo pues responde a las facultades del Fiscal para acumular todas aquellas evidencias y elementos que le permitan fundar la acusación, sin perjuicio de que por sí solas carecen de valor probatorio para fundar la condena.

Ello se tuvo por cierto y, por tanto, el interrogatorio realizado en Cámara Gesell al menor víctima de un delito sexual no puede ser declarado nulo al ajustarse a las pautas rituales en tanto estuvieron presentes el juzgador, el defensor, el imputado, los representantes del Ministerio Público Fiscal y el profesional interviniente[80].

Se afirmó que "...Lógicamente si la víctima reúne las condiciones especiales a las que se hizo referencia, ha menester abordarla mediante técnicas especiales (la psicóloga forense, por caso) y su resultado, el del interrogatorio, será analizado en ese contexto. Si la psicóloga forense emite su impresión a través de un informe, ello es nada más que eso, una información que nutre la 'averiguación' entendida ésta como una breve encuesta para obtener datos que le permitan 'valorar inicialmente el asunto'".

"Luego, anular esos datos por haberse desdeñado la participación de la defensa descartando que esa evidencia sea incorporada para escucharse en el debate constituye un exagerado prurito y una falsa protección de garantías, pues no hay lesión evidente que justifique la aplicación de la censura procesal. La exaltación de las garantías vaciándolas de contenido cuando no hay agravio constitucional ninguno, es tan perniciosa como su inobservancia. Se rompe la delicada tensión que existe entre el derecho del imputado de ser sometido a un proceso legal y regular, y el de la comunidad de hacer que la ley se cumpla, conforme a esos cánones".

"Las normas procesales son en si mismas una garantía, por lo que es falsa la contradicción 'garantismo-no garantismo'; los Jueces entonces han de aplicar las reglas con suma prudencia, pues para eso son árbitros de un juego de opuestos. Si el testimonio fue recibido acorde las reglas (y la propia Jueza lo

80 Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut "A., J. P. s/denuncia Abuso sexual s/ impugnación" 24/04/2012, La Ley Online AR/JUR/16807/2012 - votos de los Dres. Pfleger y Panizzi.

aceptó) no hay razón alguna para anclarlo a la invalidez que proclamó, a mi juicio también de modo extraviado. Desdeñó la Magistrado, sin dar razón potente (más allá de toda duda al respecto) todo el andamiaje probatorio que el Ministerio Fiscal presentó en la preliminar y liberó al causante obturando el debate, excediendo así la capacidad que el rito le confiere"[81].

El Superior Tribunal chubutense acude a la CSJN para cerrar la télesis referida que "...La idea de justicia impone que el derecho de la sociedad a defenderse contra el delito sea conjugado con el del individuo sometido a proceso, de modo que ninguno de ellos sea sacrificado en aras del otro, y tan delicado equilibrio se malogra cuando la facultad de anular actos procesales excede la finalidad que ésta protege, lo que se manifiesta evidente en aquellos casos en que su ejercicio resulta innecesario para preservar la garantía de la defensa en juicio, lo que puede tornar en la práctica, estéril, la persecución penal de graves delitos..."[82].

En el mismo sentido quedó claro que "Es necesario puntualizar que las declaraciones que presten los menores víctimas de hechos como el que nos ocupa, durante el proceso penal, no pueden ser sometidas a ritualismos vacuos o excesivos, ya que los operadores judiciales que intervienen en el trámite deben preservar sus intereses como parte desprotegida y víctima y evitar la revictimización que seguramente provoca el evocar las traumáticas experiencias vividas, con afectaciones perdurables de su personalidad (…) A mayor abundamiento, no se avizora de qué manera la realización de la medida afectó el derecho de defensa en juicio del imputado, que incluye la posibilidad de controlar la prueba de cargo y que Julio B.J. Maier (en su obra: 'Derecho Procesal Penal' Tomo I, Pág. 577, Ed. Del Puerto, año 2.004) involucra dentro del 'principio de contradicción' y al cual explica como una manifestación esencial del contradictorio y de la posibilidad de oponerse a la persecución penal, previsto para 'equiparar las posibilidades del imputado respecto de las del acusador', ya que la defensa tuvo oportunidad efectiva de ejercer sus derechos de nivel constitucional, contó con irrestrictas posibilidades de interrogar a la Licenciada D. durante la audiencia de debate y, tal como lo reconoció el quejoso, fue notificado de la realización de la medida y participó de ella".

81 Ibidem. Voto del Dr. Pfleger.

82 CSJN in re Acosta L. 04/05/2000, Fallos T. 323, 929.

"Entonces, es claro que el encartado -y su asistente técnico- conoció y pudo rebatir durante todo el desarrollo del proceso las pruebas de cargo en su contra, manteniendo a pleno sus posibilidades de refutar la hipótesis acusatoria"[83].

14. CÁMARA GESELL EN EXTRAÑA JURISDICCIÓN: CONTROL DE LA PRUEBA, NULIDADES, PLAZO PARA SU REALIZACIÓN, INTEGRIDAD DEL ACTO

La dinámica de los hechos contra la integridad algunas veces depara que la menor víctima luego de la denuncia contra el padre o concubino de la madre, vaya con su madre a vivir a otra provincia. En la especie al tramitar la causa en Santa y mudarse la mamá junto con sus hijos motivó que ésta acudiera a las autoridades judiciales locales que la postre implementaron la declaración de la menor mediante este dispositivo, a rogatoria del juez de la investigación santafecino. Se invocó nulidad por falta de control de la prueba por parte de la defensa.

Se desestimó el planteo puesto que el Fiscal de de San Miguel de Tucumán, fijó fecha de recepción de la declaración de la menor mediante la modalidad de Cámara Gesell de lo fue notificado el imputado como así también el requerimiento de presentarse junto a su abogado defensor, bajo apercibimiento de tenerle por asignado un defensor oficial para que lo represente. Es más se comprobó que en tal acto participó un abogado de dicha ciudad designado como codefensor con el que tenía en Rosario, por lo que la designación de un tercer defensor – el actual abogado defensor técnico - no tuvo relevancia en la realización de la medida.

Luego se valoró la integridad del relato de la menor con el testimonio previo de la madre –testigo de oídas de la primera ante el develamiento de la menor en contra de su padre– por su coincidencia y carencia de signos de inducción: " El grado de detalle en la declaración de M. fue advertido por el lic. E. G. al mencionar que el discurso de la menor era espontáneo "con suficientes detalles interrrelacionales y contextuales", con lógica interna y cambios emocionales notables al avanzar en la entrevista, haciendo referencia a las sonrisas nerviosas y explicando como aquellas eran un signo de mecanismo de defensa, no de despreocupación.

83 STJER in re "*S., Claudio s/ abuso sexual con acc. carnal por el vinc. y por la situacion de convivencia preexistente s/ Rec. de casación*". Expte. Nº 4141; año 2012.

Y ello pese a haberse realizado la Cámara Gesell fuera de los plazos recomendados por la Guía de Buenas Prácticas de Unicef –donde se recomienda que se realice dentro de los diez días hábiles posteriores a la denuncia–.

En ese sentido, contrario a lo postulado por el letrado, encuentro que el plazo transcurrido hasta que Martina pudo declarar no hace a una garantía para el imputado cuyo incumplimiento deviene en la pérdida de valor de medida probatoria como prueba de cargo en su contra, sino que se trata de condiciones previstas por instrumentos internacionales, cuyas pautas fueron reivindicadas judicialmente por nuestra Corte Suprema in re "Miño, Miguel Ángel s/Abuso sexual simple y con acceso carnal agravado – Queja por Denegación de Recurso de Inconstitucionalidad" (A. y S. T. 300, págs. 370/374, del 15 de septiembre de 2020) y que buscan evitar la revictimización de aquellas personas víctimas de delitos que se encuentran en situaciones de extrema vulnerabilidad.. En todo caso, los efectos del incumplimiento de los plazos recomendados como óptimos para la realización de la medida repercutirán eventualmente en el estado emocional y psicológico de la víctima, para cuya preservación estan previstos. Pero ello no hace a un derecho o garantía en favor del imputado, ni mucho menos es motivo para desmerecer o descalificar lo dicho por la víctima, quien mantuvo sus dichos incólumes más allá del tiempo transcurrido[84].

84 Colegio de Jueces de Segunda Instancia de Rosario Cuij 21-06640716-8 in re *"B, W. E s/ abuso sexual simple agravado"* Dres. Carina Lurati, Carlos Carbone y Georgina Depetris . Voto Dra. Lurati

Intervención del imputado para control de la audiencia en sala separada a la Cámara Gesell o por circuito cerrado

3

1. CÁMARA GESELL CON CONTROL DE LAS PARTES: "ACTORES QUE PUEDEN Y/O DEBEN ESTAR PRESENTES"

La *"Guía de buenas prácticas para el abordaje de niños/as adolescentes víctimas o testigos de abuso sexual y otros delitos. Protección de sus derechos, acceso a la justicia y obtención de pruebas válidas para el proceso"*, conocida como *Guía de Unicef*, rubricada por Ju.Fe.Jus establece que los dispositivos de Cámara Gesell, o por circuito cerrado de televisión (o informáticos agregamos nosotros) que permiten asegurar la intimidad e integridad de las declaraciones de las víctimas, se activan por lo general en delitos contra la integridad sexual y, en particular, cuando estos han sido infligidos contra personas menores de edad. En estos casos, además de haber sufrido un daño irreparable a su integridad física, psíquica y moral por el abuso mismo, la víctima se ve expuesta a la posibilidad de padecer una victimización secundaria derivada de la relación posterior que el aparato jurídico-penal establece con ella.

Es fundamental que la víctima goce durante el proceso de una consideración especial para asegurar su bienestar y evitar que se produzca un nuevo trauma desde que se realiza la primera exteriorización hasta la finalización del juicio.

Se necesita que la video-grabación de la entrevista se realice asegurando su utilización en las distintas instancias y etapas del proceso judicial, y que se

realice un único examen pericial físico exclusivamente en aquellos casos en que sea estrictamente necesario.

Asimismo, esto supone que no se someta al o la NNyA a la atención de diversos y variados profesionales de las mismas especialidades o afines y/o se superpongan evaluaciones similares.

La Guía de buenas prácticas establece que resulta necesario asegurar que la NNyA no vuelva a prestar declaración durante el debate oral ya que este, en la mayoría de los casos, se efectúa meses o años después de realizada la denuncia.

Como regla general se establece la necesidad de que su testimonio sea incorporado mediante la proyección de la video-grabación de la entrevista testimonial realizada durante la etapa de investigación.

Remata sobre el punto, que otro de los objetivos principales del trabajo es optimizar las oportunidades para obtener pruebas válidas, confiables y de calidad adecuada durante la investigación.

Tampoco dicho instrumento ha descuidado analizar quienes son los *"actores que pueden y/o deben estar presentes",* justamente para obtener pruebas que no puedan invalidarse.

Para que la entrevista de declaración testimonial pueda ser utilizada como prueba válida dentro del proceso y no deba ser reiterada, se deben tomar los recaudos necesarios para que determinados actores dentro del proceso se hagan presentes al momento de la declaración de la NNyA, y los enumera:

• **Abogado defensor**. Para evitar posibles impugnaciones posteriores y principalmente evitar que la declaración deba ser reiterada, es fundamental que se notifique al abogado defensor para darle la posibilidad de estar presente durante la entrevista de declaración testimonial, solicitar la realización de ciertas preguntas en relación con determinados temas antes y durante la entrevista (a través de una modalidad de comunicación específica) y así poder tener control sobre la producción de esta prueba de tanta importancia en el desarrollo del proceso. Sin embargo, si una vez notificado el defensor no se hiciera presente, la entrevista se realizará de todas maneras y habrá perdido la oportunidad de intervenir en esta instancia.

• **Imputados no identificados**. En caso que no hubiese todavía un imputado identificado al momento de la entrevista de declaración testimonial, se

recomienda que se notifique al defensor oficial de turno para que este asuma la representación del imputado aún no identificado.

• **Asesora de menores**. A su vez, también es recomendable que se notifique a la asesora de menores para que pueda estar presente y así velar por el respeto de los derechos de la NNyA. Esto es especialmente importante cuando la NNyA no es acompañada por un adulto legalmente responsable o este es alguien que no le brinda contención en el proceso.

• **Abogado querellante de la NNyA**: Es imprescindible que el abogado querellante de la NNyA o de sus representantes legales, en caso de haberse constituido, sea notificado a los fines de presenciar la entrevista testimonial.

• **Autoridad a cargo**. Se sugiere como una buena práctica que el juez y/o el fiscal (dependiendo del sistema procesal de cada jurisdicción) esté presente en el acto. En caso que no pudiese estar presente, debe hacerlo en su reemplazo un funcionario letrado con suficiente jerarquía como para poder dirigir el proceso frente a posibles reclamos, demandas y presiones que puedan ejercer las partes.

• **Padres o adulto de referencia**. Es recomendable que los padres o el adulto a cargo acompañen a la NNyA en el momento de presentarse a la entrevista, siempre y cuando no haya ningún indicio de complicidad con el imputado. Sin embargo, en principio, no debería aceptarse que estas personas estén presentes en la sala de entrevistas con la NNyA. En este sentido, la experiencia relevada en otros países y en Argentina indica que es conveniente que la NNyA sea entrevistada a solas, siempre que esto sea posible, dado su estado emocional.

Perito de parte. Las partes tienen derecho a contratar o designar un perito de parte (en realidad se trata de un delegado o asesor técnico) que esté presente en la sala de observación durante la entrevista y los asesore acerca de la conveniencia de realizar ciertas preguntas, tratar determinados temas, objetar determinadas preguntas propuestas por la otra parte, etc.

Respecto de la presencia del imputado más adelante lo veremos.

Para la realización de la entrevista de las víctimas vulnerables en Cámara Gesell como anticipo de prueba, los restantes sujetos -como un derecho inherente a la defensa en juicio- podrán estar presentes en la "retrocámara" o sala contigua junto al juez de la investigación que controlará el acto y resolverá los planteos en cuanto a cuestionamientos sobre la forma de interrogar a los menores -siempre por los especialistas-, la introducción a través de éste de preguntas o precisiones, etc.

2. PRESENCIA DEL IMPUTADO Y LA GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS PARA EL ABORDAJE DE NIÑOS/AS ADOLESCENTES VÍCTIMAS O TESTIGOS DE ABUSO SEXUAL Y OTROS DELITOS. SUPERACIÓN DE LA CÁMARA GESELL POR CIRCUITO CERRADO DE TELEVISIÓN O DISPOSITIVO INFORMÁTICO SIMILAR

Como ya lo hemos advertido[85], llama la atención que para dirimir este entuerto cierta jurisprudencia no acuda a este instrumento sobre el punto, aunque sí al resto de sus postulados o -peor aún- que, reconociéndolo, lisa y llanamente convalide la ausencia del sindicado por no contarse con implementos técnicos adecuados para asegurar su presencia fuera la referida *retrocamara* o sala contigua a aquella donde se desarrolla la entrevista con las víctimas.

Por eso dejamos para este momento la cita textual de la Guía. Cuando analiza el tercer objetivo de la misma, que es la eficiencia del proceso y la obtención de pruebas válidas, sostiene en la página 18 que se deben tomar todos los recaudos técnicos para la declaración de la víctima, no solo para evitar su victimización secundaria sino "también para garantizar el derecho de defensa del imputado", poniendo como ejemplo la necesidad de ser debidamente notificado de la entrevista de declaración testimonial a los fines de llevar a cabo un efectivo control de la prueba.

Consecuentemente, cuando enunció los sujetos que pueden estar presente en la sala contigua a la de la declaración -vidrio espejado mediante- en página 58, incluyó a la persona del imputado:

"**Imputado.** Para garantizar el derecho de defensa material, el imputado debe tener acceso a escuchar el relato de la NNyA al momento en que se está llevando a cabo la entrevista con el objetivo de poder formular las preguntas que estime pertinentes a través de su abogado defensor. Sin embargo, es imprescindible que se garantice la protección de la NNyA de manera que no se produzcan cruces visuales con el imputado ni exista la posibilidad de que la NNyA lo escuche. Por ese motivo, se recomienda que el imputado presencie el desarrollo del acto a través del sistema de CCTV en una sala apartada a la de la toma de declaración…".

85 CARBONE, Carlos Alberto - "Presencia del imputado en la sala contigua a la cámara Gesell", https://www.rubinzalonline.com.ar/index.php/doctrina/articulos/ver/2072537/ Cita: RC D 1945/2019.

"El imputado sí deberá estar presente durante la instancia de juicio oral, cuando se reproduce el video de la declaración testimonial, ya que la NNyA no estará presente en ese acto".

Quiere decir que ya no puede discutirse su presencia -al menos seriamente- porque nunca estará en el propio recinto de la declaración, sino en recinto separado, ya que se postula incluso que no esté en la *retrocamara,* donde están las partes y el juez, para evitar todo tipo de contactos en los momentos previos o finales del acto con la víctima o de ésta con sus allegados.

Luego la Guía entiende que, de no contarse con la disponibilidad de este dispositivo de circuito cerrado de televisión que propone, es recomendable que su presencia no sea permitida "en la sala de observaciones contigua a la sala de toma de declaración"; pero de ningún modo puede entenderse que la carencia técnica referida habilite su inasistencia al acto, puesto que en ese caso deberá arbitrarse otro dispositivo "y que se tomen todas las medidas necesarias para garantizar la protección de la NNyA".

Hoy en día el CCTV puede implementarse sin problemas en los sistemas adversariales que cuenten con salas y tecnología para videofilmar todas las audiencias por medio de las Oficinas de Gestión respectivas, como en Santa Fe.

Sin esfuerzo alguno el imputado puede seguir *on line* las alternativas de la declaración anticipada de la víctima menor de edad o vulnerable, desarrollada en el dispositivo Gesell; basta contar con un monitor y un dispositivo de audio para que el imputado pueda seguirla en cualquier recinto que se habilite al efecto y, por supuesto, cuidando que no tome contacto alguno con la víctima como sucede en las Oficinas de Gestión de Rosario de Primera y Segunda Instancia y en los distritos que de esta última dependen mediante el sistema de registro pertinente.

Esto a su vez muestra que con dichos sistemas no se necesita contar con la "tradicional" Cámara Gesell y su problemático espejo tras el cual se encuentran las partes y autoridades, sino que la víctima puede ser escuchada en un recinto especial de "cuatro paredes" sin espejo alguno, y los otros sujetos estar en otro recinto, aún fuera del edificio donde se aconseja que éste la sala especial, al estar conectados *on line* mediante el sistema informático pertinente.

Con esto se evitan posibles observaciones que la víctima pueda tener ante un deficiente espejo, o conversaciones provenientes de tal lugar que pueda escuchar. Ni que hablar de ruidos o molestias provenientes de diálogos ex-

ternos que puedan sufrir las partes ubicadas en la retrocamara cuando, por ejemplo, el dispositivo se encuentra lindante con la Oficina de Gestión.

En cuanto a la decisión del Superior Tribunal de La Pampa[86] que confirmó la validez de la entrevista sin que el imputado estuviera presente en el desarrollo de la Cámara Gesell -ante la carencia del referido CCTV-, en la creencia que no puede admitirse violación del derecho de defensa si el abogado defensor asistió a las declaraciones, permitiéndose así el control de la producción de la prueba; éste asoma como un argumento ex post de legitimación, mientras que lo acá ponemos en tela de juicio es el razonamiento pretérito, cuando se rechaza pedido para la intervención en el acto, siempre y cuando, reiteramos, se formulen fundamentos pertinentes para ello.

Pero este andamiaje argumentativo se desmorona con el fundamento muy simple por el cual aceptamos la presencia del imputado, que es justamente la posibilidad de éste de proponer preguntas de aquellas cuestiones que solo él y las víctimas conocen sobre determinadas circunstancias de tiempo y lugar, de las que ni u defensa técnica ni sus asesores técnicos periciales pueden conocer, como venimos remarcando.

Así las cosas viene a cuento citar, entre otros, el "Protocolo Interinstitucional de abordaje de niños, niñas y adolescentes víctimas y testigos de abuso sexual y otros delitos para Santiago del Estero" aprobado, junto la conformación de un grupo de trabajo local para abordar la problemática, por Acordada del Superior Tribunal de Justicia.

El mismo en su punto 5 dispone expresamente: "**Presencia del imputado/a en la EDT.** Se garantizará la intervención de la persona imputada en la EDT (entrevista de declaración testimonial), en tiempo real bajo asistencia y comunicación con su Defensor/a técnico. Ello garantiza el ejercicio de su derecho de control de la prueba. Se garantizará la intervención de la persona imputada a la EDT con la notificación fehaciente, dejando constancia de ello en el acta. Sin embargo, si una vez notificado el defensor no se hiciera presente, la entrevista se realizará de todas maneras y habrá perdido la oportunidad de intervenir en esa instancia. Se dispondrá, si fuere necesario o conveniente, un horario diferenciado de comparecencia ante la Fiscalía a fin de evitar cual-

86 Superior Tribunal de Justicia de la Pampa, Sala "B" en autos 6798/3, caratulado: "E., Pablo César en causa por abuso sexual con acceso carnal agravado S/ recurso de casación".

quier tipo de encuentro con el NNyA (art. 8.2.f de la Convención Americana de los Derechos Humanos y art. 14.3.e del Pacto Internacional de Los Derechos Civiles y Políticos; arts. 31 y 75.22 de la Constitución Nacional, y art. 267, del CPP de Santiago del Estero)".

"**EDT con sistema de CG.** En los casos en que la EDT se desarrolle mediante el sistema de Cámara Gesell se deben tomar todos los recaudos necesarios para evitar que la víctima pueda tener algún contacto con la persona acusada. Esa situación podría evocar en el NNyA el momento traumático vivido, afectar su salud e intimidarlo a la hora de expresarse durante la EDT. En este sentido, el imputado sólo podrá ingresar a la sala de observaciones cuando el NNyA ya se encuentre en la sala de entrevistas, a fin de evitar el contacto visual entre ambos. Finalizada la EDT, el NNyA permanecerá en la sala contigua a aquella en la que se realiza, hasta que el imputado se retire del lugar. En todo momento, la persona acusada debe seguir las pautas indicadas por el funcionario que esté a cargo Provincia de Santiago del Estero del procedimiento. Por ejemplo, permanecer en absoluto silencio para evitar que el NNyA lo pueda reconocer y así se interfiera con el normal desarrollo de la entrevista".

"**Entrevista por medio de CCTV**. Con el fin de evitar los inconvenientes referidos anteriormente y posibilitar que la persona acusada pueda presenciar la entrevista cuando ésta se está desarrollando, sin que haya posibilidades de tomar contacto con la víctima, se sugiere la utilización de sistemas de CCTV (circuito cerrado de televisión). Estos sistemas permiten observar la entrevista desde una sala no contigua a la sala donde el NNyA participa de la en la entrevista".

La jerarquía del Protocolo referido, al ser aprobado por la propia Corte de Justicia de esa provincia, como en otras, es suficiente baldón para que sirva de faro a los magistrados remisos a aceptar el diligenciamiento referido en favor del imputado.

3. NATURALEZA PROBATORIA DE LA ENTREVISTA

El otro argumento usado para aquella negativa se debe desestimar *in límine* por su propia formulación: "Nadie estaría dispuesto a aceptar la presencia del imputado durante la revisación ginecológica de una víctima de un delito

contra la integridad sexual, porque constituiría un escandaloso ataque a la intimidad y no obstante ello, nadie cuestiona que en tal supuesto el imputado puede igualmente controlar esa prueba"[87].

Es que no puede compararse la realización de una prueba pericial sobre el cuerpo de la víctima -máxime sobre sus órganos sexuales- con la recepción de una declaración. Se trata de recibirle declaración testimonial por medio de un dispositivo específico para resguardar su intimidad y la integridad del relato; en lo esencial, nada más. Y sin perjuicio que esa declaración sea guiada por un especialista y luego elabore un informe, porque siempre se encuentra la actuación de los profesionales competentes en el marco de lo psicológico totalmente opuesto a lo ginecológico.

Lo que observará el imputado será la declaración como lo hacen el resto de los profesionales, detrás del espejo o en sala contigua. Además, de ordinario, los profesionales nunca presencian el examen sobre el cuerpo de las víctimas sea vaginal o anal.

Otra vez creemos oportuno acudir a la mencionada Guía que aclara el punto en la página 38 y siguientes: "**Diferencias entre la entrevista de declaración testimonial y el examen pericial psicológico.** A diferencia de la declaración testimonial que tiene como objetivo obtener información precisa, confiable y completa sobre lo que habría ocurrido a través del relato de la NNyA, los exámenes periciales deben responder a cuestiones concretas solicitadas por el magistrado y pueden ser de distinta índole: psiquiátrico, psicológico, ginecológico, clínico, etc.".

"Algunos de los puntos más frecuentemente solicitados en los casos de abuso sexual infantil son: identificación de lesiones, indicadores en la esfera psíquica compatibles con abuso sexual infantil, indicadores de credibilidad del relato, de fabulación patológica en el relato de abuso sexual infantil, de posibilidad de inducción por parte de terceras personas, de corrupción, de alteración de la psicosexualidad, entre otros. El examen pericial puede efectuarse en una única sesión o en varias, de acuerdo al juicio de la evaluadora, las características de la NNyA, si presenta necesidades especiales, etc.".

Pero tampoco significa que esta entrevista para el logro de una declaración testimonial pueda confundirse con una sesión terapéutica. La Guía también lo

87 Cámara de Casación Penal de Entre Ríos, Res. Nº 70 del 18/09/2014 in re "F.N.S. - Dcia. Abuso Sexual s/ Recurso de casación", Expte. Nº 38/14.

precisa: "**Diferencias entre la entrevista de declaración testimonial y una sesión terapéutica.** Si bien es fundamental que la profesional realice la entrevista en condiciones que resguarden la salud mental de la NNyA, lo cual supone que esté atenta a su estado emocional y le brinde contención di la requiriese, esto no implica que cumpla un fin terapéutico. Como se dijo antes, la entrevista tiene un objetivo investigativo específico y pretender que cumpla otro objetivo adicional, como ser terapéutico, está desaconsejado, ya que puede generar confusiones y afectar el desarrollo de la entrevista. Asimismo, tampoco es recomendable que la psicoterapeuta de la NNyA intervenga en la entrevista de declaración, por ejemplo como perito de parte, ya que estos roles son diferentes, tienen objetivos claramente distintos y no resultan intercambiables".

Cabe dejar en claro que, según la jurisprudencia tanto nacional como provincial, el informe que en algunos casos se realiza a partir de la declaración testimonial no reviste la calidad de peritaje, ya que el Código Procesal Penal de la Nación y la mayoría de sus equivalentes provinciales incorporan la declaración realizada mediante Cámara Gesell o CCTV en el capítulo atinente a los "Testigos" y no en el de los "Peritos". *"En este sentido, lo sustancial del acto lo constituye el propio relato de la NNyA y no el informe que en algunos casos se efectúa a posteriori"* (páginas 38 y sgtes).

"En definitiva, se trata de un modo distinto de producir una declaración testimonial con el fin de proteger a la NNyA y evitar su revictimización y el informe al que hacen alusión las normas procesales se dirige a que la profesional realice observaciones acerca de lo percibido durante el relato de la NNyA".

4. PRESENCIA DEL IMPUTADO ANTES DE LA AUDIENCIA IMPUTATIVA Y ACCESO AL LEGAJO FISCAL. ¿DECLARACIÓN INFORMATIVA PREVIA?

Particularidad aparte presenta el caso en que, denunciada una persona por hechos de abuso sexual, se implementa tal entrevista con los menores víctimas cuando por lo general la fiscalía no ha ordenado ni solicitado al Juez de la Investigación la realización de la audiencia imputativa pertinente, quizás por querer determinar la responsabilidad entre varios de los hechos o personas denunciadas o por esperar más elementos de cargo[88].

88 Artículo 274 CPPSF Audiencia imputativa.- Cuando el fiscal estimara que de los elementos reunidos en la investigación surge la probabilidad de que el imputado sea acusado como autor o partícipe de un delito, procederá a citarlo para concretar una audiencia donde le brindará la información a que alude el artículo siguiente.

En un caso se discutió si tenía el imputado derecho a ejercer los actos de control que antes referimos y si podía tener acceso previo al legajo fiscal.

En segunda instancia, la defensa de quien se asumía imputado sin que se le atribuyera cargo alguno apeló la denegatoria judicial de imponerse del legajo fiscal, decisión que entendimos contradictoria con la conducta fiscal de notificarle a quienes podían ser sospechados de tales actos (en el caso la madre y su pareja) la fecha y hora de la audiencia de la Cámara Gesell.

No se entiende el temperamento referido si luego se deniega el control del acto. En el caso que no se hubiera notificado, nada estorbaba para que, enterado el sindicado en la denuncia, pueda ejercer sus derechos siempre y cuando esgrima un motivo razonable referido a hechos que él pueda conocer como veremos.

La defensa se agravió de la arbitraria e irrazonable aplicación del derecho vigente porque se hacía caso omiso al art. 259 del CPPSF[89], ya que la totalidad

---

En lo que hace a la realización de lo previsto en el artículo 275, en caso de que el imputado diere su consentimiento, se permitirá la presencia del querellante, a quien no es obligatorio notificar previamente la realización del acto.
El querellante no podrá en esta oportunidad interrogar directamente al imputado, pero, en privado y sin recurso alguno, le será admitido sugerir preguntas al fiscal o hacer observaciones dejando constancia de su protesta en acta.
Si el imputado estuviera detenido, esta audiencia deberá realizarse dentro de las veinticuatro horas del inicio de la detención, prorrogable, con fundamento por otro tanto y ante el Juez competente, quien deberá controlar la legalidad de la detención. Realizada la audiencia, el imputado quedará en forma inmediata en libertad, salvo que el Fiscal considere procedente la aplicación de prisión preventiva, en cuyo caso solicitará en ese acto la audiencia prevista en el artículo 223 de este Código y continuará la detención hasta la realización de esa audiencia.
En oportunidad de esta audiencia y de acuerdo a lo establecido en el articulo 13, el fiscal, en búsqueda de los objetivos de simplicidad y abreviación propondrá los acuerdos previstos por este Código.
(Artículo 274 modificado por el Artículo 1 la Ley 13405).
Artículo 275°.- Información al imputado en la audiencia imputativa.- El Fiscal dará a conocer al imputado, bajo su firma, por escrito y dejando constancia fehaciente de la comunicación:
1) el hecho atribuido y su calificación jurídico penal;
2) las pruebas fundantes de la intimación;
3) todos los derechos que este Código le acuerda al imputado al momento de originarse su condición, especialmente los de procurar procedimientos abreviados.
Artículo 276°.- Asistencia técnica.- Para ser válida la audiencia, deberá estar presente el defensor del imputado.

89 Artículo 258.- Reserva de las actuaciones.- Los actos de la investigación y su documentación serán secretos para quienes no sean parte en el procedimiento o no tuvieran expresa autorización para conocerlos.
Artículo 259°.- Conocimiento a la defensa.- Las actuaciones que documentan la Investigación Penal Preparatoria podrán ser conocidas por el imputado, su defensa y el querellante, después de realizada la audiencia imputativa regulada por el artículo 274.

de las actuaciones se encontraban en reserva, invocando -erróneamente- que por tanto no pueden argumentarse o utilizarse para fundar ninguna resolución judicial en contra del imputado. Recalcó que la defensa no había tenido acceso al legajo fiscal, por tanto estimaba lesionado el derecho de defensa y de contradicción, ya que no podía ser controvertida la investigación en su contra. Citó el art. 298 del CPPSF[90] y afirmó que lo decidido no tenía en cuenta el carácter restrictivo que debe hacerse de la norma y no una interpretación extensiva. Criticó los fundamentos del A quo que, si bien convalidaba la realización de la audiencia como anticipo jurisdiccional de prueba y la finalidad de no revictimizar a las menores, sostenía que recién luego de celebrada la misma la fiscalía podrá evaluar si realizaba la audiencia imputativa.

La decisión atacada ordenó que previo a la entrevista se le nombre un defensor a la madre de las menores que podría ser objeto de proceso, lo que la defensa también cuestionó puesto que entendió debió notificársele la celebración de dicha audiencia para que así pueda ejercer sus derechos.

Desde el pretorio de segunda instancia advertimos una situación híbrida que el código procesal penal adversarial santafesino no consagra como sí lo hacía el viejo sistema que regulaba, además de la declaración indagatoria del art. 316 cuando hubiere *sospecha bastante*, la declaración *informativa* del art. 299 para los imputados sobre los cuales no había tal estado de sospecha pero sí una imputación. Por esta última factura se podía declarar al ser llamado por el juez instructor o por presentación espontánea, en cuyo caso el imputado podía ejercer su derecho de ser oído sobre las investigaciones en su contra.

Este actual estado intermedio, redunda en que el *sindicado* (por las víctimas, pero también puede serlo por testigos o surgir la sindicación de las constancias de las investigaciones) puede ser **declarado imputado** formalmente ante la atribución de un hecho punible sólo en audiencia, porque es la única manera que tiene de declarar según el texto de la ley de rito.

90 ARTÍCULO 298°.- Anticipo jurisdiccional de prueba. En cualquier instancia previa al juicio, las partes podrán solicitar, fundadamente, el anticipo jurisdiccional de prueba en forma excepcional y cuando por razones debidamente acreditadas se considere que no pudiera recibirse durante el juicio.
La diligencia será documentada según las previsiones establecidas en este Código para los actos irreproducibles y exhibidos los registros en la audiencia de debate de juicio oral a instancias de las partes.
En ningún caso podrán ser utilizados en la audiencia de debate de juicio oral los registros de esta actividad si estuviere disponible y fuera posible la concurrencia del testigo, perito o intérprete a la audiencia de debate. *(Artículo 298 modificado por el Artículo 1 la Ley N° 13405).*

A nuestro juicio, en casos como el tratado se puede recibir alguna declaración aunque esté en libertad y sin imputación formal atributiva de cargos. Si bien a la fiscalía no le interesa el asunto en ese momento, la defensa tranquilamente puede llevar el imputado a la fiscalía para que sea escuchado, y si le es negada tal escucha acudir ante el juez de la investigación para que dilucide la controversia.

Hubo en el caso una aparente contradicción para la realización de una prueba anticipada excepcionalmente y que puede ser perjudicial para el imputado. Es que por un lado se le notifica el día de la audiencia y se le dan todos los derechos de asistencia en retrocámara, con la consecuente presencia de asesores técnicos de parte y la posiblidad de sugerir preguntas. Incluso en tal caso el juez de la investigación puede decidir si existe alguna objeción, con lo cual está asegurado el Derecho de defensa y el de la acusación.

Pero por otro lado no se lo escucha ante su pedido y se le impide tomar contacto con el legajo fiscal.

Es conveniente que en este caso la defensa tenga acceso al legajo como sucede en los casos en que al sindicado se le ha atribuido el hecho en la audiencia respectiva, porque de ahí se pueden extraer algunas consecuencias para el ejercicio del derecho de defensa en la Cámara Gesell. Y si bien se puede enterar de cierta información que puede ser utilizada para influenciar a los menores luego, lo cierto es que los padres en cuestión no tenían contacto con ellos, por lo que no se encuentra impedimento en que accedan al legajo en este caso concreto.

Convalidamos la realización Cámara Gesell como anticipo jurisdiccional de prueba y resaltamos que se aseguran los derechos del imputado con su presencia fuera del recinto propio de la declaración y acompañado por defensor técnico y asesor pericial[91].

91 Artículo 187 CPPSF.- Facultades de las Partes. Asesores Técnicos.- Antes de comenzar las operaciones periciales, se comunicará a las partes la orden de practicar la pericia. Dentro del plazo de tres días, cualquiera de ellas podrá proponer otro perito para que dictamine conjuntamente con el ya designado.
Podrán proponer fundadamente puntos de pericia y objetar los admitidos o propuestos por otras.
Cuando alguna de las partes considere necesario ser asistida por un asesor en una ciencia, arte o técnica podrá designarlo, haciéndolo saber al Juez o Tribunal.
El asesor técnico podrá presenciar las operaciones técnicas o periciales y hacer observaciones durante su transcurso, de las que se dejará constancia, aunque no emitirá dictamen.
En las audiencias el asesor podrá acompañar a la parte con quien colabora, auxiliarla en los actos propios de su función e interrogar directamente, pero sólo a los peritos, traductores o intérpretes. Bajo la dirección de la parte a la que asiste podrá concluir sobre la prueba pericial.

Y si bien no ha sido objeto de audiencia atributiva de cargos, ni ha sido escuchado informalmente por la fiscalía, se da la posibilidad a la defensa que se haga del legajo fiscal para el caso que sea necesario formular preguntas a las menores de extremos que solo ellos conocen, vgr si refieren determinados ambientes donde ocurrieron los hechos que describan, los muebles había, o si refieren haber estado en un lugar determinado respondan si no habían concurrido a otro, etc.[92]

5. PRESENCIA DEL IMPUTADO CON AUDIENCIA IMPUTATIVA

En este orden de cosas, con respecto a si el imputado puede estar presente en el acto de la Cámara Gesell invocando una mejor defensa material junto a su abogado defensor para, a través de éste, proponer preguntas si fuera menester y pertinente, ante el andamiaje favorable que diera el juez de la investigación y la apelación consiguiente de la Fiscalía, entendimos que debía declararse inadmisible la apelación interpuesta (art. 400 del CPPSF)[93]. Ello, toda vez que en la interposición de la apelación a la autorización de la presencia del imputado afuera de la Cámara Gesell donde se entrevistaría a la menor, fue ordenada *bajo condición de resguardar debidamente la integridad de la niña,* por lo cual no se observaba perjuicio computable para la Fiscalía en los términos del art. 394 inc. 2° del CPPSF[94], puntualizando que debería *el A quo* extremar explícitamente esas condiciones antes de la audiencia, sobre todo para evitar cualquier tipo de contacto antes, durante y después de la entrevista, y precisando el modo de intervención del imputado por medio de su abogado defensor ante el A quo, quien debería estar presente decidiendo sin más trámite las propuestas de preguntas que se pidieren hacer, bajo apercibimiento que de no cumplirse dichos recaudos sería expulsado el imputado de la audiencia[95].

92 Colegio de Jueces de la Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario, in re *"Pay Leonardo F. s/ anticipo jurisdiccional de prueba",* CUIJ N° 21-06982186-0, decisión en audiencia oral del 11 de febrero de 2019. Juez unipersonal Carlos Carbone.

93 ARTÍCULO 400°CPPSF.- Inadmisibilidad y rechazo.- Cuando se adviertan defectos formales en el escrito de interposición del recurso, el Tribunal deberá intimar al impugnante para que en el plazo de cinco días sean subsanados, bajo sanción de inadmisibilidad.

94 ARTÍCULO 394°CPPSF.- Procedencia.- Este recurso sólo podrá deducirse:
1) en los casos especialmente previstos por la ley;
2) contra resoluciones que causen un gravamen irreparable;(...)

95 Colegio de Jueces de la Cámara de Apelaciones Penal de Rosario, decreto del 18 de mayo de 2015 in re *"R. Roque s/ anticipo jurisdiccional de prueba"* CUIJ N° 21-06118358-9. Carbone, Juez unipersonal.

La propia Guía de buenas prácticas enfatiza que debe garantizarse que no haya contacto alguno entre las víctimas y el imputado en los momentos previos o posteriores del acto, ya que durante el mismo tal recaudo se asegura por su presencia en otro recinto.

También se registra el caso donde planteó la defensa que además de estar ella presente y su delegado técnico pericial, debía contarse con la presencia de la madre de las menores, imputada en el hecho de abuso sexual, en sala contigua a la de la audiencia con la venia del juez de la investigación, lo que motivó la apelación de la fiscal integrante de la sección de Delitos de Abusos Sexuales.

Dicha funcionaria se agravió alegando que el derecho de defensa de la imputada se encontraba garantizado por la presencia ofrecida de su defensor y su delegado técnico en el acto, y que la asistencia de la madre podía significar una revictimización de las menores.

La Cámara Penal convalidó lo decidido al dar la venia a la defensa pública puesto que planteó que los discursos de las menores habían sido en parte desmentidos por los informes médicos forenses que sostenían la ausencia de signos de defloración en ambas víctimas.

Este extremo ameritaba que, según el discurso de las menores, podría ser de relevancia hacerles preguntas sugeridas por su madre imputada para verificar o no algunos extremos circunstanciales que solo podían conocer las menores y aquella. Esta audiencia de apelación se hizo mediante videoconferencia porque la imputada se encontraba detenida en la ciudad de Santa Fe.

Se puntualizó que dicha presencia no iba a concretarse en la misma sala conocida como *retrocamara*, es decir, contigua a la prevista para la declaración, vidrio espejado mediante; sino en otro recinto sin posibilidad de contacto alguno con las mismas. Y que las posibles preguntas se canalizarían con la intervención del Asesor de Menores, la psicóloga y la decisión del juez competente[96].

Otros argumentos jurisprudenciales para negar la presencia del imputado se basan en distintas cuestiones: una referida a que el suficiente control de la prueba se opera con la presencia de sus abogados y/ peritos, y otra a la naturaleza de la medida, a la que se pretende comparar con una prueba ginecológica.

Se dice que las pericias e informes psicológicos que acompañan el relato

96 Colegio de Jueces de la Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario, Resolución oral en audiencia del 26/07/19 in re "R., Marina S", CUIJ N° 21-08086611-1. Tribunal Unipersonal Dr. Acosta.

del o la NNyA recepcionado en el dispositivo de la Cámara Gesell, compensan satisfactoriamente la ausencia del imputado y configuran una garantía a su favor habida cuenta que estas pruebas técnicas en algunos casos respaldarán el testimonio de la víctima, pero en otros casos servirán para invalidarlos, tal como ocurriría si concluyeran que los dichos son falaces, provienen de una personalidad fabuladora o que quien los dice padece alguna enfermedad. Se sostiene en igual sentido que el derecho de la defensa a controlar la prueba no equivale -ni así surge de la literalidad de los textos internacionales- al derecho del imputado a asistir a todos los actos de prueba.

Se insiste en que tal ausencia no va en desmedro del derecho de defensa, puesto que las posibilidades de control de la prueba se preservan, habida cuenta que tanto el imputado como su defensor pueden participar de la entrevista previa y proponer los puntos o temas que interesa saber acerca del hecho que se investiga en la causa. Asimismo, que subsiste la posibilidad de controlar los informes con las conclusiones de los profesionales intervinientes y, si lo estiman necesario, pedir su comparendo a los fines de interrogarlos para aclarar o dar explicaciones sobre el informe y la entrevista, e inclusive proponer un perito de parte que ponga en crisis la pericia oficial. Todo ello en el eventual supuesto de que las conclusiones de los expertos neutrales resulten desfavorables para el imputado, habida cuenta que, como ya se señaló, la intervención profesional también puede mejorar su situación procesal[97].

Consecuentemente se recuerda que "el objeto de la instrucción es preservar la prueba respetando el derecho de defensa en juicio y en ese sentido la ausencia del imputado y la presencia de su defensor satisfacen ambos propósitos. Asimismo que de la manera que lo plantea el apelante pareciera que entran en colisión dos derechos, el de defensa en juicio y el del niño, deslizando la parte que tomando la decisión por uno u otro derecho necesariamente importaría ir en detrimento de uno de ellos, pero esto no es así".

Se sostuvo que "...La restricción que ha puesto en estudio la defensa aludiendo un menoscabo en los derechos del imputado no es tal pues no se le ha denegado derecho alguno, sino que solo se le ha requerido que ejerza su prerrogativa a través de su representante. Su presencia en el recinto podría colocar a la niña en un lugar tan conflictivo que eventualmente podría si así hubiera sucedido -el abuso-, hacer prevalecer el pacto de silencio al que la

97 Cámara de Casación Penal de Entre Ríos, Res. Nº 70 del 18 de/09/2014 in re "F.N.S. - Dcia. Abuso Sexual s/ Recurso de casación", Expte. Nº38/14.

mayoría de los menores abusados son sometidos o ¿es ajeno para nosotros el temor reverencial que un menor puede sentir frente a su padre? O ¿resulta novedoso a nuestra experiencia que frente a este tipo de delitos la coacción, la extorsión y la amenaza son los elementos indispensables para que no se sepa, para no ser denunciados? Con lo dicho no se realiza un juicio de valor ni se determina que el imputado ha cometido el delito que se le achaca, sino que frente a la mínima posibilidad de que se vicie la prueba más importante"[98].

Y se remata que el defensor técnico "conoce acabadamente los pormenores de la causa, pudiendo en el plazo que se establezca en esta decisión profundizar el conocimiento de cualquier dato que pudiera ser de utilidad, quedando como en todos los casos, habilitado a peticionar su ampliación, siempre y cuando las condiciones sean las adecuadas y el pedido fuera pertinente, como en cualquier medida de prueba"[99].

Estas consideraciones no contemplan los reales roles del abogado y su cliente, sumado ello a que no siempre éstos revelan cuestiones que sólo el imputado puede conocer, extremo éste que justifica dicha observanción de la entrevista.

Además, no es una audiencia como cualquiera esa entrevista de los menores víctimas; ya explicamos hasta el hartazgo que se trata de evitar su revictimización con la nueva evocación de los hechos que relata, y que por tanto no es adecuado que se pidan nuevas declaraciones de la víctima, salvo motivos graves y desconocidos que así lo justifiquen.

Así lo expone claramente el Protocolo Interinstitucional de Actuación en casos de Abuso Sexual Infantil en la Provincia de Entre Ríos por resolución Nº 044/09 DGER -citando las "Directrices sobre la Justicia en Asuntos Concernientes a los Niños, Niñas y Adolescentes Víctimas y Testigos de Delitos" aprobada por resolución 2005/20 del Concejo Económico y Social de la O.N.U.-, que confirma: "Al prestar asistencia a niños víctimas y testigos de delitos, los profesionales deberán hacer todo lo posible por coordinar los servicios de apoyo a fin de evitar que los niños participen en un número excesivo de intervenciones, indicando que los mismos deberán a) Limitar el número de entrevistas: deberán aplicarse procedimientos especiales para obtener pruebas de los niños

98 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Sala I (CCC 10904/2006/CAI).

99 Ver por todos: Colegio de Jueces de la Cámara de Apelaciones Penal de Rosario, Auto Nº 418 del 23/06/2016 in re "A., Germán C. s/ Lesiones graves agravadas por el vínculo y abuso sexual agravado", CUIJ N° 21-06362509-8, Jueza unipersonal Dra. Lurati.

víctimas y testigos de delitos a fin de reducir el número de entrevistas, declaraciones, vistas y, concretamente, todo contacto innecesario con el proceso de justicia, por ejemplo utilizando grabaciones de video (...). c) Asegurar que los niños víctimas y testigos de delitos sean interrogados de forma adaptada a ellos así como permitir la supervisión por parte de magistrados, facilitar el testimonio del niño y reducir la posibilidad de que éste sea objeto de intimidación, por ejemplo, utilizando medios de ayuda para prestar testimonio o nombrando a 'expertos en **psicología'".**

6. EL TENOR DE LA INTERVENCIÓN DEL IMPUTADO

El tema trae su miga al postularse que dicha presencia puede ser activa y no una simple observación.

No se trata de que pueda hacer una suerte de contraexámen por medio de su abogado defensor ante la afirmación de los hechos desfavorables que pudieren surgir en dicha entrevista, como se ha alegado en un caso que desestimamos recientemente[100].

Nada de eso, se trata simplemente de que el imputado -excepcionalmente- pueda proponer preguntas sobre hechos relacionados con particulares circunstancias de tiempo y lugar que sólo él o la víctima puedan conocer y que están relacionadas con la integridad del discurso de ésta.

Es que, tratándose de un acto definitivo como vimos, difícilmente tendrá otra oportunidad para poder esclarecer esos acontecimientos ya que en el juicio solo se proyectará lo filmado de esta entrevista.

Dicha propuesta -que será comunicada a su defensor directamente si está junto a él en ese recinto separado del que hablamos o bien, si lo está en su lugar de alojamiento, en comunicación con su profesional-, se le trasladará al juez de la investigación que presidirá dicha audiencia y resolverá, previo traslado al fiscal y sin perjuicio que consulte a la especialista que conduce la entrevista si lo estima menester, quien por otra parte es la profesional designada para conducir esa entrevista.

En cuanto a la oportunidad de introducir esas preguntas, o el momento de concretarlas en su caso, se debería pactar entre las partes o decidirlas el juez

100 Colegio de Jueces de la Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario, Auto dispuesto en forma oral en audiencia de apelación del 02/10/2020 in re "C. Jesus Dario s/Abuso Sexual, s/ anticipo jurisdiccional de prueba", CUIJ N° 21-08381466-4. Tribunal unipersonal, Dr. Carbone.

de la investigación previamente para evitar desgastes procedimentales en el acto.

Sin perjuicio de ello, se podrán plantear en los recesos que pudiere haber en el acto o al finalizar la intervención de la menor de acuerdo a lo propuesto por el profesional entrevistadora, entre otras posibilidades que arroje el devenir de lo narrado.

En el caso se había autorizado la presencia del imputado en la Alcaidía de Tribunales y, cuando se dispuso un receso, su abogado bajó al subsuelo donde estaba detenido provisoriamente aquel para entrevistarlo y saber si tenía algún planteo de los que dimos cuenta.

La exclusión del imputado de la Cámara Gesell ante el derecho de información de la víctima respecto de su presencia

4

En otro asunto venido en apelación, también se confirmó la decisión de la jueza de investigación que previó la presencia del imputado de abuso sexual en perjuicio de un mayor con retraso mental a quien cuidaba.

En la audiencia de apelación se opuso la fiscalía, invocando derechos constitucionales de las víctimas vulnerables en cuanto al derecho a ser informado del acto procesal que se iba a realizar, el que aparejaría -según su postura- hacerles saber de la presencia fuera del recinto de la declaración del imputado, lo que podría significar no sólo revictimización sino un condicionante para que se pueda expresar la víctima libremente.

Convalidamos desde el pretorio de Segunda Instancia esa decisión porque entendimos que tal derecho de información sobre la presencia del imputado debía ceder, precisamente, para dar una tutela judicial efectiva a la víctima, lo que no se contrapone al debido derecho de defensa del imputado de poder hacer preguntas específicas sobre detalles de las circunstancias que solo conocían ambos, con las formalidades antes explicadas[101].

Pero la cuestión no es pacífica y en el mismo Colegio de Jueces de la Cámara Penal de Rosario se adoptó la solución inversa en la inteligencia de enten-

101 Colegio de Jueces de la Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario, decisión en audiencia oral del 13/10/2016 in re *"M., Eduardo s/ anticipo jurisdiccional de prueba"*, CUIJ N° 21-06454643-8. Juez unipersonal Dr. Carbone.

der que el derecho de información de la víctima menor sobre la presencia del imputado aún fuera de la sala de entrevista, no puede ser obviado, colocándolo en el peldaño superior[102].

En este pensar, como la sola noticia de ser observada la víctima por el imputado lógicamente puede perturbar su ánimo, entonces se prohíbe tal asistencia.

A nuestro juicio, todos los instrumentos internacionales y la jurisprudencia citados por esta opinión judicial restrictiva tienen como soporte la justificación de tomarle declaración a las víctimas no sólo en Cámara Gesell, sino en hacerlo antes del juicio, es decir, como anticipo jurisdiccional de prueba, con la consiguiente desatención del derecho a interrogarlas en el debate que hoy prácticamente no se discute, al menos seriamente.

La jurisprudencia rosarina recién citada, para hacer prevalecer el derecho de información de la víctima a conocer de la presencia del imputado como agresor sexual -con la consiguiente perturbación de su ánimo- por encima del derecho de éste a presenciar la declaración en dicho dispositivo, acude a un precedente de la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe que para nosotros se adecua más a legitimar la realización de la misma como anticipo jurisdiccional de prueba, como sucedía hace tiempo en la mayoría de los casos sin la presencia del imputado.

Pero no consta en el caso que se haya impetrado antes de esa declaración tal presencia cuestionada, aunque sí se convalidó lo actuado por cuanto se critica que en el recurso extraordinario de inconstitucionalidad local no se esgrima seriamente perjuicio en concreto en tal inasistencia técnica[103].

En el precedente de la Corte Suprema de Santa Fe (A. y S. T. 262 p. 129 del 28.04.2015), en el que el Dr. Erbetta rechazó el planteo de afectación a derechos constitucionales esgrimidos por la defensa (por no haber presenciado los abogados defensores la declaración de las niñas victimas de abuso sexual en Cámara Gesell), señalando que "...reconociendo que tuvieron a su disposición el registro fílmico de la audiencia a los fines de controlarla, no demuestran concretamente en qué se habría perjudicado el ejercicio de la defensa

102 Colegio de Jueces de la Cámara de Apelaciones Penal de Rosario, Auto Nº 418 del 23/06/2016 *in re "A., Germán C. s/ Lesiones graves agravadas por el vínculo y abuso sexual agravado"*, CUIJ N° 21-06362509-8, Jueza unipersonal Dra. Lurati.

103 Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe, A. y S. T. 262 p.129/135 de fecha 28.04.15, causa "C. A s/ recurso de queja".

por la circunstancia apuntada, teniendo en cuenta las particularidades que presentan las declaraciones asistidas de menores de edad en Cámara Gesell y que, tal como señalara en su voto la Dra. Depetris, han podido -y de hecho lo han efectuado- cuestionar los testimonios de las niñas en distintos aspectos". En ampliación de fundamentos, el Dr. Falistocco destacó que "Sin perjuicio de ello, estimo oportuno agregar algunas consideraciones en relación a lo alegado respecto de la presunta vulneración del derecho de defensa a partir de la realización de la Cámara Gesell. Vislumbro que, de acuerdo a lo resuelto por la Sala y las manifestaciones de los propios recurrentes, las defensas existentes en el momento de la realización de la medida fueron debidamente citadas y participaron del acto con normalidad. Con esta aclaración, infiero que en realidad lo que postula la defensa no se vincula específicamente con aquel acto -salvo lo atinente a la inexistencia de informe previo del equipo interdisciplinario a la cual se le ha dado adecuada respuesta- sino a la ausencia de otra instancia de audiencia testimonial -en Cámara Gesell, mediante pericia o simple testimonial- en la cual la defensa de C. pudiera contraexaminar a las deponentes. En relación a ello, estimo que no debe perderse de vista que nos encontramos frente a dos principios -derecho de defensa e interés superior del niño- que deben compatibilizarse en un delicado equilibrio, debiendo ponderarse en cada caso, cuál es el que debe prevalecer. No es ocioso recordar que, a la par del derecho de contraexaminar que, acertadamente, destaca la defensa, se encuentra también el amparo que en nuestra legislación tienen los menores de edad, a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño -con jerarquía constitucional-; y las leyes Nacional 26061 y provincial 12967, entre otros dispositivos normativos. En este delicado equilibrio, advierto que los recurrentes no demuestran que, en el caso, corresponda hacer prevalecer el derecho que invoca por encima de la protección contra la revictimización del niño".

Pensamos que, consciente o inconscientemente se le da esa primacía al derecho de información de la víctima referido para negarle al imputado el derecho de asistencia al control del acto.

Así se citan instrumentos que justifican la declaración antes del juicio y con el dispositivo de la Cámara Gesell pero que no son específicos para impedir al imputado de la asistencia al mismo[104].

104 Cámara de Casación Penal de Entre Ríos, Res. Nº 70 del 18 de/09/2014 in re *"F.N.S. - Dcia. Abuso Sexual s/ Recurso de casación"*, Expte. Nº 38/14.

Esto que decimos se patentiza en el fallo citado cuando acude a "la Resolución 20/34, por la cual la Asamblea General de Naciones Unidas -29 de noviembre de 1985- aprobó el documento sobre Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas del Delito y Abuso de Poder, y en la misma línea el documento 100 Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en condición de vulnerabilidad, proveniente de la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, adoptadas en Santa Fe mediante Acuerdo Ordinario de la Corte Suprema de Justicia local del 29.03.11 Acta Nº 14 Pto. 2, que en las reglas número 5 y 11, incluye como beneficiarios a los niños y niñas víctimas de delitos sexuales. Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos, aprobada por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas en resolución 2005/20 de 22/07/05. Guías de Santiago sobre 'Protección de víctimas y testigos', aprobado en la XVI Asamblea general Ordinaria de la Asociación Ibero Americana de Ministerios Públicos (AIAMP) (2008)".

Específicamente la Convención Internacional de los Derechos del Niño, constitucionalizada por imperio del art. 75 inc. 22 de la CN, establece que los Estados partes respetarán los derechos enunciados en la Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna (art. 2); que en todas la medidas concernientes a los niños que tomen los tribunales, una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño (art. 3); que los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formar un juicio propio del derecho expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan (art. 12); que los Estados partes deben adoptar todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo; estas medidas deben comprender procedimientos eficaces para la prevención y para la identificación, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descriptos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial (art. 19); los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de cualquier forma de abuso, fomentando el respeto de si mismo y su dignidad (art. 38).

En el mismo sentido esas resoluciones pesimistas en torno a la presencia propuesta por nosotros suelen apoyarse en "El Protocolo Interinstitucional de

Actuación en casos de Abuso Sexual Infantil en Provincia de Entre Ríos" aprobado por resolución Nº 044/09 DGER -citando las "Directrices sobre la Justicia en Asuntos Concernientes a los Niños, Niñas y Adolescentes Víctimas y Testigos de Delitos" aprobada por resolución 2005/20 del Concejo Económico y Social de la O.N.U. del siguiente modo: "Al prestar asistencia a niños víctimas y testigos de delitos, los profesionales deberán hacer todo lo posible por coordinar los servicios de apoyo a fin de evitar que los niños participen en un número excesivo de intervenciones, indicando que los mismos deberán a) Limitar el número de entrevistas: deberán aplicarse procedimientos especiales para obtener pruebas de los niños víctimas y testigos de delitos a fin de reducir el número de entrevistas, declaraciones, vistas y, concretamente, todo contacto innecesario con el proceso de justicia, por ejemplo utilizando grabaciones de video (...). c) Asegurar que los niños víctimas y testigos de delitos sean interrogados de forma adaptada a ellos así como permitir la supervisión por parte de magistrados, facilitar el testimonio del niño y reducir la posibilidad de que éste sea objeto de intimidación, por ejemplo, utilizando medios de ayuda para prestar testimonio o nombrando a 'expertos en psicología'".

Es más, se cita el criterio de la Corte Nacional en fallo que encaja más en nuestra posición que en su tesis restrictiva: "...en aquellos supuestos en que para garantizar esos parámetros sea necesario restringir el derecho a interrogar del imputado, debe hacerse en la medida estrictamente necesaria para preservar la salud psicofísica de la damnificada, que cuando ese derecho se limite se deberá compensar con otras pruebas que la defensa pueda fiscalizar, todo ello en el entendimiento de que 'no toda restricción del derecho a interrogar es incompatible con la noción de juicio justo, en tanto y en cuanto no se resigne definitivamente a mantener el equilibrio que debe mediar entre la acusación y la defensa'"[105].

Siguiendo las citas puntuales sobre el tema se suelen invocar protocolos que no siempre fulminan la presencia del imputado, pero que de todos modos no son más que eso, sin alcance legal imperativo; sus postulados deben ser sometidos al análisis de su procedencia para el caso concreto cuando la ley no resuelva la cuestión.

La jurisprudencia de provincia recién citada, que revocó la decisión de primera instancia que permitía la presencia del imputado, también se ampara en instrumentos que no resuelven la cuestión. Como fácilmente se advierte, de su texto no puede deducirse la oposición que concluye.

105 Conf. CSJN, 7/6/11, "G. L., Javier s/ Causa N1 2222", G. 1359. XLIII.

También el ámbito provincial suele citarse la "Guía de entrevista investigativa con niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales de la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violentos de la Fiscalía Nacional del Ministerio Público" de Chile del 2012, que aconseja informar a la menor víctima acerca de la finalidad del acto y de la presencia de las personas que estarán presentes en el dispositivo de la Cámara Gesell, consagrando de ese modo el derecho a la dignidad e intimidad como sujeto de derechos de cara a la Convención sobre los derechos del Niño; si se cumple con tal manda entonces no se garantiza la intimidad de las víctimas cuando saben que el presunto agresor está presenciando en directo su discurso.

Del mismo modo se abona la restricción que nos ocupa con la "resolución de la Procuración General de la Nación del 16 de diciembre del año 2008", por la que se instruyó a los Sres. Fiscales con competencia penal de todo el país para que incorporen como reglas prácticas para tener en cuenta en la atención de víctimas y testigos el documento denominado "Guías de Santiago sobre protección de víctimas y testigos". En aquellas, en el punto 3 se proponen medidas que prohíban la comunicación del imputado y su entorno con la víctima, restringiéndose la presencia de entornos hostiles en un círculo de seguridad. Dispone que el Ministerio Público está obligado a llevar a cabo su actuación de forma que no comprometa innecesariamente la seguridad de la víctima, para lo cual valorará el alto contenido que tienen su intimidad e identidad.

En el punto 5 define el estatuto de la víctima, considerando que tiene el derecho de vivir el ciclo del proceso en un clima sin presión para que pueda ejercitar los derechos que surgen de la nueva situación, debiendo extremarse el cuidado para que la víctima no coincida con el agresor cuando ambos se encuentren en cualesquiera dependencias a la espera de la práctica de cualquier actuación. Asimismo se consigna que la investigación no debe alterar la seguridad de la víctima y a lo largo de la misma debe valorarse la posible práctica de actuaciones de prueba anticipada para que, con garantía de todas las partes, se evite que el proceso, en su desarrollo, se convierta en causa de victimización secundaria o suponga un factor de presión sobre la víctima que le pueda llevar a abandonar el libre ejercicio de sus derechos.

Como medidas concretas se propone evitar cualquier demora en el trámite desde que el hecho acontece hasta que se comienzan a ejecutar las competencias del Ministerio Público, ya que en pocos delitos como éste esa demora destruye las posibilidades de actuación, de investigación procesal y aumentan sin control los riesgos sobre la víctima.

En las *"Directrices sobre la Justicia en asuntos concernientes* a *los niños, niñas* y *adolescentes"* aprobada por el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas y las Observaciones Generales del Comité de Derechos del Niño, se considera en el apartado 31 que "los profesionales deberán aplicar medidas para (...) b) velar porque los niños víctimas y testigos de delitos no sean interrogados por el presunto autor del delito, siempre que sea compatible con el ordenamiento jurídico y respetando debidamente los derechos de la Defensa". Pero esto último se refiere al interrogatorio directo o como contraexámen en juicio o en cualquier otra audiencia, y no a la especie que aquí tratamos.

Incluso se ha citado a la *"La Guía de las Buenas Prácticas para el abordaje judicial de niños, niñas* y *adolescentes víctimas* o *testigos de violencia, abuso sexual* y *otros delitos",* publicada por UNICEF y la Asociación de Derechos Civiles en 2010 que, al referirse al imputado, señala que no debe estar presente durante la entrevista de la declaración testimonial, pudiendo estar presente en el juicio oral ya que el niño, niña o adolescente no estará presente en el caso, debiendo garantizarse la absoluta libertad y tranquilidad del niño o niña, descontaminando el ambiente y preservándolo libre de cualquier interferencia que suponga la más mínima posibilidad de intimidad[106], pero atento lo que venimos citando respecto del instrumento de referencia, también esta prohibición se refiere al momento y en el espacio en que aquella esté declarando, pero no que pueda seguir sus alternativas desde otro lugar como vimos.

Pero en otros casos los fiscales citan el mismo instrumento y afirman lo contrario: que recomiendan que el imputado presencie el desarrollo del acto a través de un sistema de circuito cerrado de televisión en una sala apartada a la toma de declaración; y como no cuentan con ese dispositivo recomendaron que su presencia no sea permitida en la sala de observaciones contigua al lugar de toma de declaración y que se tomen las medidas necesarias para garantizar la protección de la víctima[107].

Reza el fallo que "...Citaron la Guía de Buenas Prácticas de UNICEF para el abordaje de niños adolescentes víctimas o testigos de abusos sexuales, que recomiendan que el imputado presencie el desarrollo del acto a través de un sistema de circuito cerrado de televisión en una sala apartada a la toma de

106 Colegio de Jueces de la Cámara de Apelaciones Penal de Rosario, Auto Nº 418 del 23/06/2016 *in re "A., Germán C. s/ Lesiones graves agravadas por el vínculo y abuso sexual agravado"*, CUIJ N° 21-06362509-8, Jueza unipersonal Dra. Lurati.

107 Cámara de Casación Penal de Entre Ríos, Res. Nº 70 del 18 de/09/2014 in re *"F.N.S. - Dcia. Abuso Sexual s/ Recurso de casación",* Expte. Nº 38/14.

declaración; y como no cuentan con ese dispositivo recomendaron que su presencia no sea permitida en la sala de observaciones contigua al lugar de toma de declaración y que se tomen las medidas necesarias para garantizar la protección de la víctima".

Claramente no parece lógico como afirmamos más arriba que pueda negarse tal asistencia porque no esté implementado dicho circuito cerrado, como sucedía en el ámbito entrerriano por entonces, sino intimar su puesta en funcionamiento o bien disponer que se haga un enlace simplemente con un monitor en una sala contigua -que bien puede ser pequeña- para que el imputado lo mire junto a su defensor si lo prefiere y con la custodia pertinente como sucede en las Oficinas de Rosario**.**

Pero se olvida que el fin de estas entrevistas especializadas como lo recalcan los mismos protocolos o guías no es otro que lograr una declaración de tal forma que desarrolle la sensibilidad, sea imparcial y pueda llevar a la verdad de manera que aporte una justa y correcta toma de decisiones en los sistemas de justicia criminal, como reza el protocolo de Michigan que coloca entre los objetivos de la entrevista específicos asegurar el derecho de defensa del imputado.

Como se ha planteado, cuando este derecho es concedido se considera que el juzgador minimiza el derecho que tienen las menores a ser informadas sobre quienes la están observando y escuchando, "ya que el Magistrado ha visto Cámaras Gesell y nunca se le informa al menor quién está detrás del vidrio espejado" sostuvo la fiscalía.

"*Ni poco ni demasiado, todo es cuestión de medida",* cantaba Alberto Cortez: proponemos que se adecue, minimice o se prescinda del anoticiamiento a la víctima menor de la presencia del imputado en vivo sin ser observado, aunque cierto es que cuando empezaron a utilizarse estos dispositivos forenses los encargados de la entrevistas nada informaban a la menor, ni siquiera que estaba un juez o fiscal detrás del vidrio, ni que había vidrio, para que la niña ejerza su derecho a ser oída y expresarse libremente para que no quede presa de esa relación de poder, de sometimiento que sufría, impedida de relatar lo vivido.

Siempre se sostiene, para torcer el rumbo de estas facturas, que en lo decidido no se ha seguido el *Favor Minoris* que deriva del principio *Pro Homine*, que fija un criterio en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia o la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos al ejercicio de las niñas, niños y adolescentes sometidos a un proceso

penal; pero nuestra solución, como veremos, creemos que sí lo respeta con integridad a poco que se acuda a la Guía de Buenas Prácticas de UNICEF, cuando postula que si se trata de menores debe siempre primar el interés superior del niño y el derecho a un trato digno, teniendo en cualquier intervención que atenderse su situación personal, necesidades, edad, grado de madurez, etc. Si la noticia de la presencia del imputado en ejercicio de su derecho constitucional de debida defensa en juicio puede influir negativamente en su relato, se debe minimizar o adecuar tal información.

Si esto es así no hay duda que debemos acudir al llamado *clearing* de valores como pregonaba Ríos en sus votos de la Sala II de la Cámara de Apelaciones de Rosario[108]: entre el derecho de información del niño que ponga el acento en la presencia del imputado y lograr un acto transparente, íntimo e imparcial, no hay duda alguna que esa información precisa referida se debe adecuar o ceder para lograr una tutela judicial efectiva de las víctimas vulnerables.

Es esta selección que hacemos la que pensamos mejor se compagina con La Convención sobre los Derechos del Niño. El artículo 3 de la CDN establece que en todas las medidas que tomen las instituciones públicas concernientes a los niños y niñas -incluyendo los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos- se debe tener primordial consideración por atender el "interés superior del niño". Por otra parte, la CDN sostiene que los Estados deben garantizar el derecho del niño o la niña a expresarse libremente en todos los asuntos que lo afectan y a que se tenga debidamente en cuenta su opinión, en función de su edad y grado de madurez (art.12, inc.1). Específicamente, se refiere a que en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, el niño o la niña debe tener su oportunidad de ser escuchado, "ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la Ley nacional" (art.12, inc. 2).

Así se invocó en un asunto que una menor víctima de su progenitor fue separada de éste y entregada a su madre para preservar su persona y su discurso, y como ésta no se hizo cargo y la entregó nuevamente al padre, la menor entró en un estado de reticencia que solo pudo dejar de lado cuando se la alojó en un centro especial donde retomó su confianza y libertad.

108 Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario, Sala II, en "Exerta Penal" año I, marzo 1988, pág. 18 (entre muchos otros) voto de Ríos: "...se deben ponderar los valores constitucionales en juego, en el caso concreto, hacer *un clearing de valores constitucionales* entre el proceso invalido o soslayar la irregularidad de menor calibre en beneficio de la mayor jerarquía en la escala del estatuto fundamental para garantizar la paz social, punir conductas antisociales, evitar la venganza privada...".

Con estas mismas aristas se opuso a la presencia del padre la fiscalía y ha fundado su queja en el Derecho del Niño "a ser escuchado libre y espontáneamente", el que se veía afectado al negarse a concurrir las menores a la audiencia al conocer que su padre estaría mirando y escuchando lo que ellas dirían, informando las profesionales tratantes del Hospital Provincial que en las condiciones en que se encontraban las niñas no era aconsejable que concurrieran a la medida. El supuesto encierra una grave cuestión, puesto que a las niñas se les hizo saber de la presencia del padre antes de la audiencia, extremo en el que la defensa negó categóricamente su responsabilidad por no haber tenido contacto ni su parte con aquellas[109].

Ante esto, la fiscalía se opuso y apeló la decisión del *A quo* que había permitido la presencia, no en la retrocámara contigua al recinto y separada por un vidrio espejado del recinto de la declaración donde se ubican los profesionales, juez y peritos, sino en una sala contigua argumentando los males que nuevamente sufriría al enterarse que su progenitor denunciado la estaba observando.

Este discurso es algo así como poner "el carro adelante del caballo": esta dignidad e intimidad de la menor para el relato se puede preservar sin afectar el derecho de defensa del imputado cuando invoque motivos específicos para estar presente, con solo no advertírsele a la niña de su asistencia, como bien fundó el *A quo*[110].

Quizás la opinión más restrictiva en el ámbito del Colegio de Jueces de la Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario -que por supuesto no compartimos- es la que sostiene la inadmisibilidad en casos de apelación defensiva ante la negativa del *A quo* de permitir la presencia del imputado en Sala contigua a la declaración, sosteniendo que la ausencia del encartado en ese lugar "de ninguna manera, puede ser considerado un agravio que dé sustento a un recurso de apelación, ya que: a) el recurso no se encuentra expresamente establecido en las normas de rito para estos supuestos; b) no causa un gravamen irreparable; y c) no paraliza el proceso (...) toda vez que el mismo (defensor) puede controlar válidamente y efectivamente la prueba, munirse de preguntas previamente consensuadas con su defendido e incluso proponer un

109 Ibidem

110 Colegio de Jueces de la Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario, Auto dispuesto en forma oral en audiencia de apelación del 18/10/19 in re *"M., Oscar s/ anticipo jurisdiccional de prueba"*, CUIJ N° 21-08017118-5, Juez unipersonal Dr. Carbone.

perito de parte (…) La presencia del imputado -aun en una sala contigua- implica la toma de conocimiento en tiempo real del relato de la victima y ello conculca la posibilidad de libertad de declarar de la misma (por su condición de menor vulnerable), toda vez que conserva el derecho a información y por ese motivo se le debe instruir quienes están presentes observando el acto"[111].

Estas ideas impiden ventilar en Segunda Instancia los extremos que analizamos para estudiar la procedencia de tal presencia por parte del imputado y sus fundamentos, y desconocen precisamente que, el consagrar la ausencia, es un gravamen irreparable porque afecta el derecho de defensa, desoyendo lo postulado por la Guía de Buenas Prácticas que venimos validando.

Es que la Guía, si bien no encara la cuestión del derecho de información de la víctima menor de edad y menos que este incluya el dar cuenta del seguimiento *on line* del imputado de su declaración, cuando reconoce el derecho de aquella a un trato digno, lo consagra como operatorio según las especiales circunstancias del caso, la edad y las condiciones actuales de la menor, lo que permite al juez orientar al entrevistador para que no brinde el detalle de la observación *on line* por parte del imputado si esto puede afectar la integridad de su relato[112].

Dispone dicho instrumento en el título ***"Derecho a la privacidad",*** lo siguiente*:* "***toda información relativa a la participación*** de la NNyA dentro del proceso debe ser protegida, asegurándose la confidencialidad y restringiendo la divulgación de cualquier información que permita su identificación o utilización para fines inapropiados".

Finalmente acabamos de consagrar la facultad de observación e intervención -con las restricciones del caso- en la declaración del menor víctima que venimos tratando más allá de tal derecho[113], revocando la decisión de primera instancia en la que se disponía además de la prisión preventiva "hacer lugar a la medida de declaración de la menor bajo la modalidad de Cámara Gesell

111 Colegio de Jueces de la Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario, Auto Nº 373 del 11/06/2018 in re "L. C., Héctor", CUIJ N° 21- 06729769-2, Juez unipersonal Dr. Mascali: *"El recurrente reclama por falta de presencia de su asistido a los fines del ejercicio de su defensa, pero no puede desconocer que se encuentra expresamente prohibido el careo entre el menor victima con el imputado; que no es un acto de defensa material; y que la estrategia en orden a la realización de preguntas y su tenor corre por cuenta del letrado, en su representación...".*

112 Guía de Buenas Prácticas de UNICEF, pág. 15.

113 Colegio de Jueces de la Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario, Auto dispuesto en forma oral en audiencia de apelación del 02/10/20 in re *"C. Jesus Dario s/ abuso sexual -anticipo jurisdiccional de prueba-",* CUIJ N° 21-08381466-4. Tribunal unipersonal Dr. Carbone.

y como anticipo jurisdiccional de prueba a tenor de los art. 298 y 160 del CPP sin la presencia del imputado y con la debida notificación a la defensora y delegada del área de psicología...".

En dicha decisión desestimamos los planteos del ministerio fiscal que en la audiencia de apelación -realizada por videoconferencia mediante el sistema Zoom, motivada por las disposiciones de la Corte de Santa Fe ante el estado de pandemia causada por el llamado Coronavirus (Covid-19)- esgrimió argumentos del mismo tenor que los más arriba criticados, reiterando lo resuelto en nuestros precedentes referidos, en los que se funda la opinión que vertimos en la doctrina[114].

114 CARBONE, Carlos Alberto, "¿Procede la exclusión del imputado para presenciar la entrevista de la víctima en cámara Gesell ante el derecho de información de la víctima que aquél estará presenciando el acto?": https://www.rubinzalonline.com.ar/index.php/doctrina/articulos/ver/2072707/ Cita RC D 1946/2019.

La intervención del imputado en la audiencia de anticipo jurisdiccional de prueba y un reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe

5

Como era de esperarse, el fallo del que daremos cuenta, a pesar de su corto tiempo de vida ha despertado diversas opiniones y planteos procesales en torno a lo que dice y no dice respecto de la intervención del imputado en Cámara Gesell o por cualquier otro dispositivo[115].

Se trató de una queja por denegación del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la defensa contra la decisión adoptada en audiencia del 24/01/2020 por el Juez del Colegio de Cámara de Apelación en lo Penal de Rosario, Dr. Beltramone (CUIJ 21-08304583-0), por la que se resolvió confirmar la decisión la Magistrada del Colegio de Jueces Penales de Primera Instancia de Rosario, Dra. Castelli, que había hecho lugar a la petición de la fiscalía de anticipo jurisdiccional de prueba conforme los artículos 260 y 298 del Código Procesal Penal sin la presencia del imputado en la retrocámara, aunque situándose el mismo en la Alcaidía del Centro de Justicia Penal, con la posibilidad de la defensa de designar un perito psicólogo de control y siguiendo las pautas del protocolo secuenciado de interrogación.

Contra tal pronunciamiento, la defensa interpuso recurso de inconstitucionalidad, cuestionando dicho temperamento porque la denegatoria se basó

115 CSJSF, Res. del 15/09/2020 in re *"M., Miguel Ángel - Recurso de inconstitucionalidad en carpeta judicial: "M., Miguel Angel s/ abuso sexual simple y abuso sexual con acceso carnal agravado"* - (CUIJ 21-08304583-0) s/ Queja por denegación del recurso de inconstitucionalidad 21-00513063-5"

en que "las supuestas víctimas no serían libres de declarar de saber que el imputado está oyéndolas, sin que exista prueba que permita sostener esa "eventualidad" como un hecho por cuanto e informe del Equipo Interdisciplinario que prevé el Código y que el informe de la la psicóloga integrante del de la Fiscalía no aludió al eventual efecto de la presencia del imputado en otra sala". Agregó que la supuesta afectación a la libertad de la pretensa víctima para declarar -si está presente en el edificio el imputado- no era un hecho notorio, por lo que requería prueba, que no se había llevado a cabo en el caso, más aún considerando que el imputado estaba en prisión preventiva, dato conocido por la declarante.

Afirmó que, en todo caso, la arbitrariedad se derivaba de la desproporción entre medios y fines, dado que se utilizaba un "medio" (exclusión del imputado) para alcanzar un fin (que la declarante se sienta libre al hacerlo) que resultaba innecesario y exorbitante, pudiéndose lograr el mismo efecto con medidas menos gravosas y sin negar por completo el derecho de defensa. Concluyó que el "medio" elegido no satisfacía el "estándar de necesidad" y que el eventual temor se podía neutralizar aclarándole a la declarante que no existía riesgo de agresión física. Refirió que el Centro de Justicia Penal de Rosario contaba con circuito cerrado de televisión para garantizar la metodología propuesta.

Sostuvo también que debió emplearse la "Guía de Buenas Prácticas para el abordaje de niños/as y adolescentes víctimas o testigos de abuso sexual y otros delitos" de Unicef que consagra la presencia del imputado con la finalidad de poder formular preguntas a través de su abogado, recomendando que presencie el acto por circuito cerrado de televisión desde otra sala.

Señaló que tal guía era ampliamente reconocida y aplicada a nivel internacional -citando lo dicho por la Corte Interamericana de Derechos Humanos-, nacional y local. Alegó que el Juez confundió declaración en "Cámara Gesell" -como anticipo jurisdiccional de prueba- con "video conferencia" -que implica proyección de la imagen del imputado y permite su participación simultánea con lo que ocurre en la sala-; y que la alusión a que se solucionaría la situación con la colocación de una pantalla en la "leonera" para que el imputado escuche la declaración resultaba inviable -por sus escasas dimensiones-.

Finalmente, postuló que se había hecho una interpretación restrictiva del derecho de defensa, específicamente del derecho a interrogar a los testigos,

refiriendo las normas superiores que lo consagran y fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el mismo. Insistió en que, precisamente para que el imputado pueda ejercer este derecho, es que la referida guía prevé que antes de terminar la entrevista, quien está a cargo de ella salga de la sala y converse con las partes y el juez defina respecto de qué aspectos ahondar y qué preguntas realizar, y que a tales fines no es suficiente que se consulte al defensor -por desconocer las circunstancias fácticas del hecho-, por lo que sin la presencia del imputado no puede ejercer una adecuada defensa.

La decisión de la Corte fue la de seguir sus precedentes que, a su juicio, imponen el deber considerar las circunstancias sobrevinientes al momento de fallar.

Y en la especie, como el acto en cuestión ya se había llevado a cabo el 10 de marzo de 2020 los planteos de la recurrente carecían de interés actual; "con lo que no corresponde a este Tribunal emitir pronunciamiento, desde que la decisión judicial devendría inoficiosa e inútil...". Pueden citarse en este sentido diversas resoluciones[116].

Para el cimero tribunal santafesino no se dieron en el caso *"razones de gravedad que justifiquen apartarse del criterio expresado".*

Creemos lo contrario, que se perdió una buena oportunidad para que la Corte Santafesina hubiera seguido los precedentes que hacen excepción a tal criterio, cuando la cuestión es de trascendencia por su proyección hacia el futuro por cuanto en primera y en segunda instancia se observa una verdadera diáspora de criterios, máxime cuando la Cámara Penal de Rosario resolvió por la mínima mayoría -7 (siete) a 5 (cinco)- la inadmisibilidad de los Fallos Plenos en el actual sistema adversarial, muy a pesar nuestro.

Es decir la Corte debió, en nuestra opinión, "hablar" con la intervención de todos su miembros *obiter dictum,* como lo hizo en varios casos de trascendencia "por su rol institucional y de intérprete final de las garantías constitucionales"[117].

116 A. y S., T. 22, pág. 209; T. 54, pág. 99; T. 113, pág. 260; T. 146, pág. 32; T. 150, pág. 377; T. 225, pág.400; T. 234, pág. 118; etc.

117 CSJSF in re "M., MATÍAS EXEQUIEL -Recurso de inconstitucionalidad en autos: 'M., Matías Exequiel y otro s/ homicidio'– (expte. N° 21-06036583-8)", (Expte. C.S.J. CUIJ N° 21-00510547-9), 7 de marzo del año 2017: *"...Sin perjuicio de lo expuesto, no puede dejar de señalarse que se han generado problemas hermenéuticos no sólo en relación al último párrafo del artículo 305 relacionado, sino también -y con especial incidencia en el caso- en la previsión contenida en el artículo 326 del Código Procesal Penal. Ello justifica que esta Corte, por su rol institucional y de intérprete final de las garantías constitucionales, se pronuncie sobre la cuestión".*

Por ejemplo, entre muchos otros casos, citamos el caso F, A. L. en el cual la Corte Federal resolvió, no abrir el remedio federal sin perjuicio de emitir su opinión para el futuro[118].

En dicha medida autosatisfactiva la Corte actuó *obiter dictum*, una suerte de instrucción a los poderes administradores a fin de que reglamenten las prácticas de los abortos en caso de violación[119].

Pero esta idea que postulamos fue captada por los ministros Erbetta Y Falistocco, que más allá de coincidir con sus colegas en la ausencia de perjuicio actual ya que firman la decisión, realizaron el *obiter dictum* que citamos seguidamente: "...Sin perjuicio de lo expuesto, no puede dejar de señalarse que en lo sucesivo resulta esperable que al recibirse declaraciones asistidas en 'Cámara Gesell' como anticipo jurisdiccional de prueba, en lo posible, se respete el procedimiento establecido en la 'Guía de Buenas Prácticas para el abordaje de niños/as y adolescentes víctimas o testigos de abuso sexual y otros delitos' elaborada por la Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias Argentinas y Ciudad Autónoma de Buenos Aires, U.N.I.C.E.F. y la Asociación por los Derechos Civiles invocada por la quejosa".

Corto y simple. Así fue la intervención referida y contribuye a clarificar el asunto para el futuro en ambas instancias. Como era esperable, los fiscales entienden en las audiencias posteriores a este Acuerdo que no es la voluntad de la Corte sino de solo dos de sus miembros, temperamento que adoptan magistrados de ambas instancias que defendían criterios como el consagrado en la decisión de Cámara ventilada en la Corte.

Quienes opinamos doctrinal y judicialmente distinto obviamente interpretamos que este *obiter* es una palabra autorizada en la propia Corte, que a su vez consagra nuestra postura, puesto que la denegatoria fue resuelta por atentar contra contra la libertad de la víctima al saber ésta de la presencia del imputado o, cuanto menos, que tal está siguiendo *on line* las alternativas de sus discurso, y esto es otro paso adelante en el camino que venimos postulando.

Respecto de los que resuelven lo contrario, seguramente algunos serán im-

118 CSJN, "F. A. L. s/ medida autosatisfactiva", 13/3/2012. Decidió por mayoría, ratificar la línea de pensamiento del Máximo Tribunal Chubutense, no obstante que ya se había materializado la práctica abortiva para la cual había reclamado autorización judicial la madre de la menor violada y se declara inadmisible el recurso extraordinario.

119 CARBONE, Carlos Alberto "La medida autosatisfactiva llegó a la Corte Suprema en temas sensibles de familia" en Micro Juris MJ-DOC-6113-AR | MJD6113 17.12.12

permeables a lo decidido, pero debería ser por lo menos un faro de reflexión seria de los recaudos, controles y requisitos que postulamos para que no se genere ninguna de estas circunstancias que pueden alterar esa indemnidad del discurso, bastando con la omisión de anunciarle tal presencia, puesto que sería suficiente con que sea informada de la existencia de la causa judicial, de quien está imputado, etc.

La ley Nº 13.923 de la provincia de Santa Fe que crea el llamado abogado del niño: problemas de implementacion en materia de delitos de abusos contra la integridad sexual de menores

6

La referida norma santafesina que irrumpió a fines del 2019, sancionada el 28 de noviembre de ese año, pero recién publicada en el Boletín Oficial provincial recién el 17 de enero de 2020 en plena feria judicial[120], genera no pocos problemas en el proceso penal puesto que establece la designación obligatoria del rol conocido como *"abogado del niño"*, para lo cual prevé un mecanismo de selección de dicho profesional en el ámbito de los Colegios de Abogados existentes en la provincia.

Ello se debe a que, como su nombre lo indica, trata solo de la "Creación del servicio de asistencia de abogados y abogadas para la protección integral de niños, niñas y adolescentes", para lo cual crea en su artículo 2 un Registro de

120 Fue precedida por la ley 13.922 con igual fecha de promulgación, que en su Art. 1 instituye el día 19 de noviembre de cada año como "Día para la Prevención del Abuso de Niños, Niñas y Adolescentes" en el ámbito de la provincia de Santa Fe, con el objeto de reconocer y difundir esta problemática social. Y en el Art. 2 dispone: "A los efectos de cumplir con lo dispuesto en el artículo 1 de la presente ley, el Poder Ejecutivo Provincial, a través de la Subsecretaría de los Derechos de la Niñez, Adolescencia y Familia, Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de justicia y Derechos Humanos y el Ministerio de Educación de la Provincia de Santa Fe, deberán realizar programas y actividades de concientización y divulgación sobre esta problemática".

Abogados y Abogadas de Niñas, Niños y Adolescentes en el ámbito de cada Colegio de Abogados de la provincia de Santa Fe.

Su norte está plasmado en el artículo 1: "...tiene por objeto garantizar la prestación de los servicios de asistencia jurídica destinados a niños, niñas y adolescentes en procesos judiciales y procedimientos administrativos en que sean parte, en concordancia con la legislación vigente en materia de protección integral de sus derechos, toda vez que sean solicitados por los organismos administrativos, judiciales o por los propios niños, niñas y adolescentes, bajo el mecanismo que establece la presente ley".

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

El Comité de los Derechos del Niño ha señalado en su observación general al artículo 12 de la Convención (año 2009) como uno de los cuatro principios generales de la Convención, junto con el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida y el desarrollo y la consideración primordial del interés superior del niño, lo que pone de relieve que este artículo no solo establece un derecho en sí mismo, sino que también debe tenerse en cuenta para interpretar y hacer respetar todos los demás derechos.

Esta observación de Naciones Unidas sobre lo que debe entenderse el derecho del niño a ser escuchado es muy rica y minuciosa en las herramientas propuestas para que los estados miembros puedan brindar cabalmente tal derecho, de modo que recomendamos su lectura[121].

En realidad, esa presencia obligatoria de la novel figura abogadil no es patrimonio de los procesos en que se ventilen los delitos que más arriba mencionamos y los cometidos mediante violencia familiar o de género que remarca-

121 En la Sección Segunda ponemos a disposición del lector la muy rica y esclarecedora Observación General del Comité referido al art. 12 de dicha Convención.

mos en negrita en los ítems "b" y "c": **"ARTÍCULO 13.- Procedencia obligatoria.** En los casos que se detallan en el presente artículo, será obligatoria la convocatoria de un abogado o abogada del niño, niña o adolescente, no siendo la enumeración taxativa: a) en todos los procedimientos administrativos donde se dicte una medida de protección excepcional; **b) en los procesos judiciales en donde el niño, niña o adolescente haya sido víctima de delitos sexuales; y, c) en los procesos judiciales en donde el niño, niña o adolescente o personas de su medio familiar o centro de vida sean víctimas de violencia familiar o violencia de género**".

En un caso de abuso sexual contra una menor en que se encontraba imputado un familiar de ésta, y habiendo ya un acuerdo entre la querella, la defensa particular y la fiscalía en cuanto a fijar un procedimiento de suspensión de juicio a prueba, el juez de la investigación decidió suspender la audiencia el mismo día en que debía llevarse a cabo por entender que debía estar presente el abogado del niño estipulado en la ley, para lo cual solicitó la provisión al Colegio de Abogados de Rosario -en virtud de ser la sede territorial donde se ventilaba el hecho-. La entidad contestó que no se habían instrumentado todavía los mecanismos de inscripción de postulantes y las designaciones pertinentes, no obstante lo cual y ante el requerimiento del juez que designen a un abogado para cumplir dicho rol en el caso de marras, sus autoridades designaron a dos destacados colegiados, una especialista en minoridad desde las incumbencias minoriles y un especialista en derecho procesal penal pero de "mayores".

Y aquí surge el primer escollo, puesto el artículo 3 de la ley fija, entre otros antecedentes formales, en el ítem c) "acreditar capacitación específica en legislación en materia de protección de derechos de niñas, niños y adolescentes...".

Luego agrega su artículo 7 lo que debe entenderse como *capacitación específica*: "Se entiende por capacitación específica en legislación en materia de protección de derechos de niñas, niños y adolescentes, a los cursos que se dicten sobre la temática, cuyos contenidos deberán estar basados en criterios interdisciplinarios y transversales".

Este antecedente seguramente podrá ser llenado por varios postulantes, aunque no muchos desde lo formal, pero se necesita a su vez un manejo de parecido tenor en el proceso penal, lo que es más difícil de lograr aún ya que se trata de asesoramiento jurídico, es decir, que es requisito esencial esta especialización *interdisciplinaria y transversal.*

Es que el artículo 11 refiere que "Es función de los abogados y abogadas de niños, niñas y adolescentes: asistir, patrocinar y, en su caso, representar al niño, niña o adolescentes en los supuestos en que sea requerido".

En el caso que vamos a poner en conocimiento del lector se da cuenta de la revocatoria interpuesta por el Ministerio de la Acusación, rechazada por el juez de primera instancia, y de la apelación consiguiente en la que nos tocó entender como tribunal unipersonal.

La decisión de Cámara tiene su miga porque el suscripto la dictó de modo oral, por lo que la transcripción de la misma permite ver las bondades de la inmediación en la oralidad, los principios de simplicidad y celeridad que permiten no pocas veces la participación activa de los profesionales en la construcción de la decisión, sobre todo en la activación de los dispositivos formales y máxime en un tema inédito en el ámbito de la Cámara Penal de Rosario.

En la especie decidimos revocar la fundamentada decisión del *A quo* por no estar instrumentado por el Colegio de Abogados el mecanismo de selección que exige, para el ejercicio del rol referido, especiales capacidades en materia de asesoramiento jurídico en este tipo de procesos; sin perjuicio de instar a que las autoridades pertinentes encargadas de la reglamentación de esta ley prevean integrar las diversas lagunas de la norma, en particular respecto de la materia penal que los propios representantes del Colegio de Abogados designados *ad hoc* por el *A quo* junto con la fiscalía pusieron con razón de resalto: se deben precisar legislativamente, a nuestro juicio, la mayoría de las inquietudes tratadas en dicha audiencia.

Es que no debe olvidarse que a la fecha de lo resuelto tampoco se encontraba operativa la previsión del Artículo 8 de la ley, en cuanto dispone: "El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos ofrecerá cursos gratuitos de capacitación. Podrá para ello, efectuar convenios con el Colegio de Abogados, con el Centro de Capacitación judicial dependiente de la Corte Suprema de justicia de la Provincia y/o con la Universidad Nacional del Litoral, Universidad Nacional de Rosario u otras universidades oficialmente reconocidas que actúen en el ámbito de la Provincia".

Seguidamente damos cuenta de las decisiones de primera y segunda instancia, las que tienen desarrollo suficiente de los aspectos fundamentales del tema[122].

122 Causa CUIJ N° 21-08124532-8, caratulado "N., Ezequiel s/ abuso sexual simple" de trámite por ante el Colegio de Jueces de Primera Instancia del Distrito Judicial Nro. 2 de Rosario (Juez Dr. Gonzalo López Quintana) y el Colegio de Jueces de Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario (Tribunal Unipersonal Dr. Carlos Carbone).

A. La decisión de primera instancia (decreto, revocatoria con apelación en subsidio y auto)

El Juez de la Investigación Penal Preparatoria, en fecha 17 de junio de 2020, decretó:

"Rosario, 17 de junio de 2020. En virtud del interés superior del niño, conforme la normativa aplicable- que previo a la realización de la audiencia se otorgue intervención al Asesor de menores o Abogado del niño -conforme ley provincial nro. 13923- y a la Defensoría de niños, niñas y adolescentes de la Provincia de Santa Fe, a los fines de garantizar los derechos convencionales y legales que le asisten al menor en su calidad de tal, INFORME LA OGJ si se ha cumplimentado la mencionada orden judicial y en tal caso si se han expedido los funcionarios asignados, sobre los puntos requeridos. En caso contrario -habida cuenta de la suspensión de términos y demás disposiciones extraordinarias dictadas por el Supremo Tribunal provincial a raíz de las medidas de prevención sanitarias de público conocimiento-, SE DEBERÁ POSTERGAR LA CELEBRACIÓN DE LA AUDIENCIA correspondiente, hasta tanto se efectivice la intervención dispuesta en pos de garantizar la información adecuada y derecho a ser oído por parte de los niños víctimas en los hechos ventilados en el Legajo de mención. Notifíquese a las partes".- Fdo.: Dr. Gonzalo López Quintana (Juez).

La representante del Ministerio Público de la Acusación, Fiscal Dra. Nora Marull, interpuso contra la referida providencia el siguiente recurso, de fecha 21 de junio de 2020:

"INTERPONE REVOCATORIA

APELACIÓN EN SUBSIDIO

Rosario, 21 de Junio de 2020

Sr. Juez de la IPP

Dr. Gonzalo Lopez Quintana

S/D

Nora M, Marull, Fiscal del Ministerio Publico de la Acusación de la Segunda Circunscripción Judicial dentro del CUIJ 21-08124532-8 caratulado 'N. Ezequiel s/ Abuso Sexual Simple', ante VS me presento y digo:

OBJETO

Que vengo por el presente en legal tiempo y forma a interponer recurso de revocatoria contra el decreto de fecha 17 de junio de 2020, que reza 'Atento a lo informado en el dia de la fecha por la OGJ, y a fin de dar estricto cumplimiento a lo dispuesto por el arto 13 de la ley provincial 13923, postérguese la celebración de la audiencia prevista en el arto 24 CPP, hasta tanto se efectivice la intervención dispuesta por parte de los letrados designados por el Colegio de Abogados de Rosario a fin de que asuman las funciones previstas en el art, 11 de la citada ley Notifiquese a las partes y a los representantes del citado Colegio Profesional, Notifíquese a las partes.- (21-08124532-8).' FDO. Dr. Gonzalo López Quintana, en cuanto pospone la celebración de la audiencia de suspensión de juicio a prueba hasta tanto se designen letrados del Colegio de Abogados de Rosario, a fin de que asuman las funciones del Art. 11 de la ley 13923. Solicitando que se fije dicha audiencia sin mayores dilaciones.

En caso que se rechace el presente recurso dejo interpuesto en forma subsidiaria recurso de apelación para ser tramitado ante el Colegio de Jueces de Segunda Instancia. Todo de acuerdo a las siguientes consideraciones de hecho y derecho.

Fundo el presente recurso en los articulas 392 y 394ss y ccdts del CPPSF.

Relación suscinta de los hechos:

En primer lugar, es dable destacar que en este caso se trata de una niña victima de 11 años, M. R., que -**cuando tenía 8 años**- sufrió manoseos por encima de la ropa, por parte de un primo, el llamado N.; estos abusos habrian ocurrido en oportunidades en que ambas familias se reunían, y a raíz de una charla escolar sobre ASI, se lo cuenta a su mamá, la que realiza la denuncia, lo que inicia el proceso penal en el mes de mayo de 2019. En fecha 3 de Julio el llamado N. fue imputado del delito tipificado en el arto 119 primer parrafo del codigo Penal. Abuso Sexual Simple.

La niña comenzó tratamiento psicológico y, con el acompañamiento de su madre, se determinó que a fin de no revictimizarla, lo mejor era adoptar una salida alternativa al conflicto, habida cuenta la escala penal del hecho endilgado, y el estado emocional de la niña. Es asi que en el mes de febrero, se acordó con la defensa la presentación de un acuerdo de suspensión de juicio a prueba con varias reglas de conducta a cumplimentar por el imputado, que se relacionan con el hecho que motivó la denuncia.

Una vez solicitada la audiencia y fijada la misma, la Dra. BILOTTA, decreta lo siguiente:

Rosario, 05 de marzo de 2020.- A los fines de la celebración de la audiencia respectiva, para el tratamiento del beneficio de Suspensión de procedimiento a prueba incoado por las partes (arts. 76 bis y siguentes y 24 CPP SF), citese a la progenitora de la menor, a fin de ser oida de conformidad a lo previsto por el arto 80 inciso 10) de nuestro Código Procesal penal. Asimismo, dése intervención al Asesor de Menores en turno (ley provincial 13.923), quien deberá comparecer a la mencionada audiencia, en representación de los derechos de la niña. Notifiquese (1 21-08124532-8) .

A raíz de que la progenitora de la níña ya habia manifestado su voluntad de **no asistir** a la audiencia, y esta fiscalía ya contaba con la conformidad de Art. 80 inc 10, se solicito aclaratoria respecto de este hecho vía mail a OGJ, acompañando la **conformidad firmada**. Al respecto se dictaminó: 'efectuada consulta con la Dra. Bilotta, la misma expresó que se cumplimente con la medida dispuesta en el decreto oportunamente remitido y en consecuencia se cite a audiencia a la progenitora de la menor,-'. Por lo que se procedió a citar la madre de la niña.

La audiencia se canceló a raíz de la pandemia, y se volvió a fijar para la fecha 17 de Junio de 2020. Minutos antes de su celebración, y encontrándose la madre conectada aguardando la audiencia, la misma se suspendió por el decreto que impugnamos, fundando S.S que existía un escrito que había ingresado recientemente, del cual tanto fiscalia como defensa tenian total desconocimiento.

Hago especial mención, que el imputado estaba aguardando la audiencia en el estudio juridico del Dr. Tamous, y la madre de la niña -a pesar de su disconformidad porque no queria volver a escuchar todo lo ocurrido- estaba esperando orden para ingresar a la audiencia. Todo lo cual, se informó a S.S.

Posteriormente, se nos notifica el decreto -por el cual solicitamos la revocatoria con subsidiaria apelación-, y un dia después, llega el escrito que habia sido presentado por ante la Oficina de Gestión Judicial, cuyas presentantes resultaron MARIANA CARATOZZOLO, MARIA GABRIELA ROMAN y CLAUDIA BENOLIEL, Asesoras de Menores N° 1, 3 y 4 respectivamente, de Rosario.

Las mismas dictaminaron que no se encuentra dentro de las previsiones de los asesores de menores abocarse a la tarea por la que fueran convocadas,

no obstante lo realizaban en colaboración, pero habida cuenta de la La sanción de la ley 13923 se eximiria a los Asesores de Menores a participar de las audiencias tales como la que se nos convoca en la presente carpeta judicial, dado que se ha dispuesto por ley la participación en estos procesos de un abogado cuya función especifica será la de intervenir en protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.-

Solicito la revocatoria del decreto por las siguientes razones que a continuación expondre:

1,- No corresponde citar a la audiencia,ni a los abogados de los Derechos del niño, ni a los asesores de menores, YA QUE EXISTE RESPONSABILIDAD PARENTAL ademas de la representación que ejercemos los fiscales en orden a llevar adelante la acción o la selección de medidas alternativas del conflicto-cuando se trata de menores de edad.

Es inconstitucional tal citación. Con la EXCUSA de ir a favor de los NNyA Justicia restaurativa), ignoran la voluntad de sus propios padres, que DEFIENDEN a sus hijos y no cometieron ningun tipo de delito en su contra, y van en contra de los intereses de los NNyA.

La designación de abogados del niño en forma indiscriminada en todos los casos de abuso sexual, se contrapone con leyes de orden público, como son las que regulan la RESPONSABILIDAD PARENTAL.

Por otra parte, SUPONGO que eventualmente los abogados del niño, que oportunamente se designen tendrán que tener alguna INTERVENCIÓN CON LOS MENORES, se interiorizaran con el caso en concreto, lo que inexorablemente va a conducir a una nueva revictimización, no solo de los NnyA sino de todo el grupo familiar.

La aplicación de las normas requiere de una interpretación sistematica. No puede tomarse a 'pie juntillas' un articulo 13 de la ley 13923. Hacer una mera interpretación gramatical de la norma en el sentido literal sin tener en cuenta una interpretación sistematica en relación al contexto y logica atendiendo a la realidad social y tiempo en donde debe ser aplicada atenta contra el tan defendido Interés Superior del Niño.

La interpretación sistemática, según Bobbio, es aquella que basa sus argumentos en el presupuesto de que las normas de un ordenamiento o, más exactamente, de una parte del ordenamiento (como el derecho penal) constituyen una totalidad ordenada... y que, por tanto, es lícito aclarar una norma

oscura o integrar una norma deficiente, recurriendo al llamado 'espíritu del sistema' yendo aun en contra de lo que resultaría de una interpretación meramente literal.

Por otra parte, la 'RESPONSABILIDAD PARENTAL, Y DERECHO DE LOS NIÑOS A SER OIDOS', estan consagrados en tratados internacionales de jerarquia supranacional. La CDN, Articulo 14 .2. Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades.

La responsabilidad parental, que se encuentra regulada en el Art. 639 CCC se basa en los siguientes principios: *a) el interés superior del niño; b) ta autonomia progresiva del hijo conforme a sus características psícofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía. disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos;c) el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez.*

El nuevo Codigo Civil y Comercial realiza un reemplazo de la antigua figura de la Patria Potestad, realizando un cambio de paradigmas, y establece la llamada responsabilidad parental. LA MISMA TIENE COMO CARACTERÍSTICA que es irrenunciable, e inalienable. Los progenitores no son autores ni coautores de delitos (a) , no abandonaron a su hija (b), ni la esta n poniendo en peligro en su salud fisica o psiquica (e), sino todo lo contrario. *'En los supuestos previstos en los incisos a), b) y e) la privación tiene efectos a partir de la sentencia que declare la privación'*.

Sinceramente no veo la pertinencia de convocar al abogado del niño en este caso, habida cuenta que dichos abogados son **convocados**, y no operan de oficio en todas las causas. Es más, entiendo que se esta vulnerando una ley de orden publico al disponer -sin fundamento suficiente que acredite la pertinencia de tal intervención- que se releve a los PADRES de la niña de su representación como tutores legales de la misma.

A mayor abundamiento, ademas, la representante en el proceso penal de la niña victima, es esta fiscal, que desde el momento de la denuncia acompaña a la víctima y a su familia en el proceso penal, representándolos.

<u>La privación de la responsabilidad parental es de aplicación excepcional y fundada.</u>

2.-El decreto de aplazamiento y designación de letrados del Colegio de Magistrados para que representen como abogados del niño en el caso concreto que nos ocupa, es contrario al Interés Superior del Niño.

En el caso que nos ocupa, su Señoría tenía conocimiento, porque esta Fiscal le habia informado, que la madre de la niña, estaba presta para intervenir, si así lo exigieran en la fracasada audiencia, AUN A PESAR DE HABER PUESTO POR ESCRITO QUE NO QUERIA INTERVENIR.

La madre y la niña, SOLO QUERIA QUE SE REALICE LA SUSPENSION DEL JUICIO A PRUEBA, Y TERMINAR CON El PROCESO. Por whatsapp me hicieron saber la decepción de no haberse llevado a cabo la misma.

Por otra parte, se presentó el Dr. Lewis en mi Fiscalía, quien, junto con la Dra. Carmen Maidagan, habian sido designados "provisoriamente" (a pedido de la Dra.Araceli Diaz y hasta se confeccione una lista oficial), como abogados del niño, y me refirió en total acuerdo con esta Fiscal, que su prístino criterio seria que no tienen que intervenir cuando habia responsables parentales de los menores. Aclaro, que no vino a hablar por esta suspendida audiencia, ya que ni siquiera habían sido notificados.

3.- La convocatoria del abogado del niño en todos los procesos penales que involucren a niños ES DE IMPOSIBLE APLICACION, SIN UNA INTERPRETACION SISTEMICA DE LAS NORMAS. Este decreto, que impuso el Colegio de Jueces en todos los casos, (POR AHORA DE PROBATION) importa un retardo de acceso a la justicia por parte de las victimas, implica una vulneración al principio de TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, habida cuenta que no existe una estructura que permita implementar dicha figura sin dilatar los procesos y especialmente cuando se pretende aplicar a todos los casos en los que hay niños víctimas de abuso sexual.

No encuentro fundamento que pretendan que esté presente en una suspensión de juicio a prueba y no lo exijan en un juicio oral y publico? Cual seria la pauta imperante que se tiene en cuenta? A menor gravedad, mayor control? o tendremos nuevos veedores, en CASI LATOTALIDAD de los juicios en relación a delitos sexuales?

EL FISCAL ES EL RESPONSABLE DE REPRESENTAR ADECUADAMENTE AL MENOR y eso nos acarrea responsabilidades funcionales y laborales. A tal punto, es asi, que aun cuando los padres NO INSTEN LA ACCION PENAL, el fiscal igualmente lleva adelante la investigación y el proceso.

Como dato estadistico, solo durante el año 2019, ingresaron en nuestra Unidad Fiscal Especial, aproximadamente 2370 casos de abuso sexual, de los que podemos afirmar que el 90% tienen como victimas a NNyA Estamos hablando de más de 2100 casos con niños involucrados. Más de 2100 convocatorias Anuales al Colegio de Abogados para que ejerza su representación. Ello importa un desmedido uso de recursos y retardo de justicia para los NnyA, que ya son viclimas de un proceso penal engorroso, que intenta mejorarse, pero no deja de ser revictimizante, largo, extenuante.

Tambien, significa un desconocimiento del trabajo que la Fiscalía de Delitos Sexuales, realiza caso por caso. Se puede pensar con basamento suficiente que si se vislumbrara en el caso la realización de un procedimiento abreviado, o la posibilidad de llegar a juicio oral y público en tiempo razonable, alguna de Ixs fiscales realizaríamos suspensión de juicio a prueba?

Este instituto, se utiliza, cuando por las caracteristicas puntuales del caso, (gravedad del hecho, evidencias colectadas, colaboración y estado animico de la victima y sus representantes legales, reiteración del delito etc) no se percibe ninguna otra salida posible. Es decir la fiscalia se enfrenta a la NO DESEADA posibilidad de la inactividad del proceso por imposibilidad de avanzar y posterior archivo. Hace falta que expliquemos esta situación a la que nos enfrentamos? Les aseguro, que en los abusos simples, (lo menciono como ejemplo) poder llegar una probation es un éxito y que subyace mucho trabajo con la defensa, a los fines de poder celebrar la medida alternativa.

Teniendo en consideración que en el caso que nos ocupa se trata de un proceso que se encontraba a punto de ser resuelto, con acuerdo de la progenitora de la víctima, en aras de su Interes Superior, de no revictimizarla, de poder finalizar de una vez el proceso que ya hace un año que comenzó, la convocatoria a abogados del niño o asesores de menores, implica LO CONTRARIO a lo que apuntan las leyes y los tratados internacionales. Se priva de un efectivo acceso a la justicia.

4.- Nos agraviamos en la violación del derecho de la víctima a la tutela judicial efectiva, amparado por la CN art. 75 inc 22 y art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual exige no solo no dejar sin la protección jurídico penal a su derecho afectado por el delito, sino ademas que se prioricen sus intereses (entre los que se encuentra el de volver a estar en la situación que estaba antes de la comisión del delito).

El derecho penal tiene por fin la tutela subsidiaria de los intereses generales de la sociedad (como por ejemplo el arto 120 de la Constitución Nacional) penalmente simbolizados en los 'Bienes juridicos', pero que también debe tutelar los intereses concretos de la víctima y en condiciones de igualdad, ya que el delito no es solo una lesión a un bien abstractamente protegido como tal por la ley penal, sino que es también una lesión al derecho concreto del ofendido.

5.-Este aplazamiento de la audiencia importó una nueva revictimizacion secundaria. Se trata de una niña que se encuentra bajo tratamiento psicológico que, en su momento, con

el acompañamiento de su madre, **decidió NO declarar en Cámara Gesell**. para evitarse su revictimización, habida cuenta del resultado que se podría obtener en Juicio, y especialmente considerando la escala penal del delito endilgado. Es un ciclo que nunca termina de cerrar. Inicia cuando la niña tiene 8 años, y aun ahora, que tiene 12 años, importa un proceso judicial abierto, enemistades familiares, perdida de afectos, sentimientos de culpabilidad. Un ciclo que nunca termina, y parece cada vez más victimizante, porque se cita a la madre a comparecer, se genera un movimiento en la familia, que la niña observa y siente. Se condicionan las emociones de las personas al devaneo del proceso judicial, que se aplaza una y otra vez, no dejando que las heridas puedan continuar su curso de resolución.

La víctima está siendo privada de obtener una respuesta real y efectiva.

La razón principal por la que el Estado debe perseguir el delito es la necesidad de dar cumplimiento a su obligación de 'garantizar el derecho a la justicia de las victimas' RECORDEMOS POR SIEMPRE **EL FINAL DEL 'CASO GONGORA'**. La CSJN rechazo la probation, (que tenia conformidad de la victima), y posteriormente a TODO EL DERROTERO JUDICIAL, la causa PRESCRIBIO.

El convencionalismo nos exige ESCUCHARA LAS VICTIMAS.

6.- La convocatoria indiscriminada del abogado del niño a TODOS los procesos de abuso sexual resulta lesiva al principio acusatorio- Art 120 Constitución Nacional Como ya se dijo, el año 2019 trajo más de 2100 casos con abusos sexuales que tienen a niños como parte, lo que implicarla 2100 convocatorias a abogados del Niño.

La pregunta es: Si vamos a hacer una interpretación sin discriminar, entonces en el 90% de las causas de delitos sexuales van a tener que intervenir los abogados del niño? Es decir que los fiscales que somos representantes de los

intereses del niño en estos casos, porque llevamos adelante la instancia de la acción, a punto tal que se puede prescindir de la instancia penal de los progenitores a partir de la reforma, tenemos que tener un veedor que sea el defensor del niño? Que estructura se necesitaría para el caso de que intervengan sin discriminar en todos los casos, aun habiendo progenitores y sin fundamento de por qué no? Porque no es un delito cometido por los progenitores en contra de los niños. Si hacen una interpretación estricta del articulo 13 e la ley 13923 estaremos en una situación de SUMA COMPLICACIÓN por el volumen de casos que ello implica.

En el sistema acusatorio, además, se encuentran establecidas las funciones de las partes. El titular de la acción penal es el fiscal, quien lleva adelante el proceso. Si analizadas las evidencias, y la situación del caso pormenorizadamente, entendiendo las particularidades del caso, que ya fueron expuestas en el escrito de suspensión, como también en el suscinto relato de los hechos, esta fiscalia decide, con acuerdo de la progenitora de la menor, y de la defensa, la aplicación de una resolución alternativa es porque se encuentra dentro del ámbito de su competencia realizarlo. Todo lo cual deberia conducir a hacer lugar a la suspensión de Juicio a prueba sin mayores dilaciones, considerando el fallo 'Quiroga' del Máximo Tribunal de la Nación (Art 120CN)

7.- El decreto de SS carece de suficiente fundamento, deviniendo en arbitrario para el caso concreto. Habida cuenta las consideraciones anteriormente fundadas, y utilizando por analogia el arto 95 de la Constitución Provincial en cuanto reputa la necesidad de suficiente fundamentación de las decisiones judiciales.

Por lo tanto solicito a S.S se revoque el decreto que aplaza la audiencia de suspension de juicio a prueba, convocando a la misma a la brevedad posible con la conformidad (escrita o presencial -por zoom-) de la progenitora de la niña, sin presencia del abogado del niño, ni de asesorxs de menores, por no estar dentro de las previsiones de vulnerabilidad extrema por existir responsabilidad parental activa.

Hago reserva para ampliar mis agravios ante el Colegio de Jueces de 2da Instancia en caso no hacerse lugar al recurso de reposición.

PETITORIO:

Por lo expuesto a VS solicito:

1,- Se tenga por interpuesto los recursos de reposición contra el decreto de fecha 17 de Junio de 2020, del Dr. Lopez Quintana y se convoque en forma ur-

gente a audiencia de Suspensión de Juicio a Prueba, con la sola conformidad parental, sin intervención de asesor de Menores, ni abogados del niño.-Fundo el presente recurso en los artículos 392 ss y ccdts del CPPSF.

2.- Para el hipotetico caso, que no se revea el decreto contra el cual se Interpone revocatoria, solicito en forma subsidiaria la interposición del recurso de apelación (art. 394 ss CPPSF).Se hace las reservas de recurrir a instancias extraordinarias y de acudir a tribunales internacionales. ley provincial 7050 y nacional 48).

POR SER JUSTO". Fdo.: Dra. Nora Marull (Fiscal).

Ante tal planteo, el A quo resolvió[123]:

"Rosario, 7 de julio de 2020.

Y VISTOS: la carpeta judicial N° 21-08124532-8 de carátula "N., Ezequiel a/ abuso sexual simple" y el recurso de revocatoria con apelación en subsidio presentado por la Fiscal Dra. Marull contra el decreto de fecha 17 de junio de 2020.

DE LOS QUE RESULTA QUE: la representante del MPA presentó un recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra el decreto de fecha 17 de junio de 2020, en el cual se ordenó diferir la audiencia fijada para el tratamiento de la suspensión del juicio a prueba a favor del imputado Ezequiel N. y dar intervención al Asesor de Menores o Abogado del Niño, previsto en la ley 13.923, y/o a la Defensora de niños, niñas y adolescentes de la Pcia. de Santa Fe, y contra la providencia posterior de la misma fecha, que postergó la celebración hasta tanto se efectivizara la intervención de los letrados designados por el Colegio de Abogados de Rosario para asumir las funciones previstas en el art. 11 de la ley 13.923.

En fecha 23 de junio de 2020, se corrió traslado al Colegio de Abogados, a los Asesores de Menores y al Defensor del imputado Ezequiel N., el Dr. Rafael Tamous, al efecto de garantizar la participación de todos los interesados en relación al punto del cual se agraviaba la Fiscalía.

A la vez, mientras se hallaba corriendo el término de contestación, se tuvo por designados a la Dra. Carmen Maidagan y al Dr. Juan Lewis como abogados de la niña M.M.R, en los términos del art. 13 de la ley provincial 13.923.

Finalmente, en fecha 26 de junio de 2020, el Dr. Rafael Tamous adhirió al

123 Res. N° 652 T° LI F° 227/229 del 07/07/2020.

planteo de la Dra. Marull. Agregó por su parte, que la ley 13.923 no debía ser aplicada ya que fue sancionada con posterioridad a los hechos del caso e invocó el principio de irretroactividad de la ley penal.

Seguidamente, el presidente del Colegio de Abogados, Dr. Carlos Ensink, realizó un descargo efectuando consideraciones sobre los alcances de la ley 13.923.

Agotados los términos y habiéndose presentado las postulaciones de todos los intervinientes, corresponde expedirse sobre el recurso incoado.

Y CONSIDERANDO QUE:

I) La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN, en adelante) fue incorporada a nuestra legislación en el año 1990 por ley 23.849, y luego dotada de jerarquía constitucional por la reforma de 1994. En consecuencia, a raíz de las sugerencias realizadas por Comité de los Derechos del Niño, Argentina adecuó su legislación interna en la materia, sancionando la ley 26.061 que significó un cambio de paradigma, caracterizado por centrar la atención en la personalidad del niño y en su reconocimiento como titular de derechos. A su vez, la provincia de Santa Fe sancionó la ley 12.967, que organizó un sistema de protección integral, divorciado de la nociones de tutela y patronato, que incluía la ley nacional 22.278. Dentro de este esquema normativo, se insertó la ley recientemente sancionada n° 13.923, que reglamentó el art. 12 de la Convención, los arts. 5, 24 y 27 de la ley 26.061, y los arts. 4 y 25 de la ley 12.967, es decir, el derecho de ser oído y participar activamente en todos los procesos en los que el niño, la niña o el adolescente tengan interés como partes o víctimas.

Por ello, debe desestimarse el planteo defensista según el cual la aplicación de la ley 13.923 implica la violación del principio de irretroactividad en materia penal, toda vez que ella vino sólo a regular un derecho ya previsto hace décadas en la legislación nacional. Igualmente, la falta de una nueva reglamentación aludida por el representante del Colegio de Abogados no puede ser excusa para no garantizar la participación de la niña, toda vez que Poder Judicial ésta discusión fue superada a partir del fallo de la CSJN 'Ekmekdjian, M.A vs Sofovich, G y otros s/ recurso de hecho', de cuya doctrina se dedujo que no corresponde distinguir entre derechos operativos y programáticos, y porque ello significaría un incumplimiento de los Artículos 2 y 4 de la CDN, de los arts. 1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos y de los arts. 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Este panorama normativo ha venido orientando las decisiones judiciales y ello explica que en reiteradas ocasiones previas a la sanción de la ley 13.923 se haya convocado a los Asesores de Menores de este Poder Judicial para asistir, presenciar y acompañar los actos judiciales en los cuales participaban personas que no contaban con dieciocho años de edad, como por ejemplo, recepción de declaración testimonial en Cámara Gessel. Incluso, en el mes de febrero del corriente año, se admitió que un abogado del Centro de Asistencia Judicial participara en un debate de juicio oral en representación de un joven de 13 años, sin haberse constituido en querellante, y haciendo aportes sólo en cuanto a lo que era la opinión de su representado (CUIJ 21-06983886-0).

En este sentido, el denominado 'abogado del niño' que prevé la legislación provincial vendría de alguna manera a subrogar el lugar que antiguamente ocupaban en estas situaciones los Asesores de Menores, cuya participación en los presentes no fue cuestionada por la recurrente frente al decreto de fecha 5 de marzo de 2020 de la Dra. Bilotta que los convocaba.

Arribados a este punto, vale decir entonces que el legislador provincial, de conformidad con lo dispuesto con la normativa internacional, estableció en el art. 13 de la ley 13.923 situaciones en las cuales particularmente le interesa que el niño, niña y/o adolescente se encuentre representado por un profesional especializado y pueda, de esta forma, ser oído en un proceso judicial, asignándole a esto carácter obligatorio, toda vez que presume jure et de jure la necesidad de esa intervención. El caso sub examine, es captado al menos en el inciso b de la normativa citada, toda vez que de acuerdo a las aseveraciones de la fiscalía, la niña MMR habría sido víctima de un delito de abuso sexual. La opción legislativa constituye en sí una política pública tendiente a morigerar la desigualdad en la que se encuentran los niños, niñas y adolescentes, por su condición de sujetos en desarrollo.

Así planteadas las cosas, la interpretación que se realiza no resulta incompatible con el régimen de responsabilidad parental. Se ha dicho en innumerables ocasiones que se debe buscar, ante regulaciones aparentemente contradicciones, una forma de armonizarlas, siendo la declaración de inconstitucionalidad una solución de última ratio. Aquí, me permito recordar que la tanto la ley 23.061 en el último párrafo del art. 4, como el Código Civil y Comercial definen el contexto general, al que sistemáticamente deben ajustarse las reglas de la responsabilidad parental. De hecho el art. 639 CCC supedita el ejer-

cicio del instituto al *a) interés superior del niño, b)a la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos; c) el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez.*

Por esto, debe descartarse la posibilidad de que sean los padres -en este caso, sólo la madre-, quien invocando normas civiles aisladas se arroguen la facultad exclusiva de hablar en nombre de sus hijos.

Tampoco el interés punitivo del Estado, en cabeza del MPA, suple el interés infantil. Es claro que la opinión de aquéllos ha de ser valorada por los Magistrados llamados a decidir sobre la mejor solución del conflicto que involucra al niño, niña y adolescente conforme al interés superior. Sin embargo, el asunto no puede ser aprehendido desde la noción de representación, que implica Poder Judicial hablar en interés de otro, sino de que la niña hable por sí, ejerza ella misma sus derechos. El 'abogado del niño' no es un veedor del proceso, sino que constituye la posibilidad real de que MMR ejerza sus derechos.

Esta perspectiva adquiere especial relevancia en el supuesto actual, en el que, de acuerdo a lo informado por la Fiscalía, la madre de la niña es la hermana del imputado y la denuncia significó 'enemistades familiares, pérdida de afectos, sentimientos de culpabilidad.' Podría ocurrir, ante esto, que el interés de la niña, quede confundido, distorsionado o subordinado al familiar.

Por último, resta decir que no se desconocen las dificultades denunciadas por la Fiscalía que podrían proyectarse sobre la estructura y funcionamiento del sistema penal pero, es dable suponer, que el legislador, al instaurar de manera imperativa la participación del abogado del niño, lo ha hecho conociendo aquellas, no obstante lo cual, para dar adecuado cumplimiento a los compromisos internacionales, optó por su participación. En consecuencia, tal previsión normativa deberá, lejos de ser concebida como obstáculo, resultar un desafío práctico a resolver en el camino de la ampliación de derechos y del sistema acusatorio.

II) Respecto del recurso de apelación interpuesto en subsidio, corresponde su concesión en atención a los presupuestos de procedencia del art. 394 CCP y, en función de lo previsto en el art. 387 del C.P.P., suspenderse la realización de la audiencia para evaluar la procedencia del beneficio intentado, hasta tanto se expida el Colegio de Jueces de Segunda Instancia.

Por todo lo expuesto,

RESUELVO:

I) Rechazar el recurso de reposición interpuesto por la Dra. Marull contra los decretos de fecha 17 de junio de 2020.

II) Conceder el recurso de apelación interpuesto en subsidio (art. 394 C.P.P.)

III) En función de lo previsto en el art. 387 del C.P.P., suspender la realización de la audiencia para evaluar la procedencia del beneficio intentado, hasta tanto se expida el Colegio de Jueces de Segunda Instancia.

IV) Insértese y hágase saber". FDO. Dr. Gonzalo López Quintana (Juez Penal de Primera Instancia).

B. La decisión de segunda instancia (audiencia transcripta)

Abierto el recurso de apelación, se llevó a cabo la audiencia de apelación y se resolvió en la misma oportunidad el planteo formulado. A continuación transcribimos la versión taquigráfica de la audiencia respectiva[124]:

"Juez Dr. Carbone (J): Vamos a empezar la audiencia de apelación en la carpeta 21-08124532-8 que se sigue al señor N. Ezequiel por el delito de abuso sexual simple y que vino en apelación ante la postergación de la celebración de la audiencia que se había solicitado por las partes por una posible probation con el objeto de garantizar la presencia del abogado del niño de acuerdo con lo que resolvió el juez de primera instancia. El tribunal esta integrado por quien les habla Dr. Carlos Carbone por la Cámara de Apelaciones, vamos a pedir a las partes que se identifiquen para el registro.

Fiscal (F): Dra. Norma Marull. MPA.

Defensa (D): Dr. Tamous, Rafael.

Imputado (I): N. Ezequiel, 29 años.

Colegio de Abogados: Dra. Carmen Maidagan y Dr. Juan Lewis.

Juez: Señora Fiscal no veo a la mamá de la víctima. ¿No la convocaron?

F: Sí, pero no, no está. Sabe que había una audiencia hoy.

J: Dra. Marull Ud. ha sido la apelante.

124 Res. registrada bajo N° 518 T° XII del 29/09/2020 in re *"N., Ezequiel s/ abuso sexual simple"*, CUIJ N° 21-08124532-8. Tribunal unipersonal Dr. Carbone.

F: Sí.

J: La escucho entonces.

F: Gracias SS. En primer lugar voy hacer una relación suscinta de los hechos para que sepamos de que caso estamos hablando, el 13 de mayo del 2019 se formula una denuncia por parte de Graciela N. que es la hermana del señor imputado Ezequiel en relación a un abuso sexual, que esta fiscalía consideró simple en perjuicio de su hija M.R. que en aquel momento tenía 11 años y N. Ezequiel tenía 25 años. El abuso se imputó en fiscalía, en sede de la fiscalía en julio, el 3 de julio, es decir, paso un mes aproximadamente, se hicieron algunas medidas investigativas con el colegio y algunas intervenciones y se le imputó por abuso sexual simple por haber hecho manoseos sobre el cuerpo de la niña en reiteradas oportunidades. También a partir de ahí se hablo con la madre, porque la niña estaba bastante reticente, no quería, si bien tuvo una intervención la psicologa del equipo interdisciplinario del MPA, no quería seguir, no quería ir a la Cámara Gesell que era el paso siguiente que nos tocaba hacer, por decirlo de alguna forma. Habíamos acordado incluso poder hacer la Cámara Gesell, lo mismo que medidas cautelares alternativas de la prisión preventiva. Se acordó todo de común acuerdo con el Dr. Tamous, incluso posteriormente al vencimiento de estas cautelares, que por supuesto las judicializamos y salio un decreto ordenándolas. Se hizo una prórroga de las medidas cautelares. Así los hechos, coordinamos con total acuerdo de la madre de la niña el poder hacer una suspensión de juicio a prueba. Quiero decir, que el imputado tiene características psicológicas intelectivas especiales, no quiere decir con esto que no tenga capacidad para estar en juicio o para comprender la criminalidad de los actos, pero si el Dr. Tamous nos acerco algunos informes en relación a algunas patologías. Lo mismo nos indicó la madre de la niña, que en aquel momento tenía 11 años. Así fue que hicimos un acuerdo de suspensión de juicio a prueba en fecha 18 de febrero del 2020, presentamos este acuerdo, en este acuerdo había pautas, reglas de conducta y también alguna, había por supuesto que es casi lo que mas prioriza la fiscalía nuestra de delitos sexuales que es intentar una recuperación o una educación en orden a la índole sexual, era la asistencia a un taller de ofensores sexuales. También una reparación que en aquel momento eran tres pagos consecutivos de $10.000, del monto de $30.000 para ser depositado para la niña en la cuenta de la madre, para ser asignados a la niña. Así las cosas, la Dra. Bilotta y a raíz de que como todos sabemos el 28 de noviembre de 2019 se dicto la ley 13.923 y posteriormente el 17 de

enero de 2020 se promulgó y comenzó a ser ley. La Dra. Bilotta ante esto saca un decreto diciendo que se le corra vista por el abogado del niño a los Asesores de Menores. Los Asesores de Menores se presentan diciendo que no era una facultad de ellas, de ninguna manera que esto estaba a cargo del Colegio de Abogados. En el interin, el tiempo empezó a pasar, primero se había fijado una fecha de audiencia en marzo que a partir de la pandemia extrema del aislamiento extremo se suspendió y posteriormente se fijó otra fecha el 17 de junio del 2020. Cuando llegamos a la audiencia nosotros ya teníamos la conformidad de la madre de que no iba a intervenir, en este caso abogado del niño. Habíamos de acuerdo al art. 80 inc. 10 CPP hecho todos los recaudos, ella no quería estar en la audiencia. No obstante y atento a esta situación que se estaba dando sobre la marcha, porque esto fue y lo saben los Dres. Lewis, Maidagan y Tamous, el mismo día que empezamos a ver como hacemos con el tema del abogado del niño, las Asesoras no quieren estar. La madre tampoco, ella tampoco quería celebrar la audiencia, que se apruebe esta suspensión de juicio a prueba, que al ser un conflicto intrafamiliar, le trajo infinidad de conflictos, aledaños al conflicto central del abuso sexual en perjuicio de su hija. Estando sentados en la audiencia de Zoom esperando su inicio, la habían asignado en esa audiencia al Dr. Lopez Quintana, incluso la madre que nos había dicho al principio que no quería estar, le dijimos mira hay un problema con el abogado del niño, queremos que estés para que vos des conformidad que aun cuando no este el abogado del niño vos das conformidad para esto. Quiero decir también el momento en donde ella también le significaba para su hija una reparación económica mínima pero también estaba presente esta situación. Todas las partes sentadas en audiencia de Zoom y sale un decreto de aplazamiento de la audiencia porque no estaba comparecido; estaba comparecido pero no estaban presentes los abogados del niño. Posteriormente a esto, presentan un escrito los abogados del niño diciendo, después lo dirán ellos -palabras más, palabras menos-, que en este caso no correspondía intervenir. La madre estaba de acuerdo en que no intervenga. Así fue como sacó ese decreto, interpusimos una revocatoria a ese decreto y apelación en subsidio. Bueno, a partir de aquí y por este caso y por otros casos que tanto Juan como Carmen intervinieron, se empezaron a suscitarse una serie de reuniones con el Colegio de Jueces, llevando la iniciativa fundamentalmente Silvia Castelli pero también otros Jueces presentes, el Dr. Serjal en aquel momento, el Dr. Baclini, yo invite a todos los miembros de mi Fiscalía solamente de delitos sexuales. Mi fiscalía esta compuesta por delitos sexuales y genero pero en las

primeras reuniones como me invitaban a mi, lo hice extensivo a mis compañeras de delitos sexuales que también fueron, el Dr. Baclini, el Dr. Ensinck y los Dres. aquí presentes. Se puso sobre la mesa las distintas dificultades que traían aparejada esta ley. Esto se produjo en dos oportunidades, hubo dos reuniones de este carácter, nosotros también le hicimos una nota al Dr. Baclini especificando de alguna manera los inconvenientes al grado de la inaplicabilidad como ya lo voy a explicar de esta ley en el marco del Derecho Penal y de nuestra UF especial. También hable muchas veces, con la Dra. Bibiana Alonso como Coordinadora de la Cámara de Apelación a los fines de intentar un contacto con los Jueces de Primera Instancia que estaban sacando cada Juez el decreto que mas le parecía, algunos sí, otros no, a otros le parecía que era obligatorio, otros que no y recopilé muchos decretos diferentes. Generalmente, al principio apuntaron a las probation, no se bien porque si a menor gravedad, mayor custodia. Posteriormente, hubo también algunas citaciones a juicios como pasó en el caso de la Dra. Carrara en un juicio muy, muy grande que tenia Alejandra Raigal con 8 víctimas, que se los invitó a los abogados del niño que finalmente tomándole la Dra. Raigal la conformidad que no querían que esté el abogado del niño porque lo que querían era que no se atrase el juicio porque ya empezaba, el juicio se hizo igual con esa precaución, por decirlo de alguna forma que tomó la Jueza de la audiencia preparatoria de juicio, no los jueces en sí. También hable con gente que es 'el padre de la criatura'. Que es quien hizo el proyecto de ley, ese proyecto de ley se hizo por este diputado Henn, pero con el apoyo de distintos fuerzas como Mayer, Del Frade, Martinez, Borcarol, todos por unanimidad votaron esta ley. Esta ley cuando se gestó, que fue muy de la mano del Dr. Molina, antes Juez de Familia, actualmente Camarista Civil, se le dio intervención a toda personas del ámbito civil, de familia, a punto tal que hubo reuniones previas para tratar todos los vericuetos de la ley tanto con el Juez Molina como un Juez de Santa Fe. Es más, el Dr. Henn me dijo que la ley no tenía este articulo 13 que desde ya adelanto voy a pedir la no aplicación y la inconstitucionalidad del artículo 13 en relación al Derecho Penal, pero que la ley pasó por la Comisión de Derechos Humanos y entre los que promovieron este agregado fue una diputada Gutierrez que lo toma de alguna manera, digamos se intentó hacer una equiparación o un respeto para mi, mal concedido, absolutamente de Tratados internacionales. Que yo creo que en este caso y con nuestra materia Delitos contra la integridad sexual y de genero se le hace una interpretación estrictamente al revés de lo que es el interés superior del niño, que es lo que plantee en todas y cada una de las re-

uniones. En primer lugar, entiendo que la ley tiene varios artículos primeros, todos los primeros artículos, del art. 2 al art. 11, no están operativos definitivamente, no están operativos. Tal es así que recientemente, el Colegio de Abogados en un caso mio, también M., que da la casualidad que la victima si quiere abogado del niño, entonces le corrimos vista hace bastante y se le dio intervención, es que nos explican que no está operativo porque no están dados los requisitos que en la ley establecen: o una capacitación especifica, un proceso de selección y de designación especifico. Ofrecen subsidiariamente a los Dres. Carmen Maidagan y Juan Lewis, que todos sabemos que tienen vasto conocimiento, pero no el proceso de selección y terna y demás con capacitación, amplia capacitación, no un cursito. Porque esto es una materia verdaderamente que es muy ardua y muy difícil de terminar de desentrañar. Quienes estamos en esto hace años lo sabemos. Y de esto lo que yo les decía, que a nosotros las probations capaz que nos cuestan más que un juicio, porque cuando nosotros tenemos un abuso sexual con acceso carnal, con desfloración, con muestras biológicas, con ADN, no es fácil. Acá nosotros, nuestra Fiscalía, tiene una materia que es para realmente para hacer un tratamiento diferente a todo. No puede una concepción civilista *de vamos a oir al niño* que es el ABC de nuestra fiscalía *oir al niño* , por eso la Camara Gesell, por eso las mininas intervenciones. Pero no nos olvidemos que cuando un niño devela un abuso primero develó en el ámbito de confort, en su familia, en su colegio, en su ámbito de confort. Posteriormente, probablemente lo haya tenido que develar a una psicologa ante el MPA o de la Comisaría de la mujer para tener el relato, para saber qué imputar, para saber hacia dónde vamos. Después lo tuvo que contar probablemente en una Camara Gesell adelante, aunque no estén adelante, siendo escuchados por un Juez, por un Asesor de menores que es una practica que se fue imponiendo, vaya a saber porque, que es el terror que nuestra fiscalía tiene con esta ley, el defensor, un perito de parte, la madre, el padre. Entonces, este objetivo que tiene la ley que también nos trae muchísimas dudas porque el objetivo de la ley es asistir, quiero decirlo. Bien, el objetivo de la ley como decía en el art. 11 habla *de asistir, patrocinar y en su caso representar al niño, niña o adolescente en los supuestos que fueren requeridos*. Lo dice específicamente. Entonces acá la pregunta es, ¿se puede? Porque muy insistentemente en las reuniones nos hablan de que el abogado del niño va a ser la voz del niño. Pero para ser la voz del niño tiene que tener una intervención mínima y, con un niño que ha sido victima de abuso sexual, que mínimamente tiene que hablar acerca de las consecuencias si bien no hablan

del hecho en si, de algo en relación a esto, no va hacer de una intervención y va hablar de los pajaritos de colores, obviamente que no. Entonces, estas intervenciones, claramente son revictimizantes para los niños y esto de la autonomía progresiva nosotros somos los primeros en respetarlos. Cuando un niño tiene 15, 16, 17 años, nosotros los fiscales, somos los primeros en respetar lo que el niño nos dice o lo que dice en la Cámara Gesell o lo que pretende de esta intervención judicial.

J: Le hago una pregunta, Ud. dijo que después de este caso hubo otros.

F: Sí.

J: ¿De parecido tenor?

F: Muchos.

J: ¿Se llegó a alguna intervención en concreto del abogado del niño que están representando los Dres. aquí presentes?

F: No. En mi caso, el Dr. Lewis sabrá, en mi caso, el caso M. sí están comparecidos pero nada más. No tiene una intervención, por el contrario.

J: Dra., en este caso concreto ¿Cómo todavía, cómo imagina o cómo piensa, o cómo es su parecer cómo va a ser la intervención de los abogados del niño en su caso? Porque acá tenemos una audiencia de *probation,* entonces el juez quería que se comunique, que aparezca el abogado del niño en esa audiencia para cumplir los fines de la ley. ¿Como imagina ud. que será esa intervención? Porque Ud. que tiene muchos resquemores justamente, al contacto directo que tendría el abogado del niño con la victima. Ud. concretamente a los abogados del niño y a la defensa. ¿Como imagina que sería la intervención?

F: en este caso puntual, entiendo que no podría haber una intervención por lo siguiente y es muy puntual: el abogado del niño, salvo cuando hay medidas excepcionales o sea cuando interviene Niñez con una medida excepcional, el abogado del niño genera honorarios, el art. 15 habla de honorarios. En este caso, de ninguna manera la madre podría, ni estaría dispuesta a pagar ningún honorario, amén que tampoco requiere para su hija una abogado del niño, pero es una barrera en relación a que ella no va a pagar un abogado del niño. Mas allá que nos digan no le vamos a pagar, la ley dice otra cosa. Entonces ha pasado, no en mi caso solamente sino ha pasado y el Dr. Lewis lo sabe, en un abreviado que se suspendió, quedó en *stand by* porque el abogado del niño entiendo que le ofreció, no se, ya lo contara el dr. Lewis, le ofreció una

indemnización que el imputado no tiene para dar, de manera tal que es una probation en el caso de Oscar S. no tenia para dar, hace 6 meses eso quedo en stand by. También en una probation, en el caso de Oscar G., la niña es K.A., tampoco se pudo hacer el abreviado, directamente no se pudo hacer y haya otros caso, como el caso mio M., que estoy esperando porque la madre dijo sí. Nosotros entendemos, yo entiendo, que el art. 13 de la ley habla de la obligatoriedad de la intervención de un abogado del niño. Entiendo que ese artículo en los casos de niños, niñas, adolescentes que hayan sido victimas de delitos sexuales, es decir 90% de las causas nuestras, este año tuvimos 2365 causas. 2100 son niños, niñas y adolescentes, y esto es peor aún. En los proceso judiciales en donde niño, niña, adolescente o persona de su medio o centro de su vida o persona de su medio familiar, sean victimas de violencia familiar o de violencia de género, ergo el 100% de las causas de género actualmente, a hoy, lo hice los números para esta audiencia, tienen más de 10.000 causas activas de violencia intrafamiliar. Entonces, ¿se puede aplicar un art. 13 donde el título es procedencia obligatoria de un abogado en forma obligatoria a todos los casos de ASI y a todos los casos que haya violencia familiar y que para colmo ello genere honorarios? Esto es absolutamente inconstitucional, por muchas cosas: primero porque va en contra de los mismos convenciones, Tratados Internacionales y Convenciones que argumentan a favor, porque van en contra del art. 14 de la Convención de los Derechos del Niño. Porque en ese articulo primero le da la responsabilidad a los padres, acá hay responsabilidad parental y esa responsabilidad parental también tiene jerarquía constitucional. Entonces el primero de convencionalidad, también rige para los padres que ningún de los dos está sospechados de encubrir un caso de abuso sexual como en este caso, de ninguna manera y aun cuando porque muchos de los casos son dentro del seno familiar, el padre, por ejemplo que abusa sexualmente alguno de los hijos pero la madre quien tiene la responsabilidad parental es la que denuncia, es la tiene una actividad proactiva en este sentido. Por que le vamos a sacar y le vamos a dar al abogado del niño esta facultad, que la madre decida nos ha pasado de Carla Cerliani que llama por teléfono en cumplimiento de algún decreto de alguno de los jueces que sacan todos los decretos que cumplan con la ley y le dicen la madre, yo no te voy a pasar con mi hija de ninguna manera, mi hija habla con vos y se queda llorando 3 horas porque no quiere esa situación. Entonces, amén de que aparentemente el hecho, el objeto: el asistir, patrocinar son dos facultades que tienen casi sin derechos. Es decir son dos derechos que tienen casi sin facultades, yo puedo llegar

y decir no, yo quiero una reparación económica, bueno, pero ¿vos acusaste? No. ¿Vos estuviste en la imputativa? No. ¿Vos fuiste al juicio? No. Pero entonces. Esta ley y este artículo 13 que habla de la obligatoriedad, va en contra de todos los tratados internacionales porque habla del interés superior del niño y eso es lo que nosotros tenemos que entender, no solamente específicos como la Convención de los Derechos del niño, la ley 23.849, que la recepta y después la ley 26.061 que habla de la protección integral de los niños, niñas y adolescentes que también está su par 12.967 en nuestra provincia. Nosotros, esta ley, el Pacto de San José de Costa Rica también habla de los derechos que tienen los niños, y este derecho hacer escuchado no puede ser malinterpretado. Esta ley se creó en el ámbito civil, de familia, para preguntarle al niño si quiere ir a visitar a su abuelita paterna o a su abuela materna, o si quiere tener contacto con su papa 3 veces por semana, 2 o 4 . Pero no para Penal y para un tema tan específico y también difícil de abordar como son los abusos sexuales infantiles. Yo entiendo y aparte, el art. 12 habla de sanción de nulidad. Ya eso, primero claramente es una ley civilista, habla de expediente, o sea nosotros no tenemos más expedientes desde el 2014, y hablan de sanción de nulidad, no de invalidación. Y la sanción de nulidad, ¿que van hacer qué, van hacer todos los procesos, que van hacer? ¿Van a anular todos los procesos que tenemos en que no esta el abogado del niño? La verdad no sé; dice *obligación de informar* y dice la *autoridad administrativa o judicial interviniente,* más allá quien, si el Juez, si el fiscal, yo espero que no sea el fiscal, el Juez, no sé. Autoridad administrativa puede ser el caso de Niñez, en caso de tener medida excepcional, no lo sé . *Bajo sanción de nulidad, tiene derecho a designar un abogado o abogada personal, en caso de no contar con abogado de confianza podrá designársele abogado sin perjuicio de lo establecido en el art. 13*, es decir, obligatorio. Para nuestra fiscalía, para mis fiscalía en su conjunto, género y sexuales, ni siquiera puede llevar a cabo esto, porque no pueden comparecer en 12100 causas, no pueden. Entonces el art. 13 es claramente inconstitucional y va en contra de los derechos del niño. Por eso mi pedido puntual es que se declare la inconstitucionalidad porque va en contra de los intereses del niño, porque va en contra de la responsabilidad parental, que también tiene tratamiento convencional. Y solicito también, hago hincapié, en que no esta operativa, a mi forma de ver en ningún ámbito, porque todos los requisitos -desde el art. 2 al 10- no se cumplen, ninguno, absolutamente ninguno. Y aparte porque es materialmente imposible y aparte porque va claramente en perjuicio de los niños. Nosotros, en todas las causas que pasó esta situación, tenemos

atrasos como en esta, atrasos de 6 meses. Lo mismo en los juicios, lo mismo. Por tanto, haciendo una interpretación sistemática, no una interpretación literal se puede obviar esta obligatoriedad que existe en relación al art. 13. Una aplicación sistemática de todos, de la CN, de los tratados internacionales, de nuestras leyes, las que nos rigen, las que hablan de la Convención de los derechos del niño, de que habla de cómo debe ser oído un niño, de cómo debe ser tratado un niño que sufre abuso sexual infantil. Y aparte de interpretación de la ratio de la ley, esta ley me lo dijo Henn a mí y a todos, no es secreto, fue creada por personas del ámbito de familia. Se está reglamentado la ley y nosotros nos estamos agarrando la cabeza con la reglamentación de la ley. Por que la reglamentación de ley la están llevando a cabo la Dra. Yamila Pérez, la Dra. María Elena *(no se comprende)* y están en el ámbito de familia. Y la está reglamentando para ese ámbito. Entonces, a un niño de 10 años vos le podes preguntar ¿querés estar con tu papá, si o no? Pero a un niño abusado por el padre no le podes decir soy tu voz, quiero escucharte a vos como te sentís. Obvio que un nene que lo violaron le preguntaron y le va a decir que esté preso, no quiero una suspensión de juicio a prueba. No es este caso porque en este caso un tocamiento por arriba de la ropa, pero obviamente entonces la tergiversación de lo que es el oir a los niños me parece que los Jueces son los que tienen que poner coto a esto. Se esta reglamentando en este momento. El Secretario de Justicia Gabriel Somaglia nos mando el proyecto de reglamentación, que es para agarrarse la cabeza. No se puede aplicar, no se puede aplicar ese art. 13 para los casos de Derecho Penal, no se puede aplicar, porque es inaplicable y va en contra de los niños. Nosotros no hacemos probation porque somos vagos y no queremos ir a juicio, hacemos probation porque sino es probation no es nada, y eso nos los da la práctica, es estar ahí.

Por tanto solicito se orden al Juez de Primera Instancia llevar a cabo la suspensión del juicio a prueba que oportunamente se suspendió sin la presencia del abogado del niño y la declaración de inconstitucionalidad del art. 13 de la ley por todas las razones anteriormente expuestas. Gracias.

J: Gracias Dra.; Dr. Tamous..

D: Sí, buenos días. El tema es el siguiente, nosotros nos vamos a adherir igual que hicimos en la contestación que nos corrió vista el juez de baja instancia a la posición de la Fiscal que fue muy clara, lo único que vamos hacer es agregar algunas cositas para incorporar y hacer algunas peticiones. Respecto de la causa en sí son tocamientos como dice la Dra., arriba de la ropa lo que

supuestamente nos imputaron, y la nena estando con 11 años en el colegio, 10 años en el colegio, va a una una clase de orientación sexual y ahí se da cuenta. Había pasado cuando ella tenía 8 años, en realidad hace dos años atrás, la fecha del hecho es indeterminada, entre el 2006 y 2007, Dr. No tenemos fecha precisa. Quiero hacer otra aclaración, la mamá de la nena no es hermana del imputado. La mamá de la nena es media hermana del papá de mi cliente, para que Ud. lo entienda y es una familia alejada, no estaban en contacto, empezaron a vincularse como cuando ud., tiene un medio hermano y no lo ve hace 15 años y se empieza a vincular, en esas vinculaciones se dieron una serie de reuniones sociales, 2 o 3 en la casa de los N. y 2 o 3 de los R. En esas reuniones sociales, aparentemente la nena iba a jugar a la play a la pieza de la casa del abuelo de Ezequiel, que viven al lado, tiene la casa del abuelo por la cortada y la casa del papá por la calle principal pero están conectadas por el fondo. Y se ve que a lo mejor por una cuestión de chicos, querés jugar a la play te dejo pero bueno, y la nena ni se dio cuenta en ese momento porque lo descubre 2 años después cuando va a la clase de orientación sexual, ahí le comenta a la madre, y ahí viene algo interesante Dr., cuando le comenta a la madre el tema, la madre llama al padre, que estaban separados, que es el sr. Luis A. R., lo llama por telefono y les dice vamos a hablar con los N. que acá paso algo raro, la tocaron a la nena hace dos años atrás en las reuniones de los asados que se yo. Entonces cuando iban a la casa de ellos, entonces el papá y la mamá deciden no, hacer la denuncia como corresponde. Entonces se dirigen a la Comisaría 25 de Villa Gobernador Gálvez a realizar la denuncia, como no era, no estaba organizado para que la tome la comisaría de la Mujer, no se la toman en ese momento, se la toman más tarde, y a la tarde, a las 19, cuando la va a hacer, se ve que el papá no podía, y va la mamá sola, pero de todas maneras la remoción del obstáculo es en conjunto, tanto del padre como de la madre que tomaron la resolución. Le digo esto por la responsabilidad parental, porque posteriormente lo llaman al padre y el padre ratifica la denuncia en sede del Ministerio Público de la Acusación, siempre estuvieron atentos los padres a este tema y es más por lo que pude ver en el expediente y todo, la llevaron a un tratamiento psicológico de la misma forma que a N. lo llevamos a un tratamiento psicológico durante seis meses a Pellegrini y Ayacucho, para que también se encargue de este tema porque si bien tiene un poquito de retraso madurativo para el colegio y todas esas cosas, con el psicólogo durante seis meses lo fue hablando y explicándole toda esta situación, pero en realidad era un abuso, como dijo la Dra., simple por así lla-

marlo, no creo que haya producido mucho en la víctima, eso por un lado. Por el otro lado, yo lo que le quería aclarar con respecto al Juez, el Juez dice cuando nosotros le planteamos en el escrito, esta ley la 13.923 no sería aplicable a este caso porque este caso es del 2006/2007 contesta en el fallo, en el considerando uno, en realidad hace toda una reseña legislativa de los derechos del Niño y se va al año 90 cuando sale la Convención, 89/90 hasta que la ley la incorpora la República Argentina en el 92 y en el 94 toma jerarquía constitucional con la reforma de la Constitución y después nombra todas las leyes nacionales y provinciales hasta llegar a la 13.923, y qué dice: como la 13.923 está inserta en todas estas leyes, lo que hace es operativo, los derechos que ya tenían, entonces tendríamos que revisar todas las causas del año 91 hasta acá porque no intervinieron los abogados del Niño, con ese criterio; en realidad en este caso concreto no se puede aplicar la ley 13.923 porque el hecho fue anterior, Dr., entonces eso perjudicaría al imputado en el derecho que tiene que le apliquen una ley procesal penal con anterioridad al hecho, por eso nosotros hicimos el planteo, nos contestó que no, que es una reseña histórica y que esto rige desde el año noventa y pico y con eso, de todas maneras lo que resguarda la ley 13.923 es el derecho a ser oído, y la participación en el proceso; el derecho a ser oído y la participación en el proceso estuvieron garantizadas: la nena habló, los padres vinieron, estuvieron siempre atentos de las misma forma que nosotros. Un proceso Dr., de una probation, no es algo simple, nos llevó todo un período de trabajo durante dos años para poder juntar a estas partes, entonces ese trabajo que nosotros hacemos y llegamos a una instancia en donde lo único que tenían que hacer es el control el juez sobre el acuerdo y nos retrotraen a introducir un abogado que tendrían que cambiar de fase, volver a foja cero, volver a empezar todo de nuevo lo que no correspondería, porque no estaría controlando ningún derecho, en ese tema. Por el otro lado Dr., lo que quería decir con respecto al Juez, en un momento determinado también en el considerando, en la final del considerando uno, en el anteúltimo párrafo habla también confundido el juez en cuanto a la relación familiar, porque no conoce la causa, porque recién intervino cuando la vio, el día que suspendió la audiencia, estábamos todos esperando la audiencia y directamente la suspendió con toda la gente acá en el estudio, el trastorno que eso ocasiona, en realidad cuando, dice que es hermana la madre de la nenita M., es hermana del imputado, en realidad no es hermana, no tenían relación, ya lo aclaramos a eso, pero es más cuando formula la denuncia, cuando la Sra. formula la denuncia, dice no conocerlo, dice: la verdad que no sé, no

sé si terminó la secundaria, no la terminó, sé que lo tratan muy bien el abuelo y la madre, que lo atienden en la pieza, que no tiene novia, dijo una serie de cosas, en realidad, lo elemental, el tema concreto, es que, con respecto a la probation Dr., al haber avanzado durante tres años tratando de coordinar a las partes, someterlo a reglas, hacerle el tratamiento psicológico antes de otorgarle la probation, someterlo nuevamente a reglas de conducta en donde esta gente cumplió, nunca más de acercaron etc., etc., el Juez habla en forma clara ahí en el punto que yo le estaba recriminando de que a raíz de esto él sospecha que la madre era la hermana del imputado, que no es cierto, que hay enemistades familiares, pérdidas de afecto y sentimiento de culpabilidad, que con esas enemistades familiares, pérdidas de afecto y sentimiento de culpabilidad pudo haber estado confundido el interés del niño respecto de la madre distorsionando y subordinado a las cuestiones familiares, como que lo perdonó porque el autor era el hermano, quiere decir, tenía conflicto de intereses, con lo cual no es cierto de que hubo enemistad familiar, pérdida de afecto y sentimiento de culpabilidad porque eran familias que prácticamente que no se conocían, se empezaron a frecuentar en el año 2006, medio hermana del padre la Sra. En toda esta elucubración que hace el juez no sé de dónde la saca, inclusive está errónea en cuanto a que la madre era la hermana del imputado y ahí hace todo este complejo. En realidad la ley 13.923 que tiene por fin que pueda hablar el menor y de que sean protegidos sus derechos dentro del juicio estuvieron representados por el padre y la madre durante todo el juicio y estuvieron de acuerdo en todo lo que hicimos o sea que en este momento que intervenga el Colegio de Abogados es retroceder a toda una etapa anterior lo que no correspondería por el avance que tiene la causa y la solución para las dos familias, porque acá hay dos familias involucradas, no una sola, la familia de Ezequiel también sufrió todo el procedimiento como imputado y todo, siendo que Ezequiel con solo conocerlo, siendo que cuando usted cuando lo ve de primera instancia parece una persona, un hombre; en realidad en un niño cuando se pone a hablar y cuando lo conocés en realidad te das cuenta que tampoco tiene maldad, es una persona muy buena Ezequiel N., con su problemita que tiene de retraso madurativo es leve. En consecuencia Dr., yo lo que pido es que no se aplique por la retroactividad de la ley penal la ley 13.923 por un lado, por el otro lado, nos apoyamos a la petición fiscal y solicitamos que sigan adelante con el tema de la probation.

J: gracias Dr., vamos a darle la palabra a los representantes del Colegio de Abogados, no sé cómo se organizaron, si va a hablar uno o los dos.

Dr. Lewis: yo voy a hacer una breve introducción y la Dra. Maidagan va a dar los fundamentos. Nosotros vamos a adherir parcialmente a los pedidos de la Dra. Marull y del Dr. Tamous. Ante todo debemos dejar constancia que nosotros estamos acá no como abogados del Niño, sino como representantes del colegio de Abogados. ¿Por qué decimos esto? Por una razón sobre la cual va a ahondar la Dra. Maidagan, pero que tiene que ver con la esencia de esta institución con la que estamos trabajando, esta institución es esencialmente consensual, es decir el abogado del Niño, es como el abogado de cualquier persona, es una relación de confianza. Nosotros no somos, el abogado del Niño, mejor dicho, no es una Institución de contralor o de verificación como podría ser el Ministerio Pupilar sino que es una relación consensual, de confianza y por tanto es menester antes de cualquier intervención o de cualquier persona que se arrogue la representación del Niño recabar la voluntad del Niño. Esto respecto de la presente causa implica dos cuestiones a ser dilucidadas: en primer lugar en este caso no ha habido, digamos, ningún pedido puntual relativo al abogado del Niño, es decir, nosotros entendemos como primer caso y eso quedó muy claro en la reunión que hubo con el Colegio de Jueces y también está muy claro con los argumentos que va a dar la Dra. Maidagan y los fundamentos del bloque de constitucionalidad que va a dar la Dra. Maidagan que, antes de que sea convocada una persona tiene que recabarse o el niño tiene que pedirlo o tiene que recabarse su voluntad en ese sentido; si el niño dice que no, también es una voluntad, una expresión de voluntad, no hay porque imponer ninguna participación ni pretender participaciones de ningún representante que no tienen ningún asidero en la voluntad del Niño. Entonces, ese es el primer punto, acá no ha habido ningún pedido para que el niño sea representado en esos términos, ese es el defecto de la ley, nosotros entendemos que el defecto de la ley no es en modo alguno prever la posibilidad de escuchar a los niños, al contrario, creemos que esto es un objetivo que debe ampliarse cada vez más de cara al bloque de constitucionalidad en la mayor cantidad de espacios donde los niños tengan para expresarse van de acuerdo y en el sentido de lo querido por la Convención de los Derechos del Niño y los Pactos que están dictados en su consecuencia, pero también no querer un abogado o no querer participar o no sentirse suficientemente representado por los representantes legales o pretender hablar solo directamente son cuestiones a ser atendidas digamos, es también una manifestación de voluntad y es una cuestión que debe tenerse en cuenta. Entonces el primer punto en esto, es que la Institución del Abogado del Niño, es una institución primera-

mente consensual basada en la confianza como cualquier otro cliente, cualquier otra persona con su abogado y en ese sentido en este caso puntual eso no sucede,¿por qué? Porque *manus militaris* el juez impuso que interviniera el abogado del niño cuando el niño no había pedido ningún abogado, digamos, eso es un primer punto. El tema es recabar la voluntad del niño; en segundo término como estamos ante niños, digamos, se presenta el problema de la verificación de su voluntad. Acá rige el principio de autonomía progresiva. Carmen va a poder ser más explícita, va a poder profundizar todo esto mucho más, pero igualmente lo que hay que entender acá es que no todas las causas son idénticas, probablemente a un niño de dos años, que haya sido víctima de por ejemplo un abuso sexual, nadie le puede ir a preguntar: ¿querés tener un abogado, o no querés tener un abogado?, porque no tiene las condiciones de madurez para evacuar esa consulta, entonces en este punto lo que hay que ver es cada caso, indudablemente chicos de doce o trece años ya pueden responder de por sí, sin ninguna mediación y en otros casos va a ver que ver el caso en concreto. Esto no es ningún obstáculo sino que lo mismo sucede en familia, indudablemente es una complejidad, pero una complejidad que tiene que ver con garantizar derechos. Entonces tenemos esas dos cuestiones y una tercer cuestión que, como efectivamente decía la Dra. Marull, nosotros creemos que esta institución en alguna medida ha entrado por la ventana a esta ley que es una ley que apuntaba, estaba destinada a otras cosas, ha entrado, nosotros no seríamos tan tajantes en el sentido de rechazar toda la ley, pero indudablemente era una ley que estaba pensada para otro ámbito y de buenas a primeras al Dr. Henn se le ocurrió poner este artículo y entonces un poco inopinadamente, un poco inconsultamente, un poco sin medir consecuencias ahora nos encontramos dentro del proceso penal una figura que no en poca medida desistematiza un montón de cuestiones, puesto que no podemos saber si el abogado del niño es una persona que va a intervenir con los mismos derechos que el abogado de la víctima, si es una persona lo cual no es una actuación estándar como abogado del niño, como concurren sus padres que pueden muchas veces nombrar un querellante, si el abogado del niño es un querellante o no es un querellante. Llegado el caso, que no lo sea como interactúa con estas otras figuras procesales, indudablemente estas son todas cuestiones que la ley no nos proporciona una solución, es bastante escueta en esto, bastante oscura y es bastante oscura porque fue una figura puesta de manera poco pensada, de modo que yo creo que no somos partidarios en absoluto de plantear, de decir que esto no corresponde, está mal, yo creo que

todas las oportunidades en las cuales existan instituciones destinadas a garantizar la voz del niño en el proceso tienen que ser contempladas, pero indudablemente una figura de esta naturaleza tiene que preverse una incorporación en otros términos, cierto; a los efectos de en alguna medida paliar o matizar todos los inconvenientes aplicativos que podía tener esta regulación que nos proporciona este artículo 13, hicimos una reunión con el Colegio de Jueces, como decía la Dra. Marull, donde mínimamente establecimos algunos acuerdos operativos, acuerdos operativos que algunos jueces los vienen respetando, si bien el Colegio de Jueces participó ahí, sucede como en todas las cuestiones asamblearias: digamos hay algunos que participan muy entusiastamente pero después no son seguidos por sus pares, ahí en esa reunión hubo algunos acuerdos operativos, esos acuerdos operativos en primer lugar, en lo cual coincidimos todos, un poco acá la que tiene los fundamentos de esta cuestión, los fundamentos convencionales es la Dra. Maidagan, pero en lo primero que coincidimos es que hay que preguntarle a los niños si quieren tener un abogado y si el niño no quiere se terminó el tema, por más que la ley diga obligatoriamente, etc, obligatoriamente la ley no puede imponerle a la voluntad del niño nada. Entonces el primer punto es ese, si el niño no tiene interés en tener un abogado del niño eso es causal más que suficiente para entender que no es procedente una convocatoria al Colegio de Abogados para que designe un abogado; y después en segundo término hay que ver en que términos se le pregunta o como se convoca al niño, en ese punto se había pensado que por una cuestión de iniciativa procesal, de tener los primeros contactos etc., etc., sea el Ministerio Público de la Acusación, quien en el momento oportuno, es decir, en los albores de cualquier causa recabe la voluntad del niño y eventualmente lo notifica el juez o notifica el Colegio de Abogados para que proponga la terna, pero esto y después la judicatura podrá dentro de sus facultades de contralor verificar si el MPA lo ha hecho o no lo ha hecho y punto y ahí está. Ese era el primer acuerdo operativo, acuerdo operativo que no hace en esta causa, ya el Colegio de Jueces de Primera Instancia se saltó, porque en este caso se impuso la participación de representantes del Colegio de Abogados sin ninguna petición en el sentido de los niños, es más, tengo entendido que la familia en algún punto tiene cierta molestia, fastidio de tantas molestias del Estado, de tantas molestias del Poder Judicial con motivo de este evento que han tenido que sufrir, digo la familia en el sentido amplio que involucra tanto a imputado como a víctima, entonces en ese sentido es que nosotros entendemos que la disposición del Dr. López Quintana ha sido incorrecta,

fundamentalmente por no respetar la voluntad del Niño. Yo quería presentar el tema, pero mayor claridad y fundamentos y ulteriores fundamentos va a dar la Dra. Maidagan.

J: Me gustaría escuchar su opinión sobre el tema de la irretroactividad de la ley que planteó la defensa.

Dr. Lewis: bueno en este sentido nosotros entendemos que la irretroactividad de ley funciona cuando la nueva ley es una ley mas gravosa, sino no existe irretroactividad alguna y la benignidad o gravedad de una ley se determina para el caso concreto. Yo entiendo que en este caso no hay problema de retroactividad o irretroactividad de leyes, puesto que en el caso concreto no se trata de una intervención más gravosa para el imputado; sí entiendo que es una intervención disfuncional para el funcionamiento de los órganos del Estado, y en el caso concreto para la voluntad del Niño, pero el art. 2 tiene que ver con los intereses del imputado y en este caso no creo que pueda hablarse de una ley mas gravosa para el imputado; distinto sería si se previese la participación de un querellante o algo por el estilo pero el abogado del niño a priori no significa eso y por otra parte nosotros en el caso concreto justamente tampoco estamos reclamando una participación por eso en alguna medida estamos coincidiendo en ese punto por lo menos las tres partes, porque nosotros creemos que no puede pasarse por arriba de la voluntad del niño que no ha pedido tener un abogado del Niño, creemos que el correcto tratamiento de la cuestión traída a esta audiencia tiene que ver con una cuestión previa que es recabar la voluntad del niño y que si el niño no quiere, es decir, que si el niño no quiere un abogado, también es una expresión de voluntad. Entonces nosotros entendemos que lo que ha de determinarse en este punto es esa cuestión, que la institución del abogado del niño es una institución que está directamente anclada a la voluntad del principal interesado que es el niño y en este sentido creemos que si no lo pide, si no lo quiere, si quiere otra cosa, no debe ni complicarse el proceso con personas no tradicionales, digamos como para decirlo de alguna manera, partes no tradicionales ni nada por el estilo, ni suplirse ninguna voluntad. Nosotros no estamos para suplir una voluntad, sino que estamos simplemente para transmitir una voluntad, pero en este punto, reitero la Dra. Maidagan tiene mayores fundamentos. Respecto a lo que usted me preguntaba era eso.

J: Gracias.

Dr. Lewis: Tengo una audiencia en minutos en Venado Tuerto así que si por ahí desaparezco les dejo mis saludos.

J: Gracias Dr.

Dra. Maidagan: Bueno, voy a tratar de dividir un poco la cuestión. La primer cuestión tiene que ver con la aprobación de la Convención de los Derechos del Niño, se modificó y todos estamos al tanto de eso. Un paradigma que es considerar al Niño no ya como un objeto de protección sino como un sujeto de derecho. Del articulado de la Convención surge que el niño tiene derecho a ejercer él sus propios derechos, específicamente el derecho a ser oído surge del art. 12 y es ahí interesante tener en cuenta lo que dice el Comité de los Derechos del Niño en la observación nro. 12, en donde plantea esta cuestión del derecho del niño a ser oído en el proceso, del derecho del niño a tener representante, el representante puede ser quien el niño elija; representantes pueden ser los padres o puede tener un abogado, incluso cuando se plantea la cuestión del abogado específicamente la observación nro. 12 hace referencia a que este representante es representante del niño y representa la palabra del niño, no los intereses como puede ser el Ministerio Pupilar. O sea, el Ministerio Pupilar sí hace una función más de control, en cambio el representante del niño tiene que expresar lo que el niño le dice, o sea, nosotros como abogados del niño no vamos a decir, de acuerdo a la ley, de acuerdo al interés superior, no el niño quiere esto, el niño quiere ser escuchado por el juez, el niño no quiere ir a tribunal, básicamente esa es nuestra función como abogados del niño. La facultad de los niños o el derechos de los niños a intervenir en los procesos, además de este art. 12 de la Convención es ratificada por la CIDH opinión consultiva 17 de 2002, donde establece o analiza la situación jurídica de los niños y la Corte Interamericana sostiene que los niños, como sujetos de derecho, tienen derecho a ejercer las garantías procesales o sea tienen derecho a ser oído, tienen derecho a ser representados y tienen derecho a intervenir en los juicios, como bien lo explicaba el Dr. Lewis. Es un derecho de los niños, no una obligación, los niños no son parte en el sentido de la carga procesal que significa por ejemplo ser parte en un juicio civil, o sea su intervención es optativa y es una decisión del niño intervenir o no intervenir a través de quien el considere que debe intervenir. A su vez este derecho a ser oído, si uno lee la observación 12, establece un montón de requisitos de todos los operadores judiciales, no solo de los abogados en cuanto los lugares en donde deben realizarse las audiencias, como deben ser escuchados, un poco a esto se

refería la Dra. Marull. En ese sentido, nosotros también remarcamos desde el Colegio, o sea la Dra. Marull hacía referencia, a que ellos hoy oyen a los niños, se presta atención al interés superior y que bueno, en realidad hay distintas escuchas. Una es la escucha del fiscal, en donde tiene una obligación de avanzar en una investigación penal y en donde el niño en cierta medida es testigo de ese hecho. Otra va a ser la escucha del juez que es el que tiene que resolver, y hay una particular escucha, que es la del abogado que es la persona de confianza que va a transmitir esa palabra ante el Poder Judicial. A mí me parece que desde lo que es la intervención del niño, estos dos documentos que citaba, hay mucha jurisprudencia de la Corte, está por ejemplo el caso Atala Rifo c. Chile donde la Corte, sucintamente era un caso de una madre que reclama que las niñas vuelvan con ella, el padre se oponía porque la madre tenía una pareja homosexual y los tribunales chilenos mantuvieron la tenencia con el padre, alegando que las niñas eran discriminadas. Y uno de los puntos fundamentales que hizo la Corte Interamericana es esto. El hecho de que las niñas deben ser escuchadas en la medida que ellas quieran ser escuchadas. Hay jurisprudencia también en nuestro país en donde se estableció que si el niño no quería participar a través de un abogado no se lo puede obligar, o sea, en ese sentido coincidimos con la Dra. Marull en que los niños no pueden ser obligados. Lo que sí entendemos es que no hay una cuestión de generalización o plantear una cuestión del interés superior como una barrera para que el niño intervenga; los derechos son de cada niño, no es el derecho a la niñez ni el derecho a la infancia, como bien lo dice la opinión consultiva de uno de los jueces en su voto aparte, no. Esta situación nos pone a analizar en cada caso en particular qué es lo que quiere el niño y garantizar los derechos de cada niño en particular. No hay reglas generales, esto es muy específico porque es muy particular la protección que el niño debe tener. Entonces me parece que la Convención no establece que el niño es sujeto de derecho. La interpretación internacional que da el Comité, que da la Corte, es que el niño tiene derecho a ejercer sus derechos en forma personal y este ejercicio de los derechos se va a dar en base a dos variables. Que es el grado de madurez suficiente o lo que se llama la autonomía progresiva, acá voy a disentir con los Dres. Tamous y Marull, pero probablemente por su formación más penal y no civil, en cuanto estamos hablando de una cuestión de capacidad y la capacidad sea la materia que sea la regula el Código Civil. En este sentido, si hay una tensión entre lo que es la responsabilidad parental y la autonomía progresiva de los niños incluso el nuevo Código Civil y Comercial establece que la responsabilidad

parental se va ejerciendo privilegiando esta autonomía progresiva, o sea que llega un punto que los padres cada vez deciden menos y deciden los niños en la medida que tengan la capacidad para hacerlo con los riesgos que significa decidir. Sabemos los adultos, o sea, las decisiones traen consecuencias. Entonces es muy importante poder evaluar esa autonomía progresiva o esa capacidad o esa madurez suficiente para tomar las decisiones en principio va a recaer en los jueces tomar estas decisiones, entonces, en ese sentido el Comité de los Derechos del Niño en la observación nro. 12 dice que no se pueden establecer edades. Si bien la edad es un elemento a tener en cuenta, en una de estas reuniones que relataban el Dr. Lewis y la Dra. Marull, se plantea por ejemplo el art. 26 establece para cuestiones relativas a la salud, edades. Se establece que un menor de 13 años puede tomar decisiones atinentes a su salud sin el consentimiento de sus padres cuando no signifiquen prácticas invasivas y en este caso lo puede tomar con el asentimiento del padre, o sea el consentimiento es del Niño y, por ejemplo, los mayores de 16 años son considerados adultos a la hora de tomar decisiones que tienen que ver con su salud. Entonces estamos en una nueva etapa de lo que es la intervención de los niños en todos los ámbitos y no escapa el penal, porque el niño víctima tiene derecho a intervenir en el proceso penal en la medida que sea su voluntad hacerlo. Entonces no podemos decir "no", la decisión es de los padres, porque va a depender de la edad, va a depender de la autonomía y va a depender de la voluntad del niño, si quiere intervenir, si quiere tener abogado; en ese sentido lo que hay que trabajar y es lo que establecían las leyes de protección integral. Establecen que, desde el primer momento en todo el procedimiento administrativo y judicial se le debe hacer saber al niño que tiene derecho a ser representado por un abogado, ese es el punto central, el hecho de que el niño sepa que puede comparecer con un abogado si es su voluntad. Refiriéndome específicamente a la ley he participado en debates con relación a la ley. La ley en realidad lo que debería hacer específicamente es crear un registro porque el derecho a la asistencia surge del Código Civil y de los Tratados internacionales; un registro para que los jueces o la autoridad administrativa o, en un futuro o esperemos que así sea, los mismos niños puedan ir a buscar el abogado cuando deseen tener una intervención. En los proyectos originales no estaba esta obligación. Sí lo establecía en el caso de las medidas excepcionales y nosotros como colegio manifestamos nuestra oposición, porque entendemos que aun en el caso de medidas excepcionales donde hay un conflicto con los padres tiene que ser una decisión del niño si quiere intervenir con abogado o

no, y también hay que evaluar esto del grado de autonomía o de madurez suficiente y nos parece que en materia penal también el niño tiene que saber si quiere comparecer con un abogado, si quiere tener un abogado que vaya a pedir al juez ser escuchado, o aceptar un acuerdo o una probation o lo que sea. Tiene derecho a poder hacerlo; sí entendemos que la obligatoriedad es en contra del derecho del niño, porque tiene que ser una participación voluntaria, es un plus que se le da al niño, no una carga, no se lo puede obligar a ser parte. O sea nosotros entendemos que hay un error y hubo cierto planteamiento. Parece ser que nosotros, los abogados del niño, venimos a controlar la legalidad del proceso. Para eso está el Ministerio Publico, el art. 103 del Código Civil y Comercial es muy claro: en todas las acciones judiciales donde haya menores o personas incapaces debe intervenir el Ministerio Publico, en ese control general de la legalidad el que interviene es el Ministerio Publico. El abogado, como abogado que es, representa a una persona determinada. Entonces en ese sentido sí consideramos que es erróneo que se establezca una intervención obligatoria del abogado del niño en ninguna causa en especial, pero sí es fundamental y en eso tenemos que hacer hincapié, nosotros peleamos desde el colegio es que los niños sepan que tienen acceso a ser asesorados, y sepan que tienen acceso a participar en cualquier tipo de proceso, sea civil, penal, familia, laboral el que sea, con la intervención y con el patrocinio letrado.

J: Gracias Dra. Les hago una pregunta a la Dra. Maidagan y al Dr. Lewis, ¿el Colegio de Abogados reglamentó la participación de los profesionales como dice la ley con selección, con terna, con capacidad, como dice la Dra. Marull? No cualquiera va a poder ser el abogado del niño.

Dr. Lewis: el Colegio de Abogados justamente informó el estado de la cuestión. En la primer respuesta que dio el Presidente del Colegio de Abogados informo justamente esta cuestión, que ellos tenían hasta un Instituto del Derecho del niño, que tenía listas con abogados especializados en familia, pero como la cuestión es muy delicada y el Colegio quiere estar a la altura de las circunstancias nos informó que no tenía una lista especializada de abogados penalistas para intervenir en causas penales, y de hecho existe incluso antes de la ley un Instituto que organiza listas para las causas de familia pero no pasaba lo propio con las causas penales.

J: la ley habla, lo que yo interpreto, que el Colegio tiene que hacer una convocatoria para aquellos abogados que quieran cumplir el rol del abogado del niño, es más pone una serie...

Dr. Lewis: esto...

Dra. Maidagan: ahí lo que falta es el decreto reglamentario para establecer cómo los Colegios, porque en cabeza del Colegio, en realidad la obligación es la de crear el registro, falta toda la reglamentación de esta cuestión que plantea usted del tema de los cursos, de cómo se van a inscribir; porque tiene sus particularidades la ley en cuanto a cómo se asignan las causas, por ejemplo. El Colegio de Abogados hace ya más de seis o siete años, en un acuerdo verbal con la Corte, estableció la creación de una lista y se hicieron cursos de formación en el ámbito del Colegio. Son los cursos que establece, digamos, de hecho por ejemplo. Salvo algún que otro curso no hay cursos homologados en los términos de ley por ejemplo, entonces el Colegio sí tiene una lista de abogados del niño formado en el ámbito del Colegio y de personas que tenemos trayectoria en este tipo de trabajo. Sí nos encontramos con esta particularidad de no tener a lo mejor abogados penalistas, porque principalmente la intervención del abogado del niño se da en familia.

J: Dra. Marull, usted tiene la ley ahí. Después, por qué no nos lee cuando la ley habla de cómo se va a determinar quiénes van a ser los abogados del niño, los requisitos que pone.

F: Cómo no.

Dr. Lewis: El punto es que justamente éste es un nuevo argumento en el sentido del desconocimiento de la ley acerca de esta institución del abogado del niño, puesto que el abogado del niño, ante todo es el abogado de confianza del niño, de modo que no hay porque obligar a una institución a proveer abogados del niño, sino que el niño puede decir yo quiero que me represente el Dr. Fulano o Perengano, y elegir él su abogado del niño. El Colegio de Abogados será para los casos residuales en donde el niño no tenga posibilidad de tener un abogado, no conozca a nadie y verá si logra la empatía necesaria para poder ser representado por esa persona o no. Entonces ahí hay un punto adicional en fundamento a lo que veníamos diciendo. Y el otro punto es que el Colegio, como lo explicaba la Dra. Maidagan, ya viene con esta tradición -por el acuerdo que tiene con la Corte- de abogados especializados en Niñez para toda la otra serie de causas; pero había entendido que esta previsión específica y sorpresiva de la ley requería un perfil de abogado distint. En ese sentido es que el Colegio de Abogados ya está organizando un curso que, en alguna medida, garantice la preparación mínima que tiene que tener un colega para

estar en este rol. En ese sentido están convocados el Instituto del Derecho del niño y el Instituto de Derecho Procesal Penal. Cuando se termine ese curso, se tomará un examen y se hará la correspondiente lista.

J: Muchas gracias Doctor. Sí, doctora.

F: Quiero marcar, como dije, del art. 2 en donde habla de la creación del registro este que estamos hablando, el 3 habla de los requisitos, etc. El art. 4 habla de las listas, el 5 habla de la difusión, el 6 habla de la vigencia, que esto también es muy importante, cada dos años se debe renovar la inscripción para acreditar la actualización; el 7 habla de la capacitación específica, esto es sumamente importante, no es un cursito sino una capacitación importante, amplia, específica; habla el art. 8 de cursos de capacitació; el art. 10 habla de procesos de selección y designación y ahí es donde va hablar de la terna que debe enviarse en un plazo de 48 hs. Es decir, todo esto no está creado, aparte nos lo dice de forma específica en este último caso "M." del 31/08 dice: *"este colegio se encuentra comprometido... bueno, en esta transición y hasta que el registro se encuentre en funcionamiento, teniendo en cuenta que conforme a los tratados internacionales, convención de derechos del niño (se corta audio)..."*.

(Hablan sobre compartir en zoom la ley)

(Continúa)

Quiero agregar algo. Sin decirlo específicamente, yo entiendo que los Dres. Maidagan y Lewis van por la no obligatoriedad de la intervención del abogado del niño, sin decir la inconstitucionalidad de ese artículo, sin nombrar la palabrita, pero están diciendo lo mismo. Este artículo, estableciendo una obligatoriedad de intervención, va en contra de todos los intereses del niño, convenciones, etc, que ya lo dije. Por eso me parece importante, que por más que no lo hayan solicitado en forma expresa en toda la alocución de ambos, se infiere que la obligatoriedad no es correcta, ergo, va en contra de los tratados internacionales y leyes internas, por tanto debe ser declarada la inconstitucionalidad de ese artículo.

Pide la palabra la Dra. Maidagan: Entiendo el planteo de la Dra. Marull, simplemente pensar en la gravedad que tiene siempre declarar la inconstitucionalidad de una ley, de un artículo. Nosotros queremos hacer hincapié en la necesidad de que se habilite la participación de los niños aún en los procesos penales; me parece que sin la necesidad de declarar la inconstitucionalidad se puede interpretar el artículo de acuerdo a lo que son las normas internacio-

nales y convencionales y de que esto no sea obligatorio sino en la medida en que el niño quiera y acepte su intervención.

Magistrado fundamenta su resolución oral:

Primero de todo, hay dos formas de empezarlo de acuerdo a la estrategia que se planteó en la apelación, pero podemos incluso hacer una resolución de tipo parcial porque hay cosas que más o menos tenemos que ir vislumbrando y siempre va enderezada a un fin.

En principio, todos sabemos que la declaración de inconstitucionalidad de una ley o un artículo es de extrema gravedad, porque siempre, esa es la jurisprudencia que he sostenido y que ha sostenido la vieja Sala 4 de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, que siempre significa una especie de invasión del Poder Judicial al Poder Legislativo. Entonces cuando el Poder Judicial decide dejar sin efecto la aplicación de una ley, o de un artículo en este caso por ser inconstitucionalidad, es decir, tienen que haber motivos de suma gravedad para justamente suprimir una de las facultades que es justamente la legislativa.

En este caso, a pesar de que a veces uno ve fallos y que parece que las inconstitucionalidades se declaran a diestra y siniestra sin tener estos principios, sin perjuicio de eso, no veo que con la información que tenemos hoy esta ley o este artículo, como se empeña en decir la Sra. Fiscal, deba ser declarado inconstitucionalidad, por lo menos porque necesitamos ver esta norma operativa con una interpretación cabal, su juego y ver justamente los perjuicios que puede acarrear tanto para el menor como para el principio máximo del derecho procesal que es el derecho a tener una tutela judicial efectiva; que en penal se usa poco,, pero en civil lo usamos todos los días. Estamos hablando de una tutela judicial efectiva, de la pretensión del fiscal, como de los derechos del niño, de la pretensión de las víctimas querellantes y sus representantes, ni hablar si hay menores.

Entonces, ¿por qué digo que este artículo hoy no aparece inconstitucional? Porque este artículo para mí esta huérfano. Este artículo está condicionando su aplicación a la confección de un cuerpo de abogados específicos con una especialidad específica que, como bien dice Lewis y como bien dice la Dra. Maidagan, muy pocos la tienen. Nadie puede dudar que el Dr. Lewis es especialista en derecho procesal penal, nadie puede dudar que la Dra. Maidagan es especialista en el cometido que nos ha aclarado suficientemente todos los temas de la minoridad; pero lo que la ley está pensando justamente es en

un abogado que reúna las dos condiciones y le pone trabajo, casi el deber, al Colegio de Abogados; miren, no cualquier abogado puede ser al abogado del niño que nosotros pensamos, los legisladores, necesitamos que se haga una selección, que se hagan ternas. Es más, sospechan del Colegio de Abogados; no se si ustedes analizaron bien la ley, dice *"se deberá cuidar el Colegio de Abogados de no favorecer a determinado profesional..."*. Por eso yo le decía a la doctora que lea textual, porque es una ley que tiene un cuidado y miedos específicos.

Entonces me parece y la decisión es esta, que mientras esa selección que manda la ley y que le manda al Colegio de Abogados, no esté, nosotros no podemos aplicarla. Más allá que me parece a mí que el juez del caso se vió constreñido a aplicarlo, no hay reglamentación entonces. Aparece la Dra. Araceli Gonzalez, por lo que yo leo en la carpeta, dicen vayan Lewis y Maidagan, excelentes representantes, pero no es lo que quiere la ley. Maidagan y Lewis hacen esfuerzos titánicos, que se los vamos a agradecer, porque de lo que están construyendo van a salir ideas concretas, pero no pueden venir ellos, porque no es lo que quiere la ley. Más allá de que si yo quiero que me defienda Lewis, Maidagan los voy a contratar, los voy a recomendar, pero no es el tema, sobre todo por esos requisitos que puso la ley.

A mi me parece que esta ley no se puede aplicar al caso, que el caso tiene seguir como está. Pero cuidado, nadie se hizo cargo de una cosa acá. Hay jurisprudencia que yo he aplicado cuando era juez de sentencia, incluso he escrito sobre eso, en el último libro "Principios del proceso penal" - hay varios artículos de eso-, haciendo jugar las cuestiones de violencia de género, delitos sexuales y libertad de la víctima, de los cuales surgen que la salida del proceso penal en determinados hechos, sobre todo de violencia sexual, no se aconseja -al contrario-, he rechazado probation donde la madre de la víctima lo postulaba; pero acá es decir, tenemos obviamente la no oposición fiscal. Las leyes de protección son muy celosas a cualquier salida rápida del proceso como es una probation, porque la ley que nos rige, que es la nacional, habla del derecho de las víctimas a tener una respuesta sobre la autoría y no que no haya una respuesta sin carácter de certeza, sea sobreseimiento, sea condena o absolución. Esto es un tema, porque acá tenemos que pensar en cada caso que éste era el caso que se podría haber aplicado, porque hay consentimiento de la madre, hay voluntad de la fiscalía, pero no hemos visto, incluso ha pasado medio desapercibido, la intervención de la menor. Veo que hay un cuidado notorio de la mamá

que no quiere que se revictimice, pero de todas las maneras la experiencia indica otra cosa. Yo he sido crítico tanto para la fiscalía como para la propia defensa pública, cuando llegan los menores de la Cámara Gesell en este tipo de delitos y que han sido entrevistados como cinco veces por lo menos, habla con el abogado de la niñez, la psicóloga de la fiscalía, hasta la psicóloga de la defensa pública por los convenios que hay, entonces llega a la cámara Gesell y uno dice ¿esta es la opinión de la menor? Hacemos todo para que no se revictimice, pero ya van una, dos, tres, cuatro veces en lo que puede ser el sistema judicial incluidas las instituciones administrativas.

Yo creo que éste es el caso para decir, para el menor, para escuchar atentamente, no es como dice el juez que cambia; una cosa es que sea la hermana del imputado y otra cosa es que sea la media hermana del padre del imputado, por lo cual esos temores de que pudiera estar desconociendo la voluntad de la víctima menor se han disipado, pero este sería el caso. Acá tenemos todo a favor. ¿Y la menor?, ¿Qué dice la menor? He visto que nadie la ha revisado físicamente, no es objeto de la investigación, pero alguien necesita hablar con la menor.

F: La menor ha tenido una intervención por medio de psicóloga del día 07/06/2019 donde se la ha escuchado, donde ha contado, y fue la menor quién no quería ella volver a contarlo, a partir de ahí empezó que no quería volver a contarlo en Cámara Gesell, pero por supuesto que nosotros hemos tenido un abordaje con la menor, no es exclusivamente la madre. En nuestra fiscalía siempre tenemos contacto con las menores, a veces van directo a Cámara Gesell y a veces tienen una intervención con un equipo interdisciplinario o con psicólogas, que actualmente por suerte hay psicólogas especializadas en esto. Pero sí ha tenido intervención, la hemos escuchado a la menor.

J: Bien. Porque ese es el requisito. Cualquier suspicacia, sospecha o duda de la voluntad y la integridad de la menor, obviamente que va a disparar para la designación de un abogado del niño, como para cualquier otro asistente. Acá la ley, tiene que entender la fiscal porque todos sabemos con la integridad que se manejan con respecto al trato de las víctimas y que tienen que luchar a veces con víctimas que se sospecha o se tiene la seguridad que son abusadas y que no quieren ningún tipo de presencia en el proceso penal, solo ella sabe lo que es tratar de convencer a una víctima que obviamente está primeramente enferma porque la han maltratado en su voluntad, su psicología, ustedes saben todo esto.

En este caso yo creo que las sospechas iniciales que yo tenía no se dan obviamente, porque no hay ninguna necesidad siquiera de ratificar el tema del menor. Era el caso, para nosotros éste era el caso, que se justificaba la presencia del abogado del niño, porque podría haber un conflicto en la propia voluntad de los padres de la menor con el imputado, que se disiparon tranquilamente en esta audiencia. El problema va a ser qué pasa cuando esto se vislumbre en un expediente, en una causa, y todavía no está reglamentado. Y acá la Dra. Maidagan creo que también tuvo razón en todo lo que dijo, es decir, no podemos hacer una interpretación autónoma del menor en el proceso penal frente a la cosmovisión que se nos vino, no solo con los tratados que todos conocemos, sino con todo lo civil y comercial que se desconoce un poco en el ámbito penal. Es decir, nos guste o no, como dice la doctora, que un menor diga yo quiero hacerme un piercing que me van a atravesar de lado a lado la cara y tengo 12 años, 13, contra la voluntad del padre. Todos sabemos lo que nos cuesta personalizar y corporizar los institutos que trae el Código Civil y Comercial respecto a la autonomía del menor, y cada vez los padres van a decidir menos, siempre va a haber un límite que es la proporcionalidad, la racionalidad de la autonomía que pueda prestar el menor, la racionalidad de la oposición que pueda tener el padre. Acá sí doctora, va a tener que jugar, sin duda va a tener que jugar la opinión del menor, a través del abogado del niño que está en la ley. Entonces, mientras no esté reglamentada esa ley, creo que no hay ningún imperativo judicial en agarrar de los pelos a Ensick, Lewis y la Dra. Maidagan y traerlos al proceso, porque hacen todo lo que pueden, van a allanar el camino obviamente para que esto funcione cuando tenga que funcionar.

Ahora bien, contestando al Dr. Tamous, coincido con el Dr. Lewis que la ley en ese sentido no puede ser retroactiva, porque no es un perjuicio para el imputado porque solo, como dice Lewis, se trata de preguntar a la víctima que en esté un abogado, o que el abogado mismo diga no tiene abogado, no preciso que lo tenga, no hay un prejuicio para el abogado, la ley va a ser aplicable desde y a los casos de diciembre del 2019 cuando se volvió operativa; obviamente no va a ser aplicable a todos los casos anteriores El problema es cómo se va a aplicar.

Entonces, lo que tenemos que ver nosotros es por qué no es inconstitucional para el caso en concreto. Porque veo que no hay una injerencia de la ley específica en este proceso, es decir, el problema es al revés: cualquier juez, cualquier parte puede decir esta ley no se aplica al proceso penal y lo puede

demostrar. No veo que haga injerencia porque, como dice la Dra. Maidagan, esta ley hace operativo un derecho que hace tiempo que venimos postulando. Yo tuve un caso hace muchos años de la mamá con un menor contra el papá, un tema de abuso, la mamá era abogada e insistía en la presencia del abogado del niño, hace varios años, y vemos que desde el punto de vista planteado por la madre no había ninguna necesidad porque ella era madre y abogado y con una enjundia importante. Es decir, lógicamente a veces el abogado del niño puede cumplir otro rol, desentrañar la relación de papá o mamá del denunciante o querellante con el niño; ustedes saben como están mezclados los intereses en las familias.

Yo creo que la ley en este caso concreto no se puede aplicar porque no está reglamentada, porque los profesionales idóneos que prevé la ley todavía no están designados. Pienso que la administración de la justicia, en los casos que se han ventilado, creo que hasta ahora por lo que uno ve, no he detectado casos en que la voluntad de los menores no ha sido captada, y cuando eso es así creo que han funcionado todos los dispositivos. Creo que no hay ninguna urgencia en instrumentar una ley para el caso concreto, que todavía no puede hacerse porque la ley necesita una herramienta que todavía no está creada.

F: Quisiera hacer reservas de derechos para, en caso de evaluar interponer recurso de inconstitucionalidad, atento a la resolución que acaba de decir en virtud del art. 14 de la Ley 48 y Ley 7.055, quería dejarlo sentado.

J: Este tribunal en base a las consideraciones expuestas, decide:

1) Rechazar el pedido de inconstitucionalidad del art. 13 de Ley 13.923.

2) Rechazar el planteo de irretroactividad de la ley formulado por la defensa.

3) Revocar la decisión apelada por cuanto la intervención del abogado del niño, que prevé la ley 13.923, está supeditado a que sea designado por el Colegio de Abogados, con el procedimiento y los requisitos que allí se establecen, lo que hasta la fecha no se ha dado.

4) A mayor abundamiento se destacan las gestiones realizadas por los profesionales intervinientes por parte del Colegio de Abogados con el Colegio de Jueces de Primera Instancia para aunar criterios y fijar pautas hacia el futuro respecto de la forma en que se va a ejercer el rol previsto en la ley.

Dra. Maidagan: lo único, aclarar que en realidad lo que falta es el decreto reglamentario de la ley, porque incluso los cursos están a cargo y es una obliga-

ción del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, el Colegio puede brindar cursos pero digamos toda la base de cómo se van a hacer, qué carga horaria y qué requisitos, tienen que surgir del decreto reglamentario.

J: Fíjese que la ley dice que el Colegio de Abogados debe designar ternas con abogados especializados en este tema. El cometido del Colegio de Abogados es eso, ahora, cómo lo haga el Colegio bueno, puede decir "estoy esperando el decreto reglamentario...".

Dr. Lewis: El tema es que el Colegio no puede reglamentar la ley, puede reglamentar la organización de la lista, ha ido cumpliendo como ha podido en este punto y está armando, pero falta un decreto reglamentario.

Dra. Maidagan: Agregando, acá faltarían dos instancias. Una sería el decreto reglamentario que establezca cuáles son los requisitos para ejercer esa especialidad que esa es una obligación del gobierno en este caso del ejecutivo para que quede claro y específico. Y el Colegio, en base a lo que se establezca en el decreto reglamentario de los cursos, cuántas horas y demás, eso el profesional lo tendrá que acreditar al inscribirse; después va a haber obviamente una reglamentación interna del Colegio para establecer cómo se recibe esa documentación, cómo se van enviando las ternas, cómo se hace la selección, para que todos los profesionales trabajen, en materia civil se ha suplido con la acreditación de los cursos de formación de derecho de infancia porque, específicamente cursos como los que establece la ley en este momento, en la provincia no hay.

J: Bueno gracias, esto lo vamos a poner ampliando, como quinto punto:

5) Para efectuar la puesta a punto del listado referido del Colegio de Abogados necesita también del dictado de un decreto reglamentario de esta ley y que a su vez determine la incumbencia específica de su aplicación al proceso penal.

6) Tener presentes las reservas formuladas por la fiscalía".

SECCIÓN SEGUNDA

El "leading case" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

7

La Corte Suprema de Justicia de la Nación in re "G. L., J. S/ causa Nº 2222" 1, ha sentado las bases para el desarrollo de juicios válidos en materia de delitos contra la integridad sexual en los que las víctimas declararon en anticipo jurisdiccional de prueba, y no en el debate, a través de dispositivos específicos -en el caso, la Cámara Gesell-, dejando sin efecto un fallo de Casación Penal Nacional que había anulado la sentencia condenatoria, y reenviando las actuaciones a un nuevo tribunal a fin de realizar un nuevo juicio.

En dicho fallo se destaca el voto ampliatorio de la Dra. Elena Highton de Nolasco.

"Dictamen del Sr. Procurador de la Suprema Corte:

Por compartir sus fundamentos, habré de mantener el recurso de hecho interpuesto por el Fiscal General ante la Cámara Nacional de Casación Penal, al que sólo me permito añadirle las siguientes consideraciones.

Desde el punto de vista de la procedencia formal del reclamo, es conveniente resaltar que es criterio de V.E. la equiparación a sentencia definitiva de las decisiones que, si bien no ponen fin al proceso, implican que quien fue víctima durante su menor edad de ofensas sexuales, deba prestar una nueva declaración o someterse a reiterados exámenes, ya que son irreparables el daño

1 CSJN in re "Gallo López, Javier s/ causa Nº 2222", 7 de junio de 2011, Fallos: 334:725.

psíquico que podría sufrir como consecuencia de ello y la consiguiente lesión de los derechos que le asisten en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño (Fallos: 325:1549).

Asimismo, comparto la opinión del apelante acerca de la arbitrariedad del pronunciamiento impugnado, en tanto no ha tomado suficientemente en cuenta elementos de convicción decisivos legalmente incorporados al proceso, aspecto que determinó que el tribunal se apartara en forma inequívoca de la solución normativa precisa.

Para demostrar esa afirmación es conveniente recordar que el conflicto de que se trata en el sub lite se presenta de modo frecuente en los procesos por abuso sexual en perjuicio de menores por parte de personas que conviven en el mismo hogar, en los que el interés del imputado por controlar la declaración de la víctima suele entrar en tensión con el interés de protección del niño.

Este último exige, según lo expone el Instituto Interamericano del Niño, Niña y Adolescentes (IIN-OEA) en su Orientación Técnica Institucional n° 1, emitida en febrero último, que se evite en la medida de lo posible la revictimización que puede acarrear el hecho de comparecer ante juzgados en forma reiterada y someterse a prácticas innecesarias que obliguen al menor a revivir hechos de profunda dimensión traumática, con el agravante del daño que previsiblemente provoca el sentimiento de culpa por el encarcelamiento de su presunto agresor (vinculado afectivamente) y las presiones que ello genera en el entorno familiar.

Precisamente con ese fin, en el mencionado documento se recomienda a los Estados, entre varias medidas, desjudicializar la participación de los niños y niñas víctimas de abuso sexual al mínimo posible y. aun en el caso de comparecer en sede judicial, aplicar un procedimiento especial para evitar su revictimización; asegurarse que las garantías al derecho a la identidad, privacidad y propia imagen se resguarden en los procedimientos previos, concomitantes y posteriores a las investigaciones por abuso sexual a niños y niñas; y considerar en el procedimiento judicial la protección especial frente a la aplicación a la víctima de prácticas médicas, psicosociales y periciales abusivas o innecesarias (IIN-OEA "Revictimización de niños, niñas y adolescentes en los procesos administrativos y jurisdiccionales en caso de abuso sexual").

La misma problemática fue abordada en su oportunidad por el Comité de Ministros del Consejo de Europa en su Recomendación n° R (97) 13 de 10 de

septiembre de 1997 sobre "Intimidación de los testigos y derechos de la defensa", la que también trata de medidas a tomar respecto de testigos vulnerables, en particular en el caso de criminalidad en el seno de la familia. Allí se destaca la conveniencia de que el primer contacto con el niño sea llevado a cabo por personas adecuadamente formadas; de interrogarlo, en lo posible, en la primera fase del procedimiento y tan pronto como se pueda; de evitar la renovación de los interrogatorios y, a tal fin, tratar de asegurar que sea conducido por una autoridad judicial o en presencia de ésta y que la defensa tenga la ocasión de confrontar el testimonio; además de la recomendación de utilizar técnicas audiovisuales para registrar el acto y posibilitar su reproducción posterior (vid cap. IV. puntos 23 al 28).

En ocasiones, estas medidas de protección pueden entrar en conflicto con el derecho del imputado a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo (artículo 8.2.f de la CADH), sin que pueda establecerse en abstracto la prevalencia de alguno de ambos intereses legítimos.

La contradicción debe resolverse de acuerdo con la técnica de la ponderación y a la luz del principio de proporcionalidad, según el cual sólo cabe admitir medidas que restringen un derecho de la defensa cuando sean estrictamente necesarias y en tanto y en cuanto ese sacrificio sea compensado en algún momento del procedimiento (confr. TEDH "S.N. v. Suecia", de 2-7-2002, §47).

En cuanto a la adopción de resguardos excepcionales para proteger al testigo/víctima de ofensas sexuales, se ha tenido en consideración que los procesos criminales que se siguen por hechos de esa índole "son a menudo percibidos por la víctima como una ordalía, en particular cuando ésta no tiene voluntad de ser confrontada con el imputado; circunstancia que es aún más prominente cuando el caso concierne a un niño" (TEDH "B. v. Finlandia", 24-4-2007, § 43).

En este sentido, es preciso destacar que el apelante ha señalado la evidencia que demuestra en el sub lite el alto grado de probabilidad de grave daño a la salud de la víctima que podría haber derivado de una eventual reiteración de los interrogatorios y exámenes.

En el contexto indicado, resta determinar si las medidas adoptadas con el propósito de proteger a la menor se conciliaban con un adecuado y efectivo derecho de defensa.

Al respecto, es oportuno referir algunas pautas elaboradas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la base del artículo 6.3.d del Convenio Europeo de Derechos Humanos, similar al 8.2.f de la Convención Americana.

Como principio general, una condena basada únicamente o en grado decisivo sobre declaraciones que el imputado no ha podido confrontar en ningún momento del proceso sería incompatible con el debido proceso, sin embargo, la falta de control puede quedar compensada cuando existen otras pruebas idóneas o cuando la sentencia no se ha fundado solamente en la prueba no sometida al examen de la defensa (confr. 'P.S. v. Alemania" cit. §24 y sig).

Por otra parte, si existen pruebas legalmente incorporadas que corroboran las afirmaciones del testigo no controlado, el hecho de que estas últimas sean el origen de las primeras, no impide que el tribunal las tome en cuenta para fundar su decisión (Verdam v. Países Bajos", 31-8-1999).

Así, considero especialmente relevante reparar en que el Fiscal General, en su escrito de fs. 3 1/35, alude a una serie de evidencias que confirman la versión de los hechos dada por la víctima y que fueron ventiladas en la audiencia de vista de la causa a disposición de la crítica de la defensa. En relación con este aspecto, a fin de evitar repeticiones innecesarias, me remito a lo expuesto por el apelante en su recurso extraordinario.

Otra circunstancia que estimo que debe ser puesta de resalto en esta ponderación es que, si bien la menor no declaró en el juicio -por expresa recomendación de un especialista- quien sí lo hizo fue la experta que la había entrevistado en la etapa anterior, y dio entonces cuenta del relato que escuchó de la niña, además de realizar otras apreciaciones técnicas acerca de su cuadro psicológico; todo cuanto pudo ser, naturalmente, controlado y confrontado por el imputado o su representante

En estas condiciones, la decisión del a quo que prescindió de los elementos de convicción señalados y soslayó la necesaria armonización de los intereses del niño con los de la defensa según parámetros aceptables, no constituye una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa y debe ser descalificada como acto jurisdiccional valido.

Por ello, y los demás fundamentos expuestos por el Fiscal General, mantengo la queja interpuesta.

Buenos Aires, 7 de octubre de 2008. - Eduardo Ezequiel Casal.

Buenos Aires, 7 de junio de 2011.

Considerando:

1º) Que en las presentes actuaciones se investigaron y juzgaron, tanto la promoción de la corrupción como los abusos sexuales que habrían sido cometidos por J. G. L. sobre su hija M.V.G.S, con quien convivía, desde el año 2000, fecha en que la niña contaba con 12 años de edad, accediéndola carnalmente por vía vaginal, ejerciendo violencia física y amenazándola de muerte para que no lo denunciara.

El Tribunal Oral en lo Criminal nº 12 de la Capital Federal resolvió condenarlo a la pena de dieciocho años de prisión, accesorias legales y costas, por considerarlo autor del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por haber sido cometido por un ascendiente -al menos en dos oportunidades- en concurso ideal con el delito de corrupción de una menor de dieciocho años de edad agravado por la misma circunstancia.

Contra dicha decisión, el abogado defensor del condenado, interpuso un recurso de casación argumentando la imposibilidad que había tenido la defensa de controvertir los dichos de la joven y su tía, denunciante en la causa, y ello, en el primero de los casos, como consecuencia de haber sido desaconsejada por las expertas su comparecencia en juicio a la luz del intento de suicidio y de los episodios psicóticos padecidos por la joven y en el segundo caso, por la imposibilidad de dar con el paradero de la denunciante.

El mencionado recurso fue concedido y radicado ante la sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal que anuló la sentencia condenatoria y reenvió las actuaciones a un nuevo tribunal, para que se ocupara de que la víctima fuera preparada psicológicamente para prestar declaración en el debate y de la búsqueda intensiva de la denunciante, a fin de que se realizara un nuevo juicio.

Contra esa resolución el Fiscal General interpuso el recurso extraordinario federal cuya denegación derivó en la presente queja, que fue mantenida a fs. 38/40 por el señor Procurador Fiscal ante el Tribunal.

2º) Que en el recurso extraordinario el Fiscal General planteó la arbitrariedad del fallo recurrido por considerar -entre otras cuestiones- que "las declaraciones omitidas en el juicio de referencia no constituyen el único 'hilo conductor' de la investigación y la responsabilidad del imputado en los hechos denunciados. En efecto, debe reconocerse que la prueba señalada era de

suma importancia para dilucidar lo ocurrido, mas no fue la única en la cual se basó la sentencia que culminó en la condena de G. L.".

3º) Que el fallo impugnado resulta asimilable por sus efectos a una sentencia definitiva, ya que constituiría una decisión exculpatoria o absolutoria, dada la imposibilidad de la víctima -según el criterio de los médicos forenses- de prestar declaración en el debate, razón por la cual cabe dar por satisfecho el cumplimiento de este requisito propio de la vía intentada.

4º) Que si bien los agravios del impugnante remiten a cuestiones de hecho y prueba, de derecho común y procesal, ajenas, en principio, a la revisión prevista en el art. 14 de la ley 48 por vía del recurso extraordinario corresponde excepcionar dicha regla cuando la sentencia en crisis no cumple con la más elemental condición de validez que le es inherente, al carecer de fundamentación válida y no constituir una derivación razonada y lógica del derecho vigente con arreglo a las circunstancias comprobadas de la causa (Fallos: 300:412; 312:2507; 319:2959; 330: 4983, entre otros).

5º) Que el a quo decidió anular el pronunciamiento de fs. 436/437 y 441/448 vta., reenviando las actuaciones a un nuevo Tribunal, a fin de que, practicado un nuevo juicio, se dicte sentencia conforme al voto mayoritario. Al fundar sus dichos, tal como lo sostiene el recurrente, el a quo construyó una nulidad en abierta contradicción a la doctrina sentada por esta Corte (Fallos: 295:961; 298:312; 302:221; 306:149 y 1360; 310:1880; 311: 2337; 322:507; 323:929; entre otros y, más recientemente, 330: 4549), y prescindió de todo un cúmulo probatorio independiente.

A ello, sumó contradicciones manifiestas al evidenciar su opinión respecto de la salud mental de la joven pues no obstante considerarla comprometida, sostuvo que la declaración de aquélla debía llevarse a cabo de todos modos, si no se viera por ello afectada, "aún más" (fs. 19 vta.) o "sin alto riesgo" (fs. 15/16), entendiendo por este último algo más que el riesgo de vida oportunamente denunciado por las peritos profesionales de la salud intervinientes.

6º) Que sin desmedro de lo anterior y de las demás cuestiones que -al decir de la parte recurrente- el a quo debió también atender, tales como los mecanismos especiales de protección de los derechos de quienes ya se encuentran en situación de vulnerabilidad, el agravio relativo a la prueba independiente, importa referir que el tribunal de juicio fundamentó las declaraciones de culpabilidad de G. L. en otras pruebas. A tal fin resultaron determinantes para la construcción de la sentencia condenatoria, a) el examen ginecológico de fs.

73/75, por el que se constató que la menor presentaba a nivel genital desgarros himeneales de características antiguas -que habían completado su período de cicatrización de alrededor de 7 a 10 días-, cuyo mecanismo determinante fue la penetración de un objeto romo, duro o semiduro; b) las conclusiones del peritaje efectuado sobre el colchón de la víctima -en el que se habrían producido las vejaciones- toda vez que "…se comprobó la presencia de sangre y semen humano" compatible "…con la información genética obtenida de la muestra de sangre perteneciente al encausado, con una probabilidad del 99,9999999990385%" (cfr. fs. 444 vta.), c) la declaración en el debate de la licenciada N. G. M., psicóloga del Cuerpo Médico Forense, quien señaló que la menor de edad -durante las entrevistas que realizó- siempre se mantuvo en su discurso sobre los abusos de los que había sido objeto por parte de su padre, que no existían dudas de las consecuencias traumáticas de lo que había sufrido y, por último, que la damnificada se encontraba en un estado de extrema vulnerabilidad por las vivencias de intensa agresión padecidas, siendo factible que pudiera intentar suicidarse, lo que sumado al resultado de los peritajes médicos de fs. 125/127 y 428/429 permitirían corroborar la veracidad de la imputación.

7º) Que, en tales condiciones, no puede sino colegirse de lo anterior que las pruebas objetivas -que en modo alguno fueron impugnadas por la defensa- consideradas por el tribunal de juicio a los fines de emitir su fallo condenatorio, debieron cuanto menos ser atendidas por el a quo en orden a examinar si constituían un curso causal probatorio independiente, lo que fundamenta per se el carácter arbitrario del pronunciamiento recurrido.

8º) Que en virtud de lo expuesto cabe concluir que la sentencia impugnada no constituye una derivación razonada y lógica del derecho vigente con arreglo a las circunstancias comprobadas de la causa, lo que configura un supuesto de arbitrariedad que justifica su descalificación como acto jurisdiccional válido.

Por todo lo expuesto, de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto el pronunciamiento recurrido. Agréguese al principal. Hágase saber y devuélvase junto a los autos principales para que se dicte una nueva resolución de acuerdo con los considerandos del presente fallo. — Ricardo Luis Lorenzetti. — Elena I. Highton de Nolasco (según su voto). — Carlos S. Fayt. Enrique Santiago Petracchi (en disidencia). — Juan Carlos Maqueda. — E. Raúl Zaffaroni.

Voto de la señora vicepresidenta doctora doña Elena I. Highton de Nolasco

Considerando:

1°) Que en el marco del recurso de casación que había articulado la defensa, la sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal anuló la sentencia condenatoria y reenvió las actuaciones a un nuevo tribunal, para que se ocupe de que la víctima sea preparada psicológicamente para que pueda prestar declaración en el debate, de la búsqueda intensiva de la denunciante y -al cabo de ello- de dictar un pronunciamiento de acuerdo con el voto mayoritario.

2°) Que el Fiscal General interpuso contra el fallo el recurso extraordinario federal cuya denegación derivó en esta queja, que fue mantenida a fs. 38/40 por el señor Procurador Fiscal ante el Tribunal, doctor Eduardo E. Casal.

3°) Que decisiones como la cuestionada pueden equipararse a una sentencia definitiva, con sustento en el daño psicológico que podría sufrir la víctima y la consiguiente lesión de los derechos que le asisten en tal carácter.

4°) Que superado el obstáculo formal, se debe determinar qué alcance corresponde otorgar al derecho del imputado a controlar de modo útil la prueba (art. 14 párrafo 3 inciso "e" del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8 párrafo 2 inciso "f" de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) frente a los derechos de una víctima en condición de vulnerabilidad, pues incumbe al Estado la carga de justificar la limitación que se deba verificar.

5°) Que se encuentra en condición de vulnerabilidad aquella víctima del delito que tiene una relevante limitación para evitar o mitigar los daños y perjuicios derivados de la infracción penal o de su contacto con el sistema de justicia o para afrontar los riesgos de sufrir una nueva victimización. La vulnerabilidad puede proceder de sus propias características personales o bien de las circunstancias de la infracción penal. Se destacan, entre otras víctimas, las menores de edad y las que padecieron delitos sexuales. Todas estas condiciones se presentaron en la damnificada.

6°) Que los jueces deben adoptar en estos casos las medidas que resulten adecuadas para moderar los efectos negativos del delito (victimización primaria) y también deben procurar que el daño sufrido no se vea incrementado como consecuencia del contacto con el sistema de justicia (victimización secundaria); en todas las fases del procedimiento penal, deben proteger la integridad física y psicológica de la víctima.

7°) La sentencia anulada por la cámara de casación había garantizado el cumplimiento de esos parámetros y si bien es cierto que para ello necesitó restringir el derecho a interrogar del imputado, lo hizo en la medida estrictamente necesaria para preservar la salud psicofísica de la damnificada, con argumentos pertinentes que se basaron en un informe médico que demostró objetiva y concretamente, superando toda mención genérica, el alto riesgo que para su salud mental una decisión en contrario podía aparejar.

8°) Que, además, este límite al control fue compensado por otras pruebas en las que la sentencia se fundó para formular el juicio de culpabilidad al acusado, que la defensa pudo fiscalizar y que habían confirmado el relato de la menor.

9°) Que desde esta perspectiva, no puede sostenerse que la incorporación por lectura de los dichos de la víctima hubiera generado una iniquidad inaceptable entre los derechos colisionantes. No toda restricción del derecho a interrogar es incompatible con la noción de un juicio justo, en tanto y en cuanto -como en el caso- no se resigne definitivamente a mantener el equilibrio que debe mediar entre la acusación y la defensa.

10) Que con la anulación de una sentencia en estas condiciones, el tribunal a quo prescindió de los elementos señalados, renunció al parámetro de proporción que debió tener presente para resolver la colisión de intereses que se le presentó y descalificó una resolución que trató a la víctima con compasión y respeto por su dignidad, principios fundamentales de justicia para víctimas de delito adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas -resolución 40/34 del 29 de noviembre de 1985-.

11) Que en tales condiciones resulta admisible la tacha de arbitrariedad que se apoya en las circunstancias indicadas, pues de este modo se verifica que la sentencia carece de argumentos serios y que los derechos constitucionales invocados guardan nexo directo e inmediato con lo resuelto, según lo exige el artículo 15 de la ley 48.

Que por ello, de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto el pronunciamiento impugnado. Agréguese al principal. Hágase saber y devuélvase junto a los autos principales para que se dicte una nueva resolución de acuerdo con los considerandos del presente fallo. — Elena I. Highton de Nolasco.

Disidencia del señor ministro doctor don Enrique Santiago Petracchi

Considerando:

Que el recurso extraordinario, cuya denegación dio origen a la presente queja, es inadmisible (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, y oído el señor Procurador Fiscal, se desestima la queja. Hágase saber y archívese, previa devolución de los autos principales. — Enrique Santiago Petracchi".

Guía de buenas prácticas para el abordaje de niños/as, adolescentes víctimas o testigos de abuso sexual y otros delitos. Protección de sus derechos, acceso a la justicia y obtención de pruebas válidas para el proceso*

8

Protección de sus derechos, acceso a la justicia y obtención de pruebas válidas para el proceso
Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF)

*** PUEDE DESCARGAR LA VERSIÓN ORIGINAL EN PDF EN www.editorialjuris.com, sección e-books: GUIA UNICEF DE BUENAS PRÁCTICAS**

Dirección editorial
Gimol Pinto, Especialista en protección de derechos de UNICEF.
Cristina Elizabeth González, Secretaria General de la Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias Argentinas (JUFEJUS).
Sabrina Viola, Coordinadora del Proyecto "Protección y acceso a la Justicia de niños, niñas y adolescentes víctimas y testigos", Asociación por los Derechos Civiles (ADC).

Autoría
Virginia Berlinerblau, Mariano Nino y Sabrina Viola.

Colaboradores
Diego Freedman, Romina Pzellinsky.

Equipo de investigación
Tony Butler, Zulema Díaz, Martiniano Terragni.

Agradecimientos
Mary Beloff, María Constanza Pros, Jesica Sotelo, Daniela Braco, María Inés Pacceca.

© Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), Asociación por los Derechos Civiles (ADC).

Guía de buenas prácticas para el abordaje de niños/as adolescentes víctimas o tes- tigos de abuso sexual y otros delitos. Protección de sus derechos, acceso a la jus- ticia y obtención de pruebas válidas para el proceso.
www.protecciónінfancia.org.ar

ISBN: 978-92-806-4580-4
Impreso en Argentina
Primera edición, septiembre de 2013 - 3.000 ejemplares

Edición y corrección: Marina Fucito Diseño y diagramación: Alejandro Jobad Ilustración: Julia Vallejo

Se autoriza la reproducción total o parcial de los textos aquí publicados, siempre y cuan- do no sean alterados, se asignen los créditos correspondientes y no sean utilizados con fines comerciales.

Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) buenosaires@unicef.org - www.unicef.org.ar

PRÓLOGO

La violencia sexual contra niños, niñas y adolescentes es considerada a nivel mundial un delito complejo específicamente en lo que respecta a su corroboración. Esta clase de violencia se caracteriza generalmente por ser consumada dentro de un ámbito de intimidad entre la víctima y el victimario. Se trata de un tipo de delito en el cual, a diferencia de otros, en muchas ocasiones no quedan evidencias físicas que sirvan como prueba para el proceso ni existen testigos presenciales del hecho. En este sentido, se ha señalado que en los supuestos de delitos contra la integridad sexual el testimonio de la víctima y su participación dentro del proceso cobra un valor muy relevante para la corroboración de los hechos.

El respeto y la protección por los derechos humanos de la víctima dentro del proceso judicial son especialmente relevantes en este tipo de delitos, particularmente cuando el hecho fue cometido contra personas menores de edad. En estos casos, la víctima, además de sufrir un daño irreparable a su integridad física, psíquica y moral por el abuso mismo, se ve expuesta a una victimización secundaria derivada de la relación posterior que se establece entre ella y el aparato judicial y de protección de derechos.

Por ello, es de fundamental importancia que durante todo el proceso la víctima sea tratada de modo tal que se respeten sus derechos y su dignidad y se adopten las medidas necesarias para que goce de una consideración y atención especial con el fin de garantizar su bienestar y evitar que se produzca un nuevo trauma.

A nivel internacional existen diversos instrumentos que establecen estándares específicos en materia de abordaje de niños y niñas víctimas de violencia sexual. Estos instrumentos establecen como valor primordial el respeto a la dignidad, la vida, el bienestar y la salud del niño, entre otros, como sujetos plenos de derechos que requieren de mecanismos especiales de protección para lograr su pleno desarrollo y bienestar atendiendo siempre al

interés superior de niñas y niños. De esta forma, la normativa internacional establece la necesidad de que los Estados adopten mecanismos específicos de protección que garanticen y aseguren los derechos de niños y niñas víctimas a lo largo de todo el proceso de justicia, garantizando así su plena protección de manera de evitar su revictimización.

A nivel local, la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño y su incorporación al sistema interno con jerarquía constitucional ha contribuido al cambio de concepción del niño hacia su reconocimiento como sujeto pleno de derecho. Con la sanción de la Ley 26.061 de protección integral de los derechos del niño se reafirman los diversos derechos y obligaciones contenidos en la Convención. En lo concerniente al procedimiento penal específicamente, se ha ido reformando la normativa incorporando en las distintas provincias mecanismos especiales para la toma de declaración de niños víctimas y testigos. De este modo, se tiende a evitar los repetidos interrogatorios de los niños dentro del proceso de modo de procurar evitar su revictimización. Estos mecanismos suponen, además, la toma de declaración a través de un profesional especialmente capacitado y en dispositivos especiales como la cámara Gesell o circuitos cerrados de televisión de forma que las autoridades y las partes dentro del proceso puedan seguir el desarrollo del acto desde el exterior. También, las reformas normativas introducen la obligatoriedad de videograbar las entrevistas que se tomen a los niños víctimas de modo de evitar la reiteración del acto, entre otras cuestiones.

Sin embargo, en la práctica el marco normativo descripto que pretende brindar protección al niño víctima de violencia o abuso sexual se ve afectado en muchos casos por la complejidad que supone el abordaje de niños que han sufrido situaciones traumáticas como el abuso sexual. En estos casos, es imprescindible que intervengan una multiplicidad de organismos del Estado y diversos actores pertenecientes a distintas disciplinas que deben coordinar su trabajo para brindar la mejor atención posible a los niños víctimas.

Como resultado, tanto las víctimas, por el grado de vulnerabilidad en el que se encuentran, como los operadores y profesionales que los atienden, se encuentran en muchas ocasiones afectados por no contar con los mecanismos adecuados para abordar la complejidad de esta problemática acorde a las normativas vigentes.

Es por ello que, por un lado, surge la necesidad de concientizar a la sociedad y a los profesionales involucrados acerca de la problemática de la violencia sexual y de la forma en la que un niño debe ser tratado dentro de un proceso para que se respeten sus derechos; por el otro, crear los mecanismos para coordinar las acciones de todos los actores involucrados para identificar y evitar las deficiencias actuales que el sistema presenta.

Por este motivo, desde ADC y UNICEF nos encontramos trabajando fuertemente en lograr avances concretos en las prácticas de atención de niños y niñas víctimas con el objetivo de contribuir a la actuación inter-sectorial que se brinda desde el Estado. Esta publicación es parte del trabajo conjunto que pretende favorecer dicho objetivo.

JOSÉ MIGUEL ONAINDIA
Presidente de la Asociación por los Derechos Civiles (ADC)

ANDRÉS FRANCO
Representante de UNICEF en Argentina

INTRODUCCIÓN

Desde 2008 ADC, JUFEJUS y UNICEF realizan un trabajo de relevamien- to y colaboración con organismos judiciales y del Poder Ejecutivo de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con intervención en la protección, abordaje y acceso a la justicia de niñas, niños y adolescentes (en adelante NNyA[1]) víctimas o testigos de abuso sexual y otros delitos.

A partir de este trabajo se reconoció el importante avance que han significado las reformas introducidas en los códigos procesales penales de la Nación y de la mayoría de las provincias, desde 2004 hasta la fecha, que han establecido la obligatoriedad de propiciar un abordaje y una protección especial, durante todo el proceso judicial, para las NNyA víctimas o testigos de los hechos que se investigan.

En particular, se estableció la necesidad de procurar que las NNyA tengan que declarar una única vez a lo largo del proceso judicial, que lo hagan

1 A modo de facilitar la lectura a lo largo del documento y ttee-- niendo en cuenta que las mujeres representan la mayoría de los casos de víctimas de estos delitos, haremos refe- rencia a niños, niñas y adolescentes en género femenino a lo largo de todo el documento.

únicamente ante una psicóloga u otra profesional especializada[2] y a través de herramientas tecnológicas que permitan a las partes seguir las alternativas de la entrevista desde afuera del recinto. El objetivo es reducir lo más posible el estrés que supone para la NNyA atravesar el proceso y evitar su revictimización, a la vez que se favorece la obtención de pruebas válidas, de calidad y relevantes a los fines de la investigación.

En este sentido, también se debe resaltar el esfuerzo que realiza un im- portante número de funcionarios y operadores de diferentes organismos que trabajan en la temática. En efecto, se han construido y adaptado instalacio- nes para la realización de entrevistas testimoniales de NNyA víctimas o tes- tigos, se han incorporado psicólogas (entre otros profesionales de la salud mental) y se han realizado significativas modificaciones en las prácticas de los organismos involucrados.

Sin embargo, a pesar de todo lo positivo realizado hasta aquí, se han identificado, a partir del trabajo de relevamiento realizado y las entrevistas a los actores referidos, importantes dificultades que aún perduran en la práctica para lograr la efectiva inclusión de la NNyA víctima o testigo en el proceso judicial y de sus derechos, en las distintas provincias y jurisdicciones.

En la actualidad siguen habiendo múltiples y frecuentes situaciones en las que las NNyA reciben un abordaje inadecuado en los poderes judiciales y otros organismos del Estado. En buena medida esto se debe a la com- plejidad y el carácter interdisciplinario de la temática y a la necesidad de apuntar a la consecución de objetivos múltiples en cada intervención, como ser la protección de la salud y el bienestar, entre otros derechos de la NNyA y la obtención de pruebas válidas para el proceso judicial. Pero también las prácticas deficientes se originan en cuestiones como la falta de recursos, la ausencia de un trabajo articulado y de capacitación específica. En este sentido, se hace necesario revisar el estado de la problemática y de los abordajes para optimizar resultados.

2 on el mismo espíritu que en la referencia anterior, esto es, para hacer más ágil la lectura y considerando que el género femenino se encuentra sobre-representado entre los/las profesionales que actúan en la toma de la declaración testimonial, haremos la respectiva referencia en género femenino a lo largo de todo el documento. La misma aclaración cabe establecer para el resto de los/las profesionales involucrados en la temática como los trabajadoras sociales.

OBJETIVOS

Con el objetivo de contribuir a mejorar esta situación, durante el año 2010 desde ADC, JUFEJUS y UNICEF se conformó un equipo de trabajo, integra- do por especialistas de las distintas disciplinas involucradas, representantes de diferentes organismos y organizaciones y de varias provincias y regiones. En conjunto y aprovechando la experiencia de cada uno, se analizó el ma- terial relevado sobre la situación en cada provincia y se identificó una serie de ejes problemáticos en función de la cual se orientó un trabajo de reflexión teórico-práctica, análisis bibliográfico, recopilación normativa, intercambio y discusión colectiva.

Producto de este trabajo y del aporte realizado por otros actores involucrados en la temática se elaboró un conjunto de lineamientos que, a nuestro entender y a la luz de los estándares internacionales establecidos, deben guiar el procedimiento para cumplir con los requisitos planteados.

Estos lineamientos son aquí presentados a modo de Buenas Prácti- cas con el fin de orientar, asistir y contribuir a sistematizar la actuación de los funcionarios y operadores involucrados en las distintas instan- cias del proceso y así apoyar sus esfuerzos por mejorar las condiciones y la calidad del abordaje que se le brinda a las NNyA quienes se presen-tan como víctimas o testigos en el marco de un proceso legal.

Esto abarca una diversidad de momentos y aspectos, desde la recepción de la denuncia inicial por parte de la policía o el develamiento del hecho en la escuela, hospital u organismo de protección, hasta el seguimiento de la NNyA con posterioridad al cierre del caso, incluyendo los objetivos de la atención inicial, los recaudos a tomar en el examen médico forense, las técnicas de entrevista a utilizar por la profesional forense para la declaración testimonial, las características y configuración de la sala, las instalaciones y el equipamiento, etc.

Estas Buenas Prácticas intentan reflejar el conocimiento actual y el consenso emergente sobre la temática y están respaldadas por la bibliografía analizada, la experiencia internacional estudiada y las consultas realizadas a diversos especialistas. Sin embargo, estas no deben ser entendidas como reglas o fórmulas a ser impuestas de manera homogénea y rígida en las distintas provincias y jurisdicciones ni en todos los casos, sino que deben ser adecuadas con una cierta y razonable flexibilidad a la realidad concreta de

cada lugar, según el sistema normativo vigente, los recursos disponibles, las costumbres y condiciones socio-culturales del lugar, aunque preservando los principios elementales subyacentes.

EDICIÓN ACTUALIZADA

El presente documento es una revisión de la versión preliminar publicada en septiembre de 2010 y presentada y distribuida entre autoridades y operadores de diferentes provincias y localidades del país. Precisamente, se incorporan aquí las críticas, los elementos considerados problemáticos y/o insuficientes y los distintos comentarios que surgieron en el contexto de las presentaciones, debates e intercambios que tuvieron lugar en torno a la Guía. Estos sirvieron como un invalorable insumo para realizar ajustes al material, aumentar su precisión, mejorar su presentación y así adecuarlo a los objetivos propuestos de proveer una herramienta útil y accesible a los distintos actores que intervienen en estos casos.

DESTINATARIOS DE LA GUÍA

El documento está dirigido principalmente a funcionarios judiciales –jueces, fiscales, defensores, entrevistadoras forenses, médicos legistas, traba- jadoras sociales, etc.– y a operadores extrajudiciales –profesionales de la salud mental, clínicos, pediatras, ginecólogas, policías, docentes, etc.– que participan en el abordaje de NNyA víctimas o testigos dentro de un proceso judicial o extrajudicial. Sin embargo, por una cuestión de practicidad, inci- dencia cuantitativa (cantidad de causas) y atento a las reformas procesales recientes, el texto fue escrito teniendo en cuenta la investigación de delitos contra la integridad sexual y lesiones graves contra NNyA. Estos casos, por un lado, representan la gran mayoría de las causas con NNyA víctimas o testigos en cada uno de los poderes judiciales provinciales, según se puede entrever de las escasas estadísticas disponibles sobre esta problemática. Por el otro, son los que exigen la utilización de medidas especiales de pro- tección según la mayoría de las reformas hechas a las normas procedimen- tales durante los últimos años.

Sin embargo, tal como lo sostiene la normativa internacional y nacional

vinculada a la temática[3] y tal como sucedió en otros países y en las refor- mas procesales llevadas a cabo en algunas provincias de nuestro país[4], se espera que las medidas de protección aquí tratadas sean aplicadas a otras personas en situación de vulnerabilidad, ya sean NNyA o adultos. Por ejemplo, casos de víctimas o testigos con capacidades disminuidas, intimidados, reticentes u hostiles a declarar, o en casos de delitos contra la integridad sexual, independientemente de la edad de la víctima. También que se inclu- ya a NNyA involucradas en procesos civiles vinculados con el régimen de cuidado y custodia.

De esta manera, se procuraría que estas personas puedan ser efectiva- mente incluidas en el proceso y brindar un testimonio adecuado, según la naturaleza y condiciones del delito sufrido, sus condiciones sociales, culturales y religiosas y la posibilidad de estar siendo afectado por conductas intimidatorias por parte del imputado, miembros de la familia u otros. De acuerdo con esto, consideramos que los lineamientos principales establecidos en esta Guía deberían ser adaptados y aplicados a aquellas situaciones.

NOCIÓN DE PERSONAS EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD

Regla 3: "Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico".

Regla 4: "Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las s guientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad".

(Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad)

3 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las per- sonas en condición de vulnerabilidad (Reglas 3 y 4); Acordadas Prácticas dictadas por la Cámara Federal de Casación Penal - 8/02/2012 (Regla 5).

4 Por ejemplo se pueden mencionar el Código Procesal Penal (CPP) de la Provincia de Chubut que en su art. 193 imcluye la toma de declaración a través de un procedimiento especial para menores de 16 años y para personas que hayan resultado víctimas de hechos que las han afectado psicológicamente; el CPP de Tucumán que en su art. 229 establece un mecanismo de protección especial para la toma de declaración de personas menores de edad o discapacitados; en similar sentido se expresa la Acordada 4132 del STJ de Catamarca que establece como práctica judicial conveniente un procedimiento especial para la toma de declaración de niños o personas incapaces víctimas o testigos de delitos.

EQUIPO DE TRABAJO

La versión de la Guía que aquí se presenta fue elaborada con la coordinación de ADC y UNICEF y sobre la base del trabajo realizado durante un período de más de dos años que incluyó la elaboración de la primera versión preliminar publicada en septiembre de 2010, su presentación y puesta en discusión, la sistematización de comentarios, sugerencias y objeciones recibidas y la realización de esta nueva versión revisada. El resultado es el producto del trabajo de un equipo de profesionales de las distintas disciplinas que aportaron todo su conocimiento, experiencia y capacidad de reflexión crítica en las diferentes instancias del proceso:

Virginia Berlinerblau

Médica, Especialista en Psiquiatría infanto- juvenil y en Medicina Legal. Médica Forense de la Justicia Nacional.

Tony Butler

Doctor en Psicología. Profesor en Psicología forense de la Universidad de Gloucestershi- re, Reino Unido. Ex Jefe de Policía en Cuer- po de Oficiales de Paz de Constabulary.

Zulema Díaz

Psicóloga Forense del Poder Judicial de Neuquén.

Diego Freedman

Abogado y Docente en la Comisión de Derecho Penal Juvenil de la Universidad de Buenos Aires.

Mariano Nino

Sociólogo y Coordinador del Proyecto "Acceso a la justicia y protección de NNyA víctimas y testigos de delitos o violencia" (entre 2008 y 2011) ejecutado en conjunto entre ADC y UNICEF.

Gimol Pinto

Abogada Especialista en Protección de De- rechos de UNICEF; Responsable Técnica del Proyecto "Acceso a la justicia y protec- ción de

NNyA víctimas y testigos de delitos o violencia" ejecutado en conjunto entre ADC y UNICEF.

Romina Pzellinsky

Abogada. Responsable del Programa sobre Políticas de Género de la Procuración General de la Nación (desde noviembre de 2012). Consultora de UNICEF (2008 - octubre 2012).

Martiniano Terragni

Abogado y Secretario de la Fiscalía General de Política Criminal, Derechos Humanos y Servicios Comunitarios de la Procuración General de la Nación.

Sabrina Viola

Abogada y Coordinadora del Proyecto "Acce- so a la justicia y protección de NNyA víctimas y testigos de delitos o violencia" (desde 2012) ejecutado en conjunto entre ADC y UNICEF.

La Coordinación y los autores agradecen especialmente los aportes y reflexiones de María Constanza Pros, miembro de la ADC y asistente a la Coordinación del Proyecto "Protección y acceso a la justicia de niños/as y adolescentes víctimas y testigos"; Jesica Sotelo, quien se desempeñó como defensora de niños/as para la Asociación Igualdad de Derechos y formó parte de la ADC y del referido Proyecto durante el año 2011; Daniela Braco, quien colaboró con el Proyecto durante el año 2011; y María Inés Pacecca, miembro de la ADC.

Asimismo, ha sido especialmente importante el apoyo brindado por la Sra. Fiscal General de Política Criminal, Derechos Humanos y Servicios Comunitarios de la Procuración General de la Nación, Dra. Mary Beloff.

PRINCIPIOS GENERALES PARA EL ABORDAJE DE NNYA VÍCTIMAS Y TESTIGOS

Durante mucho tiempo las víctimas de delitos fueron concebidas úni- camente como objeto de prueba dentro del proceso penal. En las últimas décadas comenzó a tomarse conciencia, a nivel internacional, sobre esta situación y sobre la necesidad de incorporar una perspectiva que incluya el respeto a la dignidad de la víctima y de garantizar sus derechos dentro del proceso.

Estos elementos son especialmente relevantes en los casos de delitos contra la integridad sexual y, en particular, cuando estos han sido infligidos contra personas menores de edad. En estos casos, además de haber sufrido un daño irreparable a su integridad física, psíquica y moral por el abuso mismo, la víctima se ve expuesta a la posibilidad de padecer una victimi- zación secundaria derivada de la relación posterior que el aparato jurídico- penal establece con ella.

En este sentido, los delitos de abuso sexual contra NNyA son considerados a nivel mundial delitos complejos en cuanto a su corroboración, por lo que se requiere que los estados y los sistemas judiciales contengan estructuras, procedimientos y mecanismos adecuados que faciliten la exteriorización de denuncias, optimicen las oportunidades existentes para la recolección de las pruebas y aseguren un abordaje que proteja a la víctima.

En consonancia, durante los últimos años se registraron importantes avances normativos en materia de protección de derechos de NNyA víctimas y testigos de delitos contra la integridad sexual que se proponen tener en cuenta sus necesidades y las alternativas posibles para mejorar la recolección de pruebas.

A nivel internacional existen distintos instrumentos que establecen los estándares en esta materia (la Convención sobre los Derechos del Niño, las Directrices sobre la justicia para los niños víctimas y testigos de delitos y las Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad, entre otros) y en consecuencia, distintos países adoptaron mejoras y cambios en los sistemas y procedimientos. A grandes rasgos tuvieron tres objetivos principales:

1. Reducir tanto como sea posible el estrés que atraviesan las NNyA a lo largo del proceso, desde que realizan la primera exteriorización hasta la finaliza- ción del juicio.

2. Optimizar las oportunidades para obtener pruebas válidas, confiables y de calidad adecuada durante la investigación.

3. Mejorar la articulación y coordinación entre organismos para optimizar las prácticas de abordaje que recibe una NNyA víctima y testigo.

Así, existen ciertos principios generales que deben ser respetados y garantizados en todo sistema relacionado con la investigación de estos delitos y el abordaje y la protección de NNyA víctimas o testigos sobre los que existe un amplio y notable consenso a nivel internacional. Estos principios pueden ser sintetizados de la siguiente manera:

1. Protección y bienestar de la NNyA

La protección y el bienestar de la NNyA deben ser asumidos como el valor primordial a alcanzar a lo largo de todo el proceso. En consonancia, el trabajo y la capacitación de todos los funcionarios y operadores dentro del sistema de protección y el Poder Judicial con injerencia en la problemática deben estar orientados a minimizar el estrés experimentado por la NNyA, a la vez que se maximizan las oportunidades de obtener pruebas válidas, confiables y de alta calidad. Este principio general supone el respeto y garantía de otros principios y derechos que deben ser tenidos en cuenta durante todo el abordaje de la NNyA:

a. Interés superior del niño: en todo momento debe tenerse primordialmente en cuenta los intereses de la NNyA. También debe atenderse a sus opiniones y visiones dentro del proceso respetándose su dignidad, igualdad y libertad.

b. Derecho a un trato digno: la NNyA debe ser siempre tratada con cuidado y sensibilidad, teniendo en cuenta para cualquier tipo de intervención su situación personal, sus necesidades, su edad, grado de madurez, etc.

c. Protección de la salud: en todos los casos se debe priorizar el cuidado, respeto y protección de la NNyA garantizando el más alto nivel posible de salud física y psíquica y el acceso a servicios de tratamiento integral.

d. Evitar la revictimización: la NNyA debe ser tratada con dignidad y respeto. Debe limitarse al mínimo toda injerencia en su vida privada y canti-

dad de intervenciones a la que sea expuesta, así asegurar que no se realicen intervenciones innecesarias.

Para ello, es fundamental que, por un lado, se realice la video-gra- bación de la entrevista por una profesional específicamente capacita- da asegurando que dicho video-grabación sea utilizado en las distintas instancias y etapas del proceso judicial y, por el otro, que se realice un único examen pericial físico exclusivamente en aquellos casos en que sea estrictamente necesario.

Asimismo, esto supone que no se someta a la NNyA a la atención de diversos y variados profesionales de las mismas especialidades o afines y/o se superpongan evaluaciones similares.

e. Derecho a la seguridad: se deben adoptar todas las medidas de protección necesarias para garantizar la integridad física y psíquica de la NNyA durante y después del proceso judicial, lo que supone que se tomen medidas que tiendan a proteger a la NNyA de la revictimización, venganza, intimidación o amenazas, así como también de todo perjuicio que pueda causarle el proceso de justicia.

f. Derecho a la privacidad: toda información relativa a la participación de la NNyA dentro del proceso debe ser protegida, asegurándose la confidencialidad y restringiendo la divulgación de cualquier información que permita su identificación o utilización para fines inapropiados.

2. Derecho a ser oído

Es fundamental que en todo momento se garantice el derecho de la NNyA a ser oída; su relato y sus opiniones deben ser debidamente tenidos en cuenta en todas las etapas del proceso. Este derecho además supone que se deben crear los medios adecuados para que la NNyA pueda ser eficazmente escuchada.

g. Importancia del relato de la NNyA víctima: las características que ge- neralmente presentan los delitos contra la integridad sexual, de ser consumados en un ámbito privado y sin testigos presenciales y, en muchos casos, la ausencia de evidencias o signos físicos en el cuerpo de la víctima, hacen que el relato de la NNyA claro, preciso y basado en un recuerdo no contaminado sea, en mu- chas ocasiones, uno de los elementos más importantes de la investigación.

Esto supone la necesidad de que todos los operadores involucrados actúen con el mayor de los cuidados y acorde a protocolos estandarizados. Para

ello, es fundamental que los distintos actores intervinientes desde el momento de la denuncia o develación del hecho no interroguen a la NNyA sobre los hechos objeto de denuncia durante las distintas etapas del proceso.

Se recomienda que la NNyA relate lo sucedido por única vez durante la entrevista de declaración testimonial. Por ello, es fundamental que una profesional específicamente capacitada la lleve a cabo lo antes po- sible y la video-grabe. De esta manera, evitará que la NNyA reitere en distintas oportunidades y a diversos actores los detalles sobre los he- chos denunciados durante las distintas instancias y etapas del proceso judicial, incluso el juicio oral.

De esta forma se tiende a evitar la revictimización que supondría un nuevo llamado a prestar declaración, sumado a los riesgos de deterioro del recuerdo, la posibilidad de influencias o intimidaciones externas –tanto para que se calle como para que se retracte- y a la afectación de su predisposición a volver a relatar los hechos.

Sin embargo, en caso que la NNyA relate espontáneamente lo sucedido en cualquiera de las instancias o etapas del proceso, es indispensable que se tome registro textual de su relato, consignándose de manera entrecomillada.

h. Condiciones adecuadas: el derecho a ser oída supone la necesidad de que se garanticen las condiciones adecuadas para que la NNyA pueda expresarse libremente, en un entorno conforme a sus necesidades, características y particularidades. En este sentido los procedimientos que se utilicen deben ser accesibles y apropiados a su edad, grado de madurez y desarro- llo, adaptándolos en aquellos casos en que se trate de una NNyA con algún tipo de condición especial, como puede ser discapacidad mental, desarrollo insuficiente del lenguaje o que requiera de un intérprete cuando no domine el español adecuadamente.

La entrevista de declaración testimonial a la NNyA debe efectuarse lo más rápido posible, preferentemente durante la primera semana posterior al develamiento. Debe ser realizada por una profesional específicamente capacitada en el trabajo con NNyA de diversos grupos etarios, en la realización de entrevistas investigativas forenses, en los psicodinamismos del abuso sexual infantil y en cuestiones legales. Como se especifica en detalle en el anexo 4 de esta guía, deberá aplicar un modelo de entrevista investigativa específico y consensuado basado en un protocolo formal y acorde a las buenas prácticas.

El género de la profesional a cargo es un elemento que debe ser tenido en cuenta. En caso de que la NNyA se niegue a ser entrevistada por un profesional varón debe existir la alternativa disponible de que sea una mujer quien realice la entrevista. También debe considerarse esta posibilidad con NNyA particularmente inhibidas. La habilidad y capacidad de empatía de la entrevistadora forense son de la mayor relevancia porque favorecen la comunicación de la NNyA.

La entrevista debe realizarse en un ambiente diseñado especialmente para este fin, procurando que la NNyA se sienta lo más cómoda y relajada posible, sin interrupciones y en un entorno que le provea privacidad.

La profesional debe procurar un trato calmo, acogedor, amable, que contemple los tiempos de la NNyA y sus necesidades y favorezca la generación de un vínculo de confianza. Estos factores influyen de manera sustancial en la predisposición de la NNyA a brindar testimonio.

Es fundamental que la entrevista sea grabada en video y reproducida en simultáneo mediante un equipo de circuito cerrado de televisión (CCTV) con las características adecuadas para asegurar la obtención de un registro de calidad apropiado en términos de imagen y sonido tal como se detalla en la sección 3 de esta guía, para que pueda ser luego utilizado durante las distintas etapas del proceso y así evitar la revictimización.

Es primordial que el material sea debidamente guardado para garantizar su seguridad y confidencialidad, acorde a protocolos estandarizados.

3. Asegurar la eficiencia del proceso y la obtención de pruebas válidas

Como se mencionó anteriormente, este sistema tiene como objetivos la protección de la NNyA y sus derechos, garantizar su acceso a la justicia y la optimización de las oportunidades de obtención de pruebas válidas dentro del proceso. Esto supone que se respeten distintos principios:

a. Compatibilización de las garantías del imputado y los derechos de la víctima: es necesario respetar y propender a una compatibilización armónica entre las garantías constitucionales del imputado y los derechos constitucionales de la víctima dentro del proceso.

En este sentido, es imprescindible que se tomen todos los recau- dos procesales y técnicos necesarios al momento de la entrevista de declaración

testimonial, no solo para asegurar la protección integral de la NNyA evitando su revictimización y el deterioro de las pruebas, sino también para garantizar el derecho de defensa del imputado.

Por ejemplo, es sumamente relevante que el imputado sea adecuadamente notificado de la entrevista de declaración testimonial a los fines de llevar a cabo un efectivo control de la prueba.

b. Protección contra todo perjuicio que pueda causar el pro- ceso de justicia: la NNyA debe ser protegida contra todo perjuicio que pueda causarle el proceso de justicia. Para ello, es necesario que se tomen todas las medidas mencionadas para evitar su trato inadecuado y la revicti- mización de la NNyA.

Además, es preciso garantizar juicios ágiles, procurar que los actos en los que la NNyA deba participar se celebren sin retrasos, otorgándole preferencia o prioridad a ellos y que sean realizados puntualmente y, en la medida de lo posible, en horarios que no se interpongan con las acti- vidades cotidianas de la NNyA (como el horario escolar).

Asimismo, es imprescindible que la NNyA cuente con profesionales (abogados, especialistas en salud mental, trabajadoras sociales de servicios de asistencia a las víctimas, etc.) que soliciten las medidas necesarias para resguardar su seguridad física, le presten apoyo, asistencia legal, conten- ción emocional y la acompañen desde el inicio del proceso de justicia, brin- dándole a ella y a su familia la información necesaria acerca del desarrollo del proceso.

c. Medios de ayuda para facilitar el testimonio de la NNyA: se deben adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que las NNyA sean entrevistadas con flexibilidad, tacto y sensibilidad, evitando formalismos innecesarios y facilitando la comprensión de los objetivos de la entrevista, con un lenguaje sencillo adaptado a su edad y grado de madurez.

4. Coordinación entre actores y protocolarización de procedimientos

Todos los actores involucrados y los organismos del sistema de protec- ción infantil y el Poder Judicial deben funcionar como equipo, articulando acciones, intercambiando información y participando en la planificación. Es necesario que exista un acuerdo entre la autoridad a cargo de la investigación (juez o fiscal) y el resto de los funcionarios u operadores actuantes (entrevistadora forense, trabajadora social, médica, etc.) en cuanto a la estrategia de investigación

a llevarse a cabo. Además, es preciso que todos los procedimientos se encuentren debidamente protocolizados y estén sujetos a revisión constante.

Para garantizar la aplicación de estos procedimientos especiales de protección es indispensable un trabajo coordinado e interdisciplinario entre los múltiples organismos estatales y privados involucrados que además de trabajar en la investigación deben asegurar la protección y el bienestar de la NNyA y su familia durante todo el proceso y aun finalizado este.

5. Capacitación de profesionales intervinientes y revisión constante de las intervenciones y procedimientos

Es fundamental que todos los actores que intervengan en el abordaje de la NNyA estén capacitados especialmente para la atención de NNyA víctimas y testigos.

Esto incluye, entre otros, a la policía, a los profesionales que realicen la asistencia inmediata, a médicos de hospital y a las entrevistadoras y peritos forenses.

i. Monitoreo y supervisión: el procedimiento de investigación y los mecanismos de protección deben ser regularmente supervisados y revisados por el equipo a cargo con el objeto de identificar oportunidades de ajustes y mejoras. Esto es especialmente necesario en el caso de las entrevistas de declaración testimonial. Para esto, se deben utilizar entrevistas video- grabadas para su análisis y discusión en conjunto.

j. Evaluación interna: Por otro lado, resulta recomendable que se efectúen encuentros periódicos interdisciplinarios en los que participen todos los actores involucrados a fin de intercambiar ideas y perspectivas que contribuyan a mejorar los procedimientos.

6. Recuperación física y psicológica

Es fundamental que se adopten todas las medidas necesarias para asegurar la recuperación física y psíquica de la NNyA y su reinserción social, garantizando el acceso a servicios sociales y de salud, a la escolaridad así como también a servicios de asistencia y apoyo económico, jurídico y de asesoramiento. Es fundamental que los funcionarios que trabajan en el caso

involucren y coordinen con los múltiples organismos del Estado para brindar el resguardo y la asistencia psicológica, social y económica a la NNyA y su familia acorde a las particularidades del caso.

INSTANCIAS DEL PROCESO DE ASISTENCIA E INVESTIGACIÓN PENAL CON NNYA VÍCTIMAS O TESTIGOS

El proceso de abordaje de NNyA víctimas o testigos requiere del trabajo coordinado, articulado e interdisciplinario de distintos organismos y profesionales de diversas disciplinas. Dada la dificultad que este trabajo implica en la práctica es imprescindible que los profesionales actúen de acuerdo a lineamientos específicos. Deben garantizar un abordaje integral que brinde una protección efectiva a la víctima evitando su revictimización y que favo- rezca a la obtención de pruebas confiables y de calidad dentro del proceso judicial.

Por ello, en este apartado se desarrollan los lineamientos específicos presentados a modo de "Buenas Prácticas" a los fines de orientar la actuación de los funcionarios y operadores de cada disciplina involucrados en cada una de las instancias del proceso de asistencia e investigación penal de NNyA víctimas y testigos. Es importante recordar que las "Buenas Prácticas" aquí presentadas no deben ser entendidas como reglas o fórmulas a ser im- puestas de manera homogénea y rígida sino que deben ser adecuadas por los operadores a la realidad concreta de cada caso y lugar.

A continuación se presenta una hoja de ruta que contempla los objetivos principales de cada una de las instancias: 1. Denuncia inicial o develamiento;

2. Asistencia inmediata a la víctima; 3. Investigación judicial, que incluye el examen médico forense y la entrevista de declaración testimonial; 4. Abordaje y seguimiento y 5. Juicio oral. Luego se desarrollan lineamientos específicos de ac- tuación para cada instancia de acuerdo a los principios generales de abor- daje y protección de NNyA víctimas y testigos anteriormente desarrollados.

icas para el abordaje de niños/as y adolescentes víctimas o testigos de abuso sexual y otros delitos

Hoja de ruta

1 Denuncia inicial o develamiento

2 Asistencia inmediata a la víctima

Objetivo: contención, resguardo de seguridad psíquica y física y evaluación de riesgo.
Agentes a cargo: equipo especializado.
Informe: sobre riesgo y recomendación de medidas de protección.

3 Investigación judicial

Objetivo: Evaluar necesidad de tomar medidas para recolectar evidencias, arrestar a posible autor, examen médico forense, etc.
Otras acciones: entrevistar testigos, buscar pruebas corroborativas.

4 Abordaje y seguimiento

Esta instancia comienza una vez concluida la asistencia inmediata y se debe mantener durante todo el proceso e incluso más allá de este.

Objetivo: el área de infancia debe coordinar con los diferentes organismos y servicios para promover el bienestar del niño y su familia. Articulación con Asesoría de Menores.

5 Juicio oral

Utilización de la video grabación de la entrevista y evitar la realización de una nueva en el juicio.

3A
Examen médico forense

Para su procedencia: diferenciar casos recientes de casos de antigua data. Casos recientes deben realizarse lo antes posible.
Priorizar la atención clínica cuando sea necesaria. Coordinar acciones.
Agente a cargo de un profesional médico específicamente capacitado.
Informe médico protocolarizado.

3B
Entrevista de declaración testimonial

Entrevista preliminar
Objetivo: informar al niño, evaluación general, determinar si está en condiciones de declarar.

Encuentro para planificación de la entrevista
Objetivo: elaborar plan de entrevista con temas a desarrollar con participación de juez, fiscal, partes y psicóloga.

Entrevista de declaración testimonial investigativa forense
Objetivo: obtener la mayor cantidad de información precisa y confiable sobre el hecho a partir del relato de la NNyA.

1. Denuncia inicial o develamiento

- Situación inicial. La primera etapa del proceso de abordaje de una NNyA víctima o testigo de violencia o abuso sexual se inicia con la denuncia o develamiento del hecho, generalmente, por parte de la NNyA o su familia o algún adulto perteneciente a su entorno. La develación del hecho puede ocurrir ante una comisaría, fiscalía o juzgado, o bien puede producirse en un organismo de atención a las víctimas, en el hospital o en la escuela, entre otros. Además, puede ocurrir que la NNyA se presente sola o acompañada por un adulto de su confianza.

- Principales acciones a tomar. En todos los casos se deben tomar los recaudos necesarios para proteger a la víctima, procurar que reciba una contención y atención inmediata y dar intervención a la justicia.

- Cuando la NNyA está acompañada por un adulto. Preguntas y protección de la NNyA. Cuando una NNyA se presenta ante un organismo administrativo o judicial acompañada de un adulto legalmente responsable para dar a conocer un hecho de abuso sexual, todas las preguntas que sean necesarias realizar deben ser dirigidas únicamente al adulto. Además, la NNyA debe ser separada y contenida en una sala de espera apropiada mientras se realiza la declaración y las preguntas al adulto. Esto resulta imprescindible para proteger el relato de la NNyA de una posible contaminación.

•Cuando la NNyA está sola. Hecho reciente o no y autor intra o extra familiar. En el caso en el que la NNyA se presente sola es funda- mental intentar identificar si el supuesto hecho habría sido o no reciente y si el autor sería intra o extra-familiar. Esto servirá para determinar la necesidad de que se lleven a cabo las diligencias urgentes necesarias en esta instancia (por ejemplo, el secuestro de objetos cuando el hecho hubiese sido recien- te) y para ponderar si existen riesgos de que la NNyA y/o sus hermanos vuelvan a ser víctimas de un hecho delictivo.

Es recomendable que los distintos organismos cuenten con profesionales especialmente preparados para la atención de NNyA víctimas que se presenten sin compañía de un adulto, máxime teniendo en cuen- ta que si una NNyA que fue víctima de un delito de abuso sexual se presenta sola, probablemente se deba a que no confía en sus familiares. Por ese motivo, habrá que valorar en cada caso la conveniencia o no de citarlos en esa primera instancia

y consultar a la NNyA a qué adulto de confianza querría recurrir, dependiendo de la edad de la NNyA.

- Procurar convocar a un adulto legalmente responsable y de confianza. Teniendo en cuenta la edad y situación de la NNyA, es imprescin- dible en estos casos intentar identificar y convocar a un adulto de confianza y legalmente responsable (padre, madre, tutor o guardador) para que acompañe a la NNyA, realice la denuncia correspondiente y promueva la acción penal.

- Inicio de la acción penal de oficio. En los casos en los que la NNyA se presente sola y no se cuente con un adulto de confianza legalmente res- ponsable que pueda instar la acción o si el adulto legalmente responsable fuese el autor de los hechos, la acción deberá ser iniciada de oficio por el fiscal con comunicación inmediata al asesor de menores.

Si existiera un adulto responsable de confianza que, a pesar de no ser el autor del hecho y de presentarse en el organismo, se opone a instar la acción, el fiscal deberá resolver si iniciar la acción de oficio o no, según el superior interés de la NNyA[5].

Este procedimiento deberá adoptarse en todos los organismos en los que una NNyA se presente sola para dar a conocer un hecho de abuso sexual o cuando los profesionales a cargo de los organismos detecten la posibilidad de que se tratare de un delito.

- Procedimiento en hospitales o escuelas. En los casos en los que la NNyA realice un relato espontáneo en el hospital o en la escuela o se de- tecten indicadores de abuso sexual infantil (Ver Anexo 1 "Efectos/ secuelas, indicadores de abuso sexual infantil. Implicancias prácticas en la justicia"), se deberá dar intervención inmediata a la justicia. En los casos en que no se produzca un

5 El art. 72 del Código Penal de la Nación establece que son acciones dependientes de instancia privada, entre otros, los delitos previstos en los artículos 119, 120 y 130 del CP (delitos contra la integridad sexual) cuando no resultare la muerte de la persona ofendida o lesiones; y las lesiones leves sean dolosas o culposas. En este sentido, prescribe que "en los casos de este artículo, no se procederá a formar causa sino por acusación o denuncia del agraviado, de su tutor, guardador o representantes legales. Sin embargo, se procederá de oficio cuando el delito fuere cometido con- tra un menor que no tenga padres, tutor ni guardador, o que lo fuere por uno de sus ascendientes, tutor o guardador.
Cuando existieren intereses gravemente contrapuestos entre algunos de estos y el menor, el Fiscal podrá actuar de oficio cuando así resultare más conveniente para el interés superior de aquél".

relato pero se detecten indicadores de posible agresión sexual, se debe dar intervención al organismo de protección que establezca la ley correspondiente.

Cualquiera sea el caso, cuando se sospechare que una NNyA fue víctima de un delito, es primordial que el hecho sea denunciado o comunicado a la justicia o al organismo de protección correspondiente para que se lleven a cabo las diligencias necesarias para el caso.

- Prohibición de interrogar. Más allá de las características de cada caso y la realidad en cada jurisdicción, la NNyA no debe ser interrogada en esta instancia inicial bajo ninguna circunstancia. Solo se debe procurar la información mínima sobre el hecho que permita realizar la denuncia y determinar si el hecho sería reciente o de larga data, intra o extra-familiar, realizado por un sujeto conocido o desconocido por la víctima. Por lo tanto, las únicas preguntas que podrían hacerse en esta instancia son ¿qué pasó?, ¿cuándo?, ¿dónde?, y ¿quién lo hizo? En principio, se recomienda que estas sean dirigidas únicamente al adulto denunciante a cargo, a menos que la NNyA quiera relatar espontáneamente lo sucedido.
- Contacto con otras personas. En todo momento durante esta instancia se debe tener especial cuidado por evitar que la NNyA, acompañada o no, permanezca junto con otras personas no conocidas dentro de la dependencia u organismo, especialmente, cuando ella o el adulto que la acompaña se expresan sobre lo que habría sucedido.
- Relato espontáneo de la NNyA. Tal como se indicó en los principios generales, en el caso que la NNyA relate espontáneamente lo que le habría sucedido al operador u oficial (p.ej. de la policía), este no debe interrumpirla sino que debe dejarla expresarse y tomar registro textual e íntegro sobre todo lo dicho. Esta puede ser la única oportunidad en que la NNyA exprese el relato en esos términos, por lo que puede ser sumamente significativo para la investigación que las exactas palabras utilizadas por la NNyA sean reproducidas de manera integral y precisa. También puede ser conveniente que se incluya la descripción de algunas situaciones relevantes, como las circunstancias en las que se realizó la develación de la situación y la descripción de la conducta del NNyA y la del adulto acompañante si lo hubiera. De ninguna manera esto relativiza la indicación hecha anteriormente sobre la

recomendación de que la NNyA no sea interrogada por un operador en esta instancia.

La NNyA no debe ser interrogada en esta instancia inicial bajo ninguna circunstancia. Solo se debe procurar la información mínima necesaria para realizar la denuncia y determinar si el hecho es reciente o no, intra o extra-familiar y realizado por un conocido o desconocido. En caso que la NNyA relate espontáneamente lo sucedido se debe dejar registro íntegro y textual en sede policial, la escuela, el hospital u otro organismo.

Principales cuestiones a tener en cuenta en esta instancia

- La develación del hecho puede ocurrir en distintos organismos y situaciones.
- La NNyA puede hacerlo sola o acompañada de un adulto de confianza.
- En todos los casos se debe dar inmediata intervención a la justicia además de procurar que reciba una asistencia inmediata.
- Si se presenta acompañada, las preguntas deberían ser dirigidas al adulto y la NNyA resguardada.
- Si se presenta sola, se deberá intentar identificar a un adulto responsable y de confianza de la NNyA.
- La NNyA no debe ser interrogada en ninguna circunstancia, más allá de la obtención de alguna información mínima, que en principio debe ser procurada a través del adulto.
- Se debe asegurar que la NNyA espere y sea atendida en un lugar adecuado, sin posibilidades de cruzarse con otras personas ni escuchar el relato que hace el adulto responsable.
- El relato que la NNyA pudiera hacer de manera espontánea debe ser registrado de manera textual y entre comillas, y la NNyA escuchada y contenida.

2. Asistencia inmediata a la víctima

- Primera intervención profesional. Una vez producida la denuncia o develación del hecho, la NNyA debe recibir una asistencia inmediata y profesio- nal.

Esta debe estar a cargo de una profesional de la salud mental (o un equipo de profesionales), específicamente capacitada para la atención de víctimas menores de edad y que preferentemente sea del mismo sexo que la NNyA.

- Objetivos. Esta asistencia se dirige específicamente a brindar a la NNyA una contención psicológica y emocional inmediata, así como a asegurar su seguridad psíquica y física mediante una evaluación del riesgo que determine las posibilidades, por ejemplo, de que se reiteren los hechos denunciados, se registren represalias por parte del imputado o su familia, etc. En función de esto se identificará la necesidad de tomar medidas preventivas (prohibición de acercamiento de un adulto, exclusión del hogar, necesidad de custodia) y/o de atención médica, psicológica y/o psiquiátrica inmediata.

- Organismo especializado y disponible. Para que esta tarea pueda realizarse en todo momento y de manera adecuada es necesario que exista un organismo o un equipo de profesionales especializados organizados mediante un sistema de guardias. En este sentido, a partir de los últimos años varias jurisdicciones cuentan con Comisarías de la Mujer o con una Oficina de Atención a las Víctimas (O.FA.VI.), dependientes del Ministerio Público Fiscal o del Poder Ejecutivo, que toma intervención en todos estos casos y de manera inmediata a la recepción de una denuncia que involucre a NNyA víctimas o testigos.

- Actitud general de la profesional. La profesional debe mantener una actitud de escucha, formulando solo unas pocas preguntas abiertas sobre el hecho que se investiga.

- Espacio físico. Este encuentro debe llevarse a cabo en un lugar y ambiente reservado para proteger la intimidad y dignidad de la víctima.

- Informe sobre lo observado. La profesional (o el equipo) debe presentar un informe en el que se consignen los hechos básicos denunciados, así como la información recogida acerca de las circunstancias de la develación y una valoración del riesgo en los casos en que fuera necesario. Este informe de evaluación debe documentar las fuentes de información y/o los datos en los que se basa al formular una opinión y hacer recomendaciones sobre el caso. Es importante tener en cuenta que en algunos casos esta evaluación puede no ser concluyente, esto es, que la información recolectada no le permita a la profesional expedirse de manera decisiva sobre el caso. Si así fuera, se debe incluir la mayor cantidad de información posible que resulte de interés para la evaluación de la situación de la NNyA y de la causa.

- Información útil para la investigación. El objetivo principal de esta instancia es la atención, contención y evaluación de la víctima. Puesto que no se trata de un interrogatorio ni de una pericia, la información surgida de este primer contacto y útil para la investigación debe ser incluida en el infor- me y registrarse de manera íntegra y textual.

EJEMPLO DE ATENCIÓN INMEDIATA EN LAS PROVINCIAS

Ciudad de Buenos Aires

La Brigada Móvil de Intervención en Urgencias con Víctimas de Delitos Sexuales funciona en la Ciudad desde el año 2006 y depende direc- tamente del Programa "Las Víctimas contra las violencias" a cargo del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación. Cada una de estas Brigadas está compuesta por una psicóloga, trabajadora social y dos oficiales de la Policía Federal que, organizadas en un sistema de guardia permanente las 24 horas durante los 365 días del año, se desplazan en un móvil no identificable hasta el lugar del hecho o la comisaría donde se encuentra la NNyA y se recibió la denuncia. Una vez en el lugar, los profesionales acompañan a la víctima y a su familia, brindándole asistencia jurídica, social y psicológica y, en caso de ser preciso, la trasladan a un hospital público.

La psicóloga completa un formulario pre-impreso denominado "Informe de colaboración" donde consignan los hechos básicos denunciados y algunas referencias básicas sobre las circunstancias de la develación de la situación. Una vez acontecida la situación de emergencia, el caso queda a cargo del "Equipo de Seguimiento", que constituye el segundo momento de las intervenciones. En los casos en que la víctima fuere menor de edad, se da intervención al Con- sejo de Derechos de Niños, Niñas y Adolescen- tes que actúa como órgano de protección.

Esto incluye la posibilidad de que la NNyA brinde información que sea indicativa acerca de la necesidad de recolectar evidencia física o rastros en el lugar del hecho (ropa, vestigios biológicos, videos, archivos informáticos, etc.) o sobre la posibilidad y/o necesidad de citar otras víctimas o testigos.

- Relato espontáneo de la NNyA y otras circunstancias. Tal como se especificó en la primera sección de Principios generales y en rela- ción con la instancia 1 de "Denuncia inicial", la profesional que interviene en esta instancia no debe interrogar a la NNyA sobre lo sucedido, aunque si ella relatara de manera espontánea no debe interrumpirla sino permitirle hablar, escucharla y registrar textualmente lo que diga, de manera íntegra y con las palabras exactas y entrecomilladas.

Como se dijo anteriormente, esta puede ser la única vez en la que la niña exprese su relato y esta información puede ser muy útil para el desarrollo de la investigación.

También es importante que la profesional registre todo lo sucedido, incluyendo la conducta de la NNyA y de las personas que la acompañan y cualquier otro hecho que pudiera ser relevante para la entrevista de declaración testimonial o el desarrollo de la investigación en general (por ejemplo, cuando una NNyA presenta necesidades especiales o alguna discapacidad, o surge una conducta particular por parte de los adultos que acompañan a la NNyA).

EJEMPLO DE ATENCIÓN INMEDIATA EN LAS PROVINCIAS II

Chubut

El Servicio de Asistencia a la Víctima del Delito (SAVD), organismo dependiente de la Procuración General, cuenta con oficinas en distintas localidades de la provincia (Esquel, Sarmiento, Puerto Madryn, Comodoro Rivadavia, Trelew, Rawson y El Hoyo).

El SAVD es el encargado de brindar contención, asesoramiento y acompañamiento a las víctimas de abuso sexual y a sus familias en lo que res- pecta a la atención inmediata. En coordinación con el fiscal del caso, brindan asesoramiento a la víctima respecto a los alcances del proceso y su participación durante las distintas etapas del proceso judicial. Además, intervienen en los casos de violencia intrafamiliar.

El SAVD está conformado por equipos interdisciplinarios integrados por profesionales abo- gados, psicólogas y trabajadoras sociales y cuenta con guardias permanentes durante las 24 hrs. los 365 días del año.

Desde el año 2009, implementaron junto a los sectores de Salud el "Dispositivo de atención de personas en situación de abuso sexual" mediante el cual, ante la toma de conocimiento de un hecho de abuso sexual reciente con acceso carnal en un hospital, escuela o comisaría, se haya efectuado o no la denuncia, se le debe dar intervención inmediata al SAVD quien se encarga de asesorar a la víctima sobre la conveniencia de recibir asis- tencia médica inmediata concurriendo al hospital público de la localidad de la que se trate. En estos casos, un profesional del SAVD realizará la derivación efectiva de la víctima y la acompañará al hospital o centro de salud correspondiente, para que se lleve a cabo la atención médica necesaria según lo dispuesto en el Dispositivo de Atención.

Principales cuestiones a tener en cuenta en esta instancia

- Una vez que se realiza la denuncia o develación, la NNyA debe recibir asistencia inmediata y especializada.

- Procurar brindar a la NNyA contención psicológica y emocional, así como evaluar el riesgo de que vuelva a sufrir una agresión y recomen- dar medidas para preservar su seguridad física y psíquica.
- Necesidad de disponer de un organismo o profesional especializado en atención a NNyA víctimas.
- Registro por escrito, textual y entre comillas del relato espontáneo.
- Producción de informe con hechos básicos denunciados, circunstancias de develación, valoración del riesgo, dichos espontáneos y demás información que resulte útil para la investigación.

EJEMPLO DE ATENCIÓN INMEDIATA EN LAS PROVINCIAS III

Posadas, Misiones

La Comisaría de la Mujer funciona articuladamente con el Poder Judicial desde el año 2008 en Posadas. Atiende específicamente a mujeres y a NNyA víctimas de abuso sexual y violencia intrafamiliar. Están conformadas por mujeres, lo que facilita la denuncia por parte de la NNyA o mujer violentada o abusada. Reciben las denuncias de manera directa o por derivaciones del resto de las comisarías. De la misma forma, cuando la Comisaría de la Mujer recibe denuncias por otros delitos, toman la denuncia y la remiten a otra comisaría.

Una vez que toman la denuncia, ponen en conocimiento al juez de familia o al de instrucción según corresponda, quienes disponen de manera inmediata las medidas a tomar. En la Comisaría no entrevistan directamente a la NNyA sino a sus padres. Si los padres no están presentes o no realizan la denuncia se comunican con el defensor y trasladan a la NNyA a la fiscalía. También se comunican con el cuerpo médico forense quienes junto con la comisaría realizan articuladamente el examen médico correspondiente. Para mejorar esta articulación y el abordaje de las NNyA en esta situación se realizaron diversas actividades desde el Poder Judicial. La Ley 4405 modificatoria de la Ley de Violencia Familiar de la provincia regula las actuaciones de la Comisaría de la Mujer y el procedimiento que debe adoptarse posteriormente.

3. INVESTIGACIÓN JUDICIAL

- Intervención judicial. Producida la denuncia o develación del hecho ante el organismo administrativo, este debe de forma simultánea dar inter- vención inmediata a: (1) profesional (o equipo) especialmente preparada para la atención de NNyA víctimas o testigos y (2) la autoridad judicial que tendrá la

causa a su cargo, esto es, la fiscalía o juzgado de instrucción de turno, según el sistema procesal de cada jurisdicción.

- Decisiones a tomar. En función de la información obtenida hasta el momento –principalmente denuncia e informe de la profesional a cargo de la atención inmediata–, la autoridad a cargo de la causa deberá tomar las decisiones relativas a la planificación y ejecución de la investigación. Entre ellas decidirá sobre la necesidad y procedencia de determinadas diligencias preventivas, de recolectar y preservar evidencia física o rastros en el lugar del hecho, citar otras víctimas o testigos, entre otras. Asimismo, debe decidir sobre la necesidad y pertinencia de que la NNyA víctima sea examinada física, psicológica y psiquiátricamente y que se le tome declaración testimonial y, para cada caso, el momento adecuado para hacerlo. Todo esto, teniendo en cuenta las medidas de protección específicas y fundamentales que se detallan a continuación.

- Pruebas complementarias. Como se desarrolló en la sección Principios generales[6] y se explicará en apartados siguientes, el relato de la NNyA en un caso de abuso sexual infantil es una de las pruebas con mayor rele- vancia dentro del proceso.

Sin embargo, el relato de la NNyA no puede ser considerado equiva- lente a la investigación judicial ni la única prueba posible. Por ello, es fundamental que se aporten otros elementos que puedan resultar rele- vantes para la causa y puedan servir para corroborar el relato obtenido de la NNyA.

Por ejemplo, es importante que las personas que han recibido manifes- taciones espontáneas de la NNyA víctima las puedan reproducir declarando como testigos en la causa, también que quienes tengan contacto con la NNyA víctima (familiares, docentes, vecinos o amigos) puedan relatar cambios de conducta o comportamientos que les hayan llamado la atención y puedan dar cuenta de las situaciones de abuso. Asimismo se puede solicitar que declaren los terapeutas o médicos particulares de la NNyA, previamente relevados del deber del secreto profesional o recurrir al diario íntimo de la NNyA, que es frecuente en las adolescentes, y que puede servir para identificar elementos de prueba vinculados a los hechos de abuso. A su vez, estos elementos de prueba pue-

6 Este punto guarda directa relación con lo desarrollado en el apartado de Principios Generales (sección I) específicamente con el principio general 2 "Derecho a ser oído", p. 15.

den ser complementados con pericias físicas y psicológicas de la NNyA, que deben ser realizadas lo antes posible[7].

A. Examen médico (físico) forense

- Decisión sobre procedencia y necesidad del examen. La au-

toridad a cargo de la causa deberá decidir sobre la necesidad y procedencia de realizar un examen médico forense. Al solicitarlo es importante que especifique el tipo de examen requerido según el hecho presunto (lesiones genitales, para-genitales, extra-genitales, golpes, ataduras, ginecológico) y el plazo dentro del cual este precisa ser realizado, de acuerdo a protocolos estandarizados específicos.

Además, es fundamental que el examen solicitado no exceda lo estrictamente necesario según las pruebas obtenidas hasta el momento. Por ejemplo, no realizar un examen ginecológico cuando la víctima solo refiere haber sufrido tocamientos.

Se debe tener en cuenta si el caso es reciente (es decir, cuando el hecho haya ocurrido aproximadamente dentro de las 72 horas previas) o de larga data para evaluar la necesidad real de llevar a cabo esta intervención sobre la víctima y sus objetivos.

- Disponibilidad de especialistas y recursos. Cuando el caso hubiese sido reciente (hasta 72 horas antes aproximadamente), el examen físico debe ser realizado lo antes posible, esto es en el mismo día o en un máximo de 72 hrs. Esto implica que debe existir un servicio dependiente del Poder Ju- dicial con médicas forenses -ginecólogas y pediatras capacitadas en abuso sexual infantil– y un lugar privado, disponible y equipado para que la NNyA pueda ser examinada con los medios técnicos adecuados para observar lesiones, tomar fotografías y/o recoger rastros biológicos en el caso que se detecten. En caso de no disponer de ese servicio de manera inmediata, la autoridad a cargo de la causa evaluará la conveniencia de solicitar al hos- pital o centro de salud más cercano la realización del examen, teniendo en cuenta la disponibilidad de profesionales y recursos aptos para garantizar el cumplimiento de los recaudos que deben ser tenidos en cuenta.

7 Ver al respecto el Anexo 2 sobre "Ejemplos de elementos para completar la declaración infantil en un caso de abuso sexual", p. 78.

- Protección de la NNyA. Durante el examen médico se debe priorizar el cuidado, la protección y el respeto hacia la NNyA. Este puede llevarse a cabo en compañía de un adulto de confianza de la NNyA que ella designe y nunca debe ser efectuado a la fuerza. En caso de considerarse esencial la práctica del examen médico forense y que la NNyA se niegue, se recomienda solicitar una intervención asistencial con una psicóloga del Poder Judicial u otro organismo para procurar que la NNyA acceda voluntariamente.

- Características y contenidos del examen. El examen debe ser realizado, en principio, una única vez y estar protocolarizado cuidadosa- mente para evitar que este quede sujeto a variables impredecibles (p.ej. examen insuficiente o mal conducido). El examen, de ser necesario, estará integrado por un examen general que incluirá una historia clínica detallada y una evaluación sobre el desarrollo de caracteres sexuales secundarios, un examen genital y conclusiones sobre la correlación existente entre los hallazgos físicos con la factibilidad que sean producto de un abuso sexual. Al respecto se recomienda el protocolo de la Sociedad Argentina de Ginecología Infanto Juvenil.

- Profesional a cargo del examen. El examen médico de una NNyA en busca de signos o evidencias físicas de abuso sexual es sumamente com- plejo y requiere un vasto conocimiento y experiencia en el tema. Muchos de los profesionales médicos, aun los especialistas en pediatría y/o ginecología, pueden no encontrarse específicamente capacitados para practicar este tipo de exámenes y expedirse con conclusiones valederas y confiables. Por estos motivos, es recomendable que el examen esté a cargo de una médica gine- cóloga, especialista en ginecología infanto-juvenil, que haya tenido un entre- namiento específico para los exámenes médicos forenses en abuso sexual in- fantil según los requerimientos establecidos. Es especialmente recomendable que la médica sea del mismo sexo que la NNyA.

En caso de no contar con una médica ginecóloga especialista en gi- necología infanto-juvenil específicamente capacitada, es recomendable que en cada caso se establezca un orden de prelación según las espe- cialidades médicas disponibles en la jurisdicción para este examen y se les provea de una capacitación específica y de protocolos estandariza- dos para esta tarea.

- Espacio físico. El lugar donde se lleve a cabo el examen debe proveerle a la examinada absoluta privacidad, sin posibilidad de que existan interrupciones y, en lo posible, con una decoración amigable y sencilla, preparada para

NNyA. Además, es importante que la sala de espera sea acorde a la situación y que no exponga a la NNyA al contacto con otras personas, especialmente adultos esperando para ser examinados por otras situaciones (por ej.: accidentes, lesiones, etc.). Asimismo, es recomendable que el caso de la NNyA sea tratado como prioritario y, por lo tanto, se reduzca al mínimo posible el tiempo de espera hasta el examen.

- Recaudos necesarios. Fotografías y muestras biológicas. Es importante contar con una cámara para poder incluir un anexo fotográfico. En su defecto, se realizarán gráficos para registrar prolijamente lo hallado, aunque esta opción debe intentar evitarse. A su vez, se debe asegurar el tra- tamiento y la conservación adecuada de las muestras biológicas obtenidas. Esto incluye la cuidadosa identificación, asegurar la cadena de custodia en todo momento, utilización de un soporte seco, mantenimiento de la cadena de frío, según el caso (hisopado vaginal, rectal y bucal; rastros biológicos; extracción de sangre y saliva).

- Información previa necesaria y preguntas a la NNyA. Es recomendable que la médica tenga acceso y haya leído previamente la denuncia y el examen realizado por la profesional que hizo el abordaje inmediato previamente (por ej. OF.A.VI.). Más allá de esto, la médica debe contar con cier- ta libertad para formular las preguntas que a su juicio profesional considere suficientes y necesarias para realizar el examen a los fines de llevar a cabo una exploración e interpretación de los resultados de manera más apropiada, como por ejemplo, ¿qué sucedió?, ¿cómo sucedió?, ¿desde cuándo?, ¿cuánto hace que viene sucediendo esto? Es importante que las preguntas se lleven a cabo de manera sensible y se deje registro textual por escrito de las manifestaciones de la NNyA.

- Casos en los que la NNyA tuviese alguna lesión o patología genital. Atención clínica y coordinación. La atención clínica de la NNyA es en estos casos prioritaria, por lo que si se evaluara necesario debe ser remitida a un hospital o centro de salud incluso antes de que se haya efectuado el examen médico forense.

En estos casos y cuando la NNyA permaneciera internada, la médica forense debe trasladarse al lugar de internación para realizar la revisación médica, tomar todas las muestras, recolectar y preservar los rastros biológicos y fotografiar las eventuales lesiones para incluir en su informe. En caso que

esto no fuese posible, y siempre que la salud de la NNyA lo permita, se debe asegurar el traslado de la NNyA al Cuerpo Médico Forense para el examen.

Resulta muy importante que la médica asistencial y la médica forense coordinen acciones para poder colectar y preservar las pruebas, evitando la pérdida o degradación de estas y la reiteración innecesaria de exámenes físicos a la NNyA

- Comunicación de los resultados. Con el objetivo de brindarle tranquilidad a la NNyA luego del examen, la médica debe comunicarle los resultados de manera adecuada a su edad y situación, salvo en los casos en los que esto sea contrario a su mejor interés. Asimismo, cuando fuese necesario, le debe informar sobre los recaudos a tomar, el tratamiento sugerido, etc. Esta información también debe ser brindada de manera completa y específica al adulto responsable o al asesor de menores. En todo momento, la médica se debe mostrar dispuesta a evacuar cualquier tipo de consulta o duda que tenga la NNyA y al adulto responsable sobre los resultados del examen y sus consecuencias.

- Recaudos y preservación del relato de la NNyA sin contami- nación. La médica debe tener presente la relevancia que tiene el relato de la propia NNyA sobre lo que le habría sucedido para el desarrollo de la investi- gación y, por tanto, debe permanecer lo menos contaminado posible. En este sentido, es recomendable que evite, dentro de lo posible, hacer referencias concretas y descriptivas inapropiadas de sus hallazgos que puedan luego influenciar el discurso posterior de la NNyA. Por ejemplo, no debería utilizar expresiones como "te violaron", "no te pasó nada" o "no tuviste penetración", con el fin de minimizar las influencias post-evento.

- Informe con resultados. Notas de la médica y relato espontáneo de la NNyA. Una vez terminado el estudio, la médica debe hacer un informe que integre toda la información recolectada, incluyendo fotografías y resultados de estudios. Resulta esencial que todas las notas y registros vinculados con el examen médico y las decisiones sean conservadas, ya que son importantes para la investigación y también para evitar eventuales cuestionamientos futuros sobre el accionar médico. Tal como se especificó en la sección I Principios Generales (pág. 13) y como se indicó en las secciones vinculadas con la "Denuncia inicial" (pág. 24) y la "Asistencia inmediata" (Pág. 28), los comentarios que realice de manera espontánea la NNyA sobre los hechos denunciados no deben ser interrumpidos por la médica quien debe registrarlos de manera textual e íntegra e incluirlos en el informe.

La atención clínica de la NNyA en estos casos es prioritaria.

Si la NNyA por cuestiones de salud permaneciera internada, la médica forense debe trasladarse al lugar de internación para realizar el examen médico forense. Resulta muy importante que la médica asistencial y la médica forense coordinen sus acciones.

B. DECLARACIÓN TESTIMONIAL DE LA NNYA

B.1.Cuestiones estructurales sobre la declaración testimonial de la NNyA

- Relevancia de la declaración testimonial de la NNyA. La mayo- ría de los abusos sexuales contra NNyA ocurren en ámbitos ocultos, en los que es muy poco frecuente que existan otras evidencias o testigos, por lo que el testimonio de la víctima adquiere un valor fundamental como prueba en el proceso[8].

Por este motivo, resulta de suma importancia que todos los actores intervinientes, incluyendo los funcionarios y operadores judiciales, tra- bajen de manera coordinada, bajo la dirección del juez o del fiscal y con suma precaución para obtener un relato de la mayor calidad y confiabilidad posibles.

Esto incluye a las distintas instancias descriptas hasta aquí (recepción de denuncia, atención inmediata, investigación judicial, examen médico fo- rense) así como también la propia recepción de la declaración testimonial, incluyendo las distintas etapas que la componen: planificación, encuentro previo y entrevista.

El objetivo específico de la entrevista de declaración testimonial es obtener información precisa, confiable y completa de lo que habría ocurrido a través del relato de la NNyA, por lo que no constituye un examen pericial ni una sesión terapéutica.

- Objetivos. En específico, la entrevista de declaración testimonial se pro- pone obtener información precisa, confiable y completa sobre los hechos denunciados a través del relato de la NNyA. Esto implica una descripción de

8 Esta cualidad destacada del relato de la NNyA se encuen tra incluido entre los Principios generales (sección I) como Principio 2a: "Derecho a ser oído" – "Importancia del relato de la NNyA" (p. 15).

las circunstancias de tiempo, modo y lugar, la identificación del o de los agresores, la caracterización de la conducta de esta persona y de la víctima, sus interacciones que podrían dar lugar a un supuesto evento abusivo, a un presunto abusador, en un lugar y tiempo determinados. Este objetivo básico debe ser perseguido teniendo en cuenta en todo momento la necesidad de minimizar el estrés de la NNyA, a partir de las medidas de protección especialmente instrumentadas a tal fin. Para maximizar la posibilidad de cumplir con este doble objetivo existen técnicas específicas desarrolladas y puestas en práctica en diferentes países hace varios años en función de las cuales se basan las recomendaciones que aquí se presentan[9].

- Especificidad del testimonio infantil y nivel de precisión es- perable. Aun las niñas muy pequeñas tienen la capacidad de almacenar recuerdos por largos períodos y recuperarlos con sorprendente confianza.

Sin embargo, la precisión de la información que podrá obtenerse del relato de la NNyA será diferente para cada caso particular. Esto depen- derá de la edad de la NNyA, su desarrollo cognitivo, el contexto familiar y socio-cultural, el nivel de lenguaje alcanzado y su predisposición a hablar, siendo un factor de suma relevancia la habilidad y competencia de la entrevistadora para lograr la comunicación de la NNyA, entre otros factores.

También influirá si el hecho denunciado habría sido único o crónico y el tiempo transcurrido desde entonces hasta la toma de declaración.

Estas diferentes posibilidades deben ser tenidas en cuenta por los operadores. En los casos de abuso ocurridos hace un tiempo considerable se suelen ubicar épocas de ocurrencia en vez de fechas. A su vez, la bibliografía especializada en testimonio infantil indica la necesidad de vincular la existencia de esas conductas abusivas con situaciones concretas y recor- dables en la vida de la NNyA (cumpleaños, fiestas escolares, vacaciones, estaciones del año, etc.). Ante esto, los magistrados no deberían exigir pre- cisiones tales como el momento y las circunstancias exactas de cada hecho de abuso sexual padecido, así como tampoco el número exacto de hechos, tal como sucede con otras figuras delictivas, salvo en casos particulares de niñas mayores o adolescentes y en hechos únicos y recientes. El estudio de la jurisprudencia indica que

9 Al respecto, se incluyen los principios generales 2.b "Derecho a ser oído" – "Condiciones adecuadas" y 3.b. "Asegurar la eficiencia del proceso y la obtención de pruebas válidas"-"Protección contra todo perjuicio que pueda causar el proceso de justicia" (p. 18).

la tendencia predominante en las recientes decisiones judiciales se ajusta crecientemente a esta necesidad de no exigir la identificación de precisiones excesivas en estos casos crónicos y/o ocurridos hace un tiempo considerable, tal como lo indican los estudios científicos.

- Indagación sobre la vida privada de la NNyA y su historia sexual. Como regla general, no resulta pertinente indagar en la entrevista de declaración testimonial sobre la vida privada o la historia sexual de la NNyA, más allá de los hechos que son el motivo de la investigación, ya que esto excede el objetivo de la entrevista.

En este sentido, se deben impedir cuestionamientos inadecuados por las partes relativos a los aspectos de la vida sexual de la NNyA que puedan ocasionar la afectación de su derecho a la intimidad además de una perturbación emocional. Se debe tener en cuenta que este tipo de preguntas suele reducir la predisposición a hablar de la NNyA, afectan- do su colaboración en el proceso.

Únicamente resulta conveniente que, una vez agotados todos los puntos del hecho que se investiga durante la entrevista de declaración, se le pregunte a la NNyA si ha padecido otros eventos de abuso sexual infantil previos. Esto tiene como finalidad el poder discriminarlos adecuadamente del hecho objeto de denuncia.

- Identificación de síntomas traumáticos. La entrevista de declara- ción testimonial no constituye una pericia, por lo cual no figura entre sus ob- jetivos la identificación de eventuales signos o síntomas que pudieran indicar la existencia de un trauma. Esta tarea se reserva para exámenes periciales psicológicos y/o psiquiátricos que suelen ser solicitados con posterioridad a la entrevista de declaración testimonial, cuando el magistrado lo considera necesario y justificado. Esto no implica desconocer los dichos espontáneos al respecto, así como tampoco el correlato emocional, para-verbal y gestual de la NNyA durante la entrevista de declaración, que deben ser registrados y que serán ponderados posteriormente, tal como se detalla en la indicación específica relativa al informe (pág. 79).

Más allá de esta indicación, se debe tener en cuenta que las NNyA abusadas sexualmente pueden desplegar o no, durante los estudios, emociones y problemas de conducta diversos. Algunas NNyA no presentan sintomatología aparente y muchas veces estos síntomas pueden ser ignorados o

no ser percibidos porque no hay indicadores específicos de abuso sexual, esto quiere decir que las conductas son compartidas con otras patologías o condiciones. Son comunes la disociación y la sobreadaptación, el entumecimiento emocional, los temores de origen aparentemente inexplicado, los trastornos del sueño, las regresiones, los trastornos del apetito, síntomas psicosomáticos, depresión, aislamiento de actividades usuales o con pares, irritabilidad, cambios abruptos de conducta, disminución del rendimiento escolar, agresividad, etc[11].

- Diferencias entre la entrevista de declaración testimonial y el examen pericial psicológico. A diferencia de la declaración testimonial, que tiene como objetivo obtener información precisa, confiable y completa sobre lo que habría ocurrido a través del relato de la NNyA, los exámenes periciales deben responder a cuestiones concretas solicitadas por el magistrado y pueden ser de distinta índole: psiquiátrico, psicológico, ginecológico, clínico, etc. Algunos de los puntos más frecuentemente solicitados en los ca- sos de abuso sexual infantil son: identificación de lesiones, indicadores en la esfera psíquica compatibles con abuso sexual infantil, indicadores de credibilidad del relato, de fabulación patológica en el relato de abuso sexual infantil, de posibilidad de inducción por parte de terceras personas, de corrupción, de alteración de la psicosexualidad, entre otros. El examen pericial puede efectuarse en una única sesión o en varias, de acuerdo al juicio de la evaluadora, las características de la NNyA, si presenta necesidades especiales, etc.

Es importante tener en cuenta que, de acuerdo a la APSAC[12], los exámenes tradicionales o test psicológicos y los dibujos no pueden en sí mismos tomados aisladamente descartar ni probar la existencia de abuso sexual infantil. En cambio, sí pueden asesorar sobre el nivel intelectual o de desarrollo, estado emocional y funcionamiento general.

- Perito de parte en las pericias. Tanto la defensa como la querella tienen derecho a contar con un perito de parte para controlar los estudios. Para permitir esto, sin que se interfiera con el normal desarrollo del estudio (p.ej. establecimiento del rapport entre la examinadora y la NNyA, predisposición a hablar de la NNyA), se recomienda utilizar el sistema de CCTV o cámara

11 Para profundizar en el tema recomendamos ver el Anexo1 "Efectos, secuelas, indicadores de abuso sexual infantil. Implicancias prácticas en la justicia", p. 74.

12 American Professional Society on the Abuse of Children. Más información en: www.apsac.org.

Gesell, que brinde la posibilidad al perito de parte de observar todas las alternativas del examen realizado por el perito oficial desde el exterior y luego, en el caso que lo consideren necesario, presentar un informe propio.

- Diferencias entre la entrevista de declaración testimonial y una sesión terapéutica. Si bien es fundamental que la profesional realice la entrevista en condiciones que resguarden la salud mental de la NNyA, lo cual supone que esté atenta a su estado emocional y le brinde contención si la requiriese, esto no implica que cumpla un fin terapéutico. Como se dijo antes, la entrevista tiene un objetivo investigativo específico y pretender que cumpla otro objetivo adicional, como ser terapéutico, está desaconsejado, ya que puede generar confusiones y afectar el desarrollo de la entrevista.

Asimismo, tampoco es recomendable que la psicoterapeuta de la NNyA intervenga en la entrevista de declaración, por ejemplo como perito de parte, ya que estos roles son diferentes, tienen objetivos claramente distintos y no resultan intercambiables.

- Presentación de un informe con las conclusiones de la entrevista. La normativa procesal de algunas provincias indica que la profesional a cargo de realizar la entrevista de declaración testimonial debe presentar un informe con sus conclusiones. Sin embargo, no suelen especificar los contenidos a incluir en este informe. Otras provincias, en cambio, no hacen alusión a la necesidad de realizar un informe.

En los casos en los que se decida realizar un informe, se recomienda que este incluya únicamente una descripción de lo acontecido durante la entrevista, en términos de la predisposición de la NNyA a hablar, si se observó algún impedimento para brindar testimonio de manera válida por limitaciones del lenguaje o cognitivas u otras, así como una descripción de la conducta, de su correlato emocional y gestual durante el relato.

En los casos en los que el material producido por la NNyA así lo amerite, podrá hacerse referencia a la valoración preliminar de la verosimilitud del relato o si se advirtieran factores que impidieron la obtención de un relato confiable, completo y válido (por ejemplo, NNyA intimidada, negación o evitación al ser interrogada, retractación). Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el análisis de la credibilidad integral de los dichos de la NNyA es un paso posterior al que se arriba luego de valorar las producciones de la víctima en las diferentes instancias y a partir de la totalidad de los elementos recabados en el

expediente y de manera integrada, incluyendo por ejemplo los resultados de la entrevista de declaración, los exámenes periciales psicológico, psiquiátrico y/o ginecológico, así como los datos brindados por el cuidador no ofensor entre otros.

Cabe dejar en claro que, según la jurisprudencia tanto nacional como provincial, el informe que en algunos casos se realiza a partir de la declaración testimonial no reviste la calidad de peritaje, ya que el Código Procesal Penal de la Nación y la mayoría de sus equivalentes provinciales incorporan la declaración realizada mediante cámara gesell o CCTV en el capítulo ati- nente a los "Testigos" y no en el de los "Peritos". En este sentido, lo sustan- cial del acto lo constituye el propio relato de la NNyA y no el informe que en algunos casos se efectúa a posteriori.

En definitiva, se trata de un modo distinto de producir una declara- ción testimonial con el fin de proteger a la NNyA y evitar su revictimización y el informe al que hacen alusión las normas procesales se dirige a que la profesional realice observaciones acerca de lo percibido durante el relato de la NNyA que puedan aportar elementos que sean útiles para el proceso.

- Dichos textuales. En principio el informe psicológico de declaración testimonial no precisa incluir la transcripción de algunos o todos los dichos textuales de las NNyA, ya que esta información está contenida en la videograbación y resulta de fácil y directo acceso por las partes y el magistrado.

- Persona a cargo de la entrevista de declaración testimonial. Necesidad de capacitación específica. En principio, la exigencia de que la persona a cargo de la entrevista de declaración testimonial sea psicólogo/a no garantiza que cuente con las habilidades y conocimientos imprescindibles para realizarla adecuadamente y conseguir un relato confiable y completo. Como se dijo, la tarea supone el objetivo de asegurar la protección de la integridad de la NNyA y brindarle un trato que no tenga efectos revictimizantes pero también de conseguir que pueda dar a conocer la mayor cantidad de información posible y de manera confiable sobre lo que le habría sucedido. En relación con este objetivo, distintos estudios científicos de diferentes países dan cuenta de manera contundente de la necesidad de que las profesionales participen de actividades de capacitación específicas e intensivas y de actualizaciones periódicas relativas a las prácticas forenses. En este sentido, se ha demostrado que la cantidad y la calidad de información que la NNyA termina aportando está en directa

relación con la capacidad del adulto para relacionarse con ellas y conducir el intercambio[13].

En general, se suele considerar que estas entrevistas no solamente pueden ser realizadas por psicólogas sino también por profesionales de disciplinas afines tales como la psicopedagogía, el trabajo social o la psiquiatría, en tanto y en cuanto cuenten con la formación anteriormente referida. Sin embargo, la reforma al Código Procesal Penal de la Nación y la mayoría de las modificaciones hechas en los textos provinciales incluyeron específicamente el requisito de ser "psicólogo especialista en niños y/o adolescentes" atento a la complejidad de la tarea implicada.

Incidencia del contexto psicoemocional y el entorno físico

Ambos factores influyen (ayudan o interfieren) en la obtención del relato de la NNyA, al condicionar fuertemente su predisposición a hablar.
Desde la NNyA: por temores e inhibiciones, presiones del entorno o internas, amenazas, limitaciones cognitivas del lenguaje, discapaci- dades, etc.
Desde la entrevistadora: capacitación, supervisión, empatía, entorno-privacidad, confianza con entrevistadora, género de la entrevistadora, experiencia, técnica empleada, factores subjetivos, tiempo dedicado, repetición de entrevistas, demoras, etc.

- Monitoreo y revisión interna. La capacitación constituye el puntapié inicial para el desarrollo de las habilidades y conocimientos necesarios para realizar las entrevistas adecuadamente, esto es, conseguir la mayor cantidad y calidad de información en un clima de confianza y cordialidad que evite cualquier perjuicio para la NNyA. Pero más allá de esta capacitación, como se mencionó en los principios generales[14], es fundamental que exista un sistema permanente de supervisión y revisión interna de las entrevistas y del procedi-

13 Lamb, M. E., Hershkowitz, I., Orbach, Y., & Esplin, P. W. Tell me what happened: Structured investigative interviews of child victims and witnesses. Chichester, UK and Hoboken, NJ: Wiley, 2008.

14 La necesidad de este sistema surge específicamente de los desarrollado en el Principio general 5 "Capacitación de profesionales intervinientes y revisión constante de las intervenciones y procedimientos" (p. 19).

miento, como un medio para que las entrevistadoras revisen y mejoren sus técnicas. Esto incluye el observar en video y discutir en conjunto, de manera periódica, el desarrollo de determinadas entrevistas.

- Intercambio entre actores. De manera complementaria a esta instancia de supervisión y revisión interna es sumamente recomendable efectuar encuentros de intercambio periódicos en los que participen los distintos actores interesados (jueces, fiscales, asesores de menores, psicólogas y otros funcio- narios judiciales) para discutir opiniones y ajustar las maneras de trabajar[15-16].

- Trabajo en equipo / psicóloga monitora. Beneficios. La experiencia internacional demuestra los beneficios de conformar un equipo de dos personas para realizar cada entrevista de declaración testimonial. Esto supone que una de las profesionales actúa como persona a cargo de la entrevista a la NNyA y la otra como psicóloga colaboradora o monitora, quien permanece en la sala de observación (o en la sala de equipos en el caso que esta estuviera separada), junto con el resto de los actores.

Este sistema permite que la psicóloga monitora pueda hacer un seguimiento de la entrevista, asegurando que no queden cuestiones por tratar en función de la planificación previa y se respeten las necesidades de la NNyA. También cumple con la función de interactuar con la autoridad a cargo de la entrevista (juez o fiscal) durante su desarrollo, aclarando dudas y corroborando que, en la medida de lo conveniente, sus pretensiones e interrogantes sean tenidas en cuenta.

- Interacción entre la psicóloga y las partes. En el momento en el que la psicóloga a cargo lo considere oportuno hará un intervalo que le permita salir de la sala de entrevista por unos instantes. En ese momento, la psicóloga colaboradora le transmitirá a la entrevistadora las eventuales cuestiones pendientes y las inquietudes que hubiesen sido comunicadas por el magistrado para que esta las incluya en la última parte de la entrevista. Esta interacción deberá ser lo más breve posible, ya que la NNyA permanecerá en el recinto esperando el regreso de la psicóloga.

15 En los casos en los que se utilicen las grabaciones de las entrevistas en estos encuentros se recomienda tener en cuenta la necesidad de proteger la intimidad y dig- nidad de la NNyA entrevistada. En algunos casos será necesario solicitar la autorización del adulto responsa- ble y/o realizar algún tipo de deformación de la imagen y la voz, según el caso.

16 La necesidad de llevar a cabo estos encuentros surge de lo desarrollado en el Principio general 4 "Coordinación entre actores y protocolarización de procedimientos" (p. 18).

- Este intercambio también puede llevarse a cabo mediante algún sistema de intercomunicación, que le permita a la psicóloga a cargo de la entrevista, recibir las inquietudes cuando decida realizar un intervalo sin la necesidad de salir de la sala. Sin embargo, este sistema debe ser utilizado de manera cautelosa y evitar interrumpir a la psicóloga antes que ella decida hacer la pausa, de lo contrario, se afecta el curso de la entrevista y el clima de intimi- dad y confianza necesario para mantener el rapport con la NNyA.

Este procedimiento resulta muy importante para asegurar la calidad global de la entrevista y que se hayan cubierto los puntos identificados, lo que será fundamental a lo largo del proceso judicial y del juicio oral para evitar que la NNyA sea entrevistada nuevamente o se produzcan eventuales impugnaciones por defectos de la entrevista[17].

> Es fundamental que las profesionales a cargo de la entrevista participen de actividades de capacitación específicas e intensivas y de actualizaciones periódicas, ya que está demostrado que la cantidad y la calidad de información que la NNyA produce está en directa relación con la capacidad del adulto para relacionarse con ella y conducir el intercambio.
>
> Además, también está probada la incidencia de la supervisión y revisión de este trabajo en la información obtenida.

B.2. Espacio físico y equipamiento

- Características del espacio físico. El espacio físico en el que se de- sarrolla la entrevista a la NNyA debe estar especialmente acondicionado para este fin. Debe ser silencioso, con aislamiento de ruidos externos y no debe haber interrupciones de ningún tipo. La decoración debe ser amigable y ade- cuada para NNyA de diferentes edades. Debe transmitir una sensación de calidez y comodidad, ser atractiva aunque sencilla para evitar distracciones.

- Amueblamiento. Los muebles deben ser adecuados para NNyA de diferentes edades y estar preparados con anterioridad a la entrevista. Por ejemplo, la mesa y las sillas a utilizar con una adolescente de 17 años serán diferentes a las que se usen con una niña de 4 años.

17 Esta afirmación guarda estrecha relación con lo especificado en el Principio general 3 "Eficiencia del proceso y obtención de pruebas válidas" (p. 17).

- Elementos y juguetes. En la sala de entrevista debe haber algunos elementos como papel, lápices, crayones por si la NNyA quiere dibujar o escribir para asistir el relato y también porque pueden ayudar a reducir la ansiedad de la NNyA. Sin embargo, en cuanto a los juguetes, existe con- senso sobre la necesidad de que solo haya un número limitado y que sean apropiados para la edad. Es recomendable que estén, en principio, fuera del alcance de la vista de la NNyA y que solo sean introducidos cuando la psicóloga lo considere necesario para facilitar u apoyar el relato, especial- mente con niñas de edad pre-escolar y escolar. En el caso de que la NNyA realice dibujos o escritos, estos deben ser remitidos junto con el informe al que luego podrán acceder las partes.

- Otros elementos a tener en cuenta. También es importante asegurar que la NNyA esté cómoda en todo momento y que cuente, por ejemplo, con agua o con la posibilidad de ir al baño previamente, a fin de minimizar las posibles interrupciones, especialmente con NNyA pequeñas.

- Sistema de circuito cerrado de televisión (CCTV). En principio el sistema más utilizado en Argentina para estas entrevistas y su grabación en video ha sido la cámara Gesell. Esto supone la existencia de dos salas con- tiguas separadas por un vidrio a través del cual las partes pueden observar en simultáneo las alternativas de la entrevista sin interferir. Sin embargo, la experiencia internacional en la temática, e incluso lo que viene aconteciendo en distintas localidades de la Argentina en los últimos años, es contundente en cuanto a la conveniencia de utilizar un sistema de CCTV. Este sistema cuenta con la ventaja de tener una instalación mucho más económica y sencilla, ya que solo requiere la existencia de dos salas, que no precisan ser contiguas y un equipo de videograbación y micrófonos conectados a una televisión en la sala de observación. Por lo tanto, al obviar el vidrio espejado, la configuración de la sala resulta menos intimidante. De hecho, toda la logística se simplifica, pues la aislación de sonido es menos problemática y no hay que extremar las precauciones para que la NNyA no se encuentre con las otras partes del proceso al ingresar y salir de la sala.

Ventajas de la utilización del sistema de CCTV

Instalación más sencilla y económica
Acondicionamiento de la sala menos intimidante para la NNyA
Aislación de sonidos externos mucho más sencilla
Mayores facilidades para evitar cruces entre la víctima y el imputado y su abogado o familiares.

- Accesos independientes. Resulta fundamental que la sala de entrevista cuente con un acceso que sea absolutamente independiente al de la sala de observación, donde estarán presentes los otros actores.

Esto asegura que la NNyA no se encuentre ni antes ni después de la entrevista con el imputado, su abogado o los familiares, algo que puede ser sumamente traumático e intimidante para la NNyA y negativo para el desarrollo de la entrevista de declaración testimonial.

Como se dijo, este requisito puede ser mucho más fácilmente asegurado cuando se utiliza el sistema de CCTV en vez de la cámara Gesell. Incluso, este sistema permite que la sala de entrevistas esté ubicada en un edificio diferente al de la sala de observación, evitando por completo la posibilidad de que la NNyA víctima se encuentre en algún momento, como ser la puerta de ingreso por la calle, con el imputado.

- Seguimiento remoto. También el sistema de CCTV permite que la sala de entrevistas a donde tiene que concurrir la NNyA se encuentre en un espacio diferente a los recintos forenses y/o judiciales que suelen tener una nutrida concurrencia. Esto puede efectuarse mediante una sencilla instalación adicional que permita la transmisión de la entrevista por red o internet en la sala de observación instalada en otro edificio o sección. Este sistema además posibilita que los funcionarios puedan observar la entrevista en simultáneo desde la PC en sus despachos, en caso que no puedan trasladarse hasta la sala de observación.

- Sala de espera. Es importante que se disponga una sala de espera separada y agradable para la NNyA, equipada con algunos juguetes y otros elementos que la ayuden a distraerse y reducir su nivel de estrés, hasta tanto hayan arribado todos los actores requeridos y se pueda iniciar la entrevista. Sin embargo, para evitar el cansancio y la ansiedad que le puede generar la espera, es conveniente que, en la medida de lo posible, la víctima pueda entrar de manera inmediata a la sala de entrevista sin esperar por mucho tiempo, especialmente cuando se trata de niñas pequeñas.

- Selección e instalación del equipamiento apropiado. La adqui- sición del equipamiento y su configuración debe ser planificada con anteriori- dad y tomando los recaudos necesarios. Esto evita problemas futuros relativos a la calidad de la imagen y el audio de las grabaciones, reduce costos y pér- didas de tiempo. El equipamiento debe cumplir los siguientes requisitos:

- Contar con un procedimiento seguro y sencillo para la grabación y la preservación del material. Esto significa que no se corte repentinamente la grabación, no se borre la información, etc.

- La sala debe estar preparada para asegurar el aislamiento de sonidos del exterior, por ejemplo, contar con doble vidrio en caso de tener alguna ventana, tener micrófonos de ambiente que estén aislados de los sonidos que se transmiten por la estructura del edificio, entre otros.

- Debe asegurar la obtención del audio con una calidad adecuada, teniendo en cuenta que es muy frecuente que las NNyA en esta situación, especialmente cuando son pequeñas, bajen el volumen de voz, hablen hacia el suelo, se trasladen por la sala.

- Debe contar con al menos dos cámaras de video que puedan ser controladas desde el exterior para asegurar que se pueda seguir a la NNyA, que se pueden captar sus gestos y movimientos corporales, tanto si per- manece sentada como si se traslada por la sala.

B.3. ETAPAS DE LA ENTREVISTA DE DECLARACIÓN TESTIMONIAL

B.3.1. Encuentro(s) previo(s) con la víctima

- Características y objetivos. Tanto la experiencia internacional como nacional de los últimos años dan cuenta de la importancia de llevar a cabo al menos un encuentro preliminar con la NNyA a fin de que pueda sentirse más cómoda y, de esta manera, tener mayores probabilidades de que la entrevista de declaración se desarrolle con éxito. Este encuentro preliminar tiene como objetivos principales el informar adecuadamente a la NNyA sobre las características y objetivos de la entrevista y evaluar las características particulares de la NNyA y la conveniencia y posibilidades de que participe.

Objetivos

-Informar. Brindar información a la NNyA sobre el proceso, las características de la entrevista testimonial en la que participará, los objetivos de esta, sus reglas básicas, qué se espera de ella y quién la realizará. Esta información debe ser transmitida de manera adecuada a la edad, el desarrollo cognitivo y el estado emocional de la NNyA y en función de estos factores. La información se le proveerá en forma individual o con la presencia del

adulto a cargo. En algunas circunstancias, la presencia del adulto puede ser tranquilizadora para la NNyA y puede servir para que se sienta avalada para hablar con una persona extraña sobre lo que le habría ocurrido.

-Evaluación general. El segundo objetivo de este encuentro es realizar una evaluación general de la NNyA, que incluya los siguientes factores: forma en que la NNyA prefiere ser llamada; (2) su habilidad y dis- posición para hablar en una entrevista formal ante una entrevistadora y específicamente su capacidad para contestar preguntas abiertas o si resultara necesario un abordaje especial; (3) el nivel de desarrollo cognitivo, social y emocional; (4) su nivel de lenguaje y el entendimiento de conceptos relevantes para la investigación forense como el tiempo y la edad; (5) la existencia de requerimientos o necesidades especiales (por ejemplo, necesitar un intérprete en el caso de que no hable español o sea sordomuda), o de estar acompañada por la persona de confianza, por ejemplo, en casos de niñas de edad pre-escolar); (6) identificar si sufrieron otros abusos en el pasado o si ya tuvieron una entrevista de declaración testimonial en otra causa; (7) problemas clínicos o psiquiátricos que sean evidentes que puedan afectar el desarrollo de la entrevista (por ejemplo, depresión, ansiedad extrema, ataques de pánico).

-Determinar conveniencia de entrevista. El tercer objetivo, y vincu- lado con el anterior, es la necesidad de determinar si la NNyA está o no en condiciones de participar de una entrevista de declaración testimonial. Esto evitará que una NNyA llegue a la instancia de entre- vista testimonial cuando hubiese mostrado señales claras de no estar preparada, estar emocionalmente reticente y/o estar sufriendo una si- tuación de intimidación o amenaza.

-Información al adulto. Asimismo, este encuentro debe servir para informar al adulto a cargo acerca de los procedimientos judiciales, el objetivo y las características de la entrevista de declaración testimo- nial u otras medidas y otros estudios que eventualmente se ordenen (por ejemplo, pericias ginecológicas, psiquiátricas y psicológicas o un allanamiento), así como para recomendar al adulto que evite dis- cutir los hechos a investigar con la NNyA a fin de minimizar el riesgo de contaminación del relato infantil. Este asesoramiento brindado al adulto puede ser también realizado por el propio personal del juzgado o fiscalía contemplado como un derecho de las víctimas a conocer el desarrollo del proceso.

- Momento del encuentro. Este encuentro debe hacerse con posterioridad a la recepción de la denuncia y la atención inmediata, pero debe ser previo a la entrevista de declaración testimonial, ya que servirá para contar con información útil a la hora de hacer la planificación de esta. Sin embargo, la cantidad de encuentros y el momento exacto dependerá de las necesida-

des del caso particular y también de la conveniencia de que se realice tan solo unos momentos antes de la propia entrevista de declaración, para evitar el traslado de la NNyA en más de una oportunidad.

- Profesional a cargo. En la mayoría de los casos este encuentro preliminar con la NNyA está a cargo de la misma psicóloga que luego llevará a cabo la entrevista de declaración testimonial. Esto supone la ventaja de aumentar las posibilidades de que se construya una relación de cierta confianza o rapport. Sin embargo, en algunas localidades prefieren que estas instancias estén a cargo de profesionales diferentes. Esto puede decidirse según las circunstancias del caso particular así como los recursos disponibles en cada localidad, entre otros factores.

- Recaudos. Se debe evitar discutir con la NNyA los aspectos relacionados con los hechos que serán objeto de la entrevista de declaración testimonial. Sin embargo, deben registrarse de manera textual y completa los comentarios espontáneos que eventualmente surjan y las circunstancias disparadoras.

B.3.2. Obtención de información y planificación de la entrevista

- Recolección previa de información. La calidad de una entrevista de declaración testimonial depende en gran medida de la posibilidad de contar –de manera previa a la entrevista– con información esencial sobre la NNyA, su contexto, su situación general, el hecho que se imputa y otros elementos relevantes para la investigación. Por lo tanto, cuando sea posible, se debe procurar obtener esta información para facilitar el proceso de evaluación y planificación de la entrevista.

- Información que puede ser relevante para el desarrollo de la entrevista de declaración testimonial. Esta información puede tener relación con tres aspectos principales:

- La NNyA y su entorno: antecedentes de abusos sufridos, ingresos en hospitales, comportamiento en la escuela, composición de la familia e inte- racción con sus miembros, situación socio-económica de la familia, etc.;

- El hecho que se imputa: tiempo y ubicación aproximados, característi- cas de la escena y circunstancias de la develación y denuncia;

- Otros elementos: la existencia de inconsistencias u omisiones significa- tivas en la evidencia y/o en los relatos, dibujos realizados por la NNyA, entre otros.

La calidad de una entrevista de declaración testimonial depende en gran medida de la posibilidad de contar con información previa sobre la NNyA y su contexto.

Por lo tanto, cuando sea posible, se debe procurar obtener esta información para facilitar el proceso de evaluación y planificación de la entrevista.

- Fuentes de obtención de información. Esta información puede provenir de diferentes fuentes:

- Lectura del expediente: incluye la denuncia, el informe realizado en la atención inmediata, declaraciones testimoniales, la indagatoria al acusado, el informe del encuentro preliminar y otros documentos que puedan estar incluidos.

- Informe socio-ambiental. Lo efectúa una trabajadora social a partir de visitas al domicilio de la NNyA, entrevistas con sus familiares u otras personas relevantes de su entorno (por ejemplo: vecinos, otros parientes no convivientes). En el caso que fuese posible, este informe también puede incluir la visita a la escuela y otros ámbitos relevantes donde participe la NNyA. En todos los casos, la finalidad de estas actividades es obtener información complementaria respecto de la NNyA por lo que se debe mantener una necesaria discreción ante la posibilidad de traer a la luz información sensible sobre la NNyA y su historia familiar que no esté directamente relacionada con el propósito de la entrevista de declaración testimonial.

- Informe sobre antecedentes. Incluye antecedentes que la NNyA pueda tener como víctima o sobre intervenciones médicas y/o psicológicas previas. Esta información puede obtenerse en una primera instancia sobre la base de entrevistas con los familiares y luego, en el caso que surgieran datos al respecto, debe ser profundizada a partir del acceso a expedientes, historias clínicas, informes escolares y/o entrevistas con maestros o directi- vos de la escuela, etc.

- Secreto profesional. Sobre la posibilidad de contar con información provista por los referidos profesionales vale la pena aclarar que, en tanto la NNyA está involucrada en el proceso como víctima y no como imputada, el

juez puede relevarlos del secreto profesional lo cual les permitirá aportar la información que consideren pertinente para los fines de la investigación.

- Encuentro de planificación de la entrevista de declaración testimonial. Una vez obtenida esta información se recomienda hacer un breve encuentro de planificación de la entrevista que, de acuerdo con la realidad de cada poder judicial, pueda incluir a los diferentes actores rele- vantes el proceso: juez, fiscal, secretario, psicóloga, profesional de la OFAVI, asesor de menores. Esto permitirá compartir la información más importante disponible en la causa y acordar los temas a ser requeridos a la NNyA y las posibles preguntas, así como conocer la opinión de los diferentes actores sobre la estructura y el plan general de entrevista, teniendo en cuenta las particularidades de cada caso y la incidencia de factores como la edad del niño, el género, el nivel socio-económico, lenguaje, religión, necesidades especiales, entre otros.

- Participación de las partes. Es recomendable que se procure la par- ticipación de los abogados querellante y defensor en esta instancia previa a la entrevista para presentar sus requerimientos en relación con la posibilidad de interrogar a la NNyA sobre otros hechos, o de plantear ciertas preguntas alternativas para eventuales respuestas y/o la necesidad de evitar que las preguntas induzcan la respuesta de la NNyA o la intimiden. También se puede aprovechar este momento para plantear la necesidad de que se tengan en cuenta ciertos requerimientos especiales de la NNyA. De esta manera, evitará complicaciones e interrupciones que suelen afectar el adecuado desarrollo de la entrevista de declaración testimonial.

- Audiencia preliminar u otras alternativas simplificadas. El encuentro entre los funcionarios y las partes puede concretarse en una au- diencia preliminar. Si no fuera posible, puede llevarse a cabo unos minutos antes de la entrevista de declaración testimonial. Otra alternativa consiste en dar vista a las partes para que presenten sus requerimientos por escrito. Esto puede hacerse en la propia notificación de la entrevista de declaración testimonial y debería dar la oportunidad a las partes de tomar conocimiento y contestar lo presentado por la otra parte.

- El plan de entrevista. El resultado de este proceso debe ser un plan de la entrevista por escrito que luego sea utilizado durante la entrevista de declaración testimonial para asegurarse que todos los temas hayan sido cu-

biertos. Este plan debe identificar claramente temas y áreas de exploración, que orienten el trabajo de la entrevistadora forense, pero que además le permitan actuar con la flexibilidad que el trabajo con NNyA requiere. Esto supone que el plan de entrevista sea acorde con la concepción general que se detallará a continuación sobre la conveniencia de favorecer el relato de la NNyA con la menor cantidad de intervenciones posibles por parte de la entrevistadora forense. En este sentido, debe ser fundamentalmente orientativo y no incluir únicamente un pliego de preguntas, lo cual puede resultar insuficiente e inadecuado para cumplir con el modelo de entrevista que se recomienda utilizar.

Es recomendable que se realice una planificación previa entre todas las partes a través de un plan de entrevista que sea acorde con la concepción general sobre la conveniencia de favorecer el relato de la NNyA con la menor cantidad de intervenciones posibles por parte de la entrevistadora forense.

B.3.3. Entrevista de declaración testimonial

- Importancia de una técnica de entrevista apropiada. Aunque las NNyA pueden recordar los incidentes que han experimentado, la relación entre la edad y la memoria es compleja y hay una cantidad de factores que influyen en la calidad de la información que pueden aportar. Entre estos, los más importantes son la predisposición de la NNyA para brindarla y, sobre todo, la habilidad de la entrevistadora para obtenerla. Por lo tanto, es posi- ble obtener información valiosa por parte de las NNyA pero se requiere de procedimientos cuidadosos y de una toma de conciencia respecto de las tendencias y capacidades de las NNyA.
- Modelo de entrevista en etapas. Investigadores en distintos países del mundo estudian desde hace varios años el resultado de aplicar diferen- tes modelos en entrevistas forenses con NNyA. Si bien no existe un protocolo de entrevista único y rígido que deba seguirse punto por punto en todos los casos, los resultados son contundentes en cuanto a los beneficios de utilizar el modelo de entrevista estructurada en etapas, por sobre otros modelos o la realización de entrevistas no estructuradas. Estos resultados han sido convalidados

por diferentes estudios científicos a nivel internacional[18] e incluso es coherente con la experiencia de varias provincias del país durante los últimos años.

- Protocolo de entrevista. El ejemplo más influyente de este modelo es el Protocolo de NICHD[19], elaborado en 2000 y que desde entonces y luego de una serie de revisiones es aplicado en la mayoría de los países desarro- llados. Este modelo divide la entrevista en tres etapas: (1) introducción; (2) construcción del rapport y (3) relato libre o sustantivo. El modelo se fundamenta en la importancia de construir una situación de rapport o confianza previa al comienzo de la entrevista en sí y, una vez conseguido esto, en facilitar el recuerdo libre de la NNyA con la menor cantidad de intervenciones posibles. Para conseguirlo en la etapa de relato libre o sustantivo se propicia que la NNyA describa en sus propias palabras exactamente lo que le ha sucedido a partir de una serie de comentarios y preguntas de final abierto. Cuando la fase de relato libre ha concluido, la entrevistadora puede realizar preguntas aclaratorias, focalizadas y específicas para expandir y clarificar detalles. A modo de cierre, la entrevistadora tratará luego algunos tópicos más livianos para facilitar la transición de la NNyA a la salida. El recuadro "Etapas de la entrevista de declaración testimonial' detalla los principales componentes de cada una de estas etapas mientras que en el Anexo 4 se aborda el tema aún con mayor profundidad.

- Componentes de toda entrevista. Este enfoque reconoce que toda entrevista contiene dos elementos principales:

- Elemento social. Este primer elemento tiene que ver con la necesidad de establecer un rapport, es decir, un vínculo de confianza al inicio de la entrevista previo a entrar en la temática de abuso. Por lo general las víctimas o testigos solo están dispuestas a relatar lo sucedido a personas que les transmiten

18 El Profesor Michael Lamb, de la Universidad de Cam- bridge en el Reino Unido, integra uno de los equipos de investigación más reconocidos que realizó varios estudios empíricos sobre los resultados que la aplicación de mo- delos estructurados de entrevista sensibles al desarrollo evolutivo de las NNyA tienen sobre la cantidad y calidad de la información obtenida. Entre ellos se puede mencio- nar: Pipe, M. E., Lamb, M. E., Orbach, Y., & Cederborg, A.-C. (Eds.) Child sexual abuse: Disclosure, delay, and denial. Mahwah, NJ: Erlbaum, 2007; Lamb, M. E., Orba- ch, Y., Hershkowitz, I., Esplin, P. W., & Horowitz, D. Structure forensic interview protocols improve the quality and informativeness of investigative interviews with children: A review of research using the NICHD Investigative Interview Protocol. Child Abuse and Neglect, 2007, 31, 1201-123.

19 NICHD es el National Institute of Child Health and Human Development (Instituto Nacional para la Salud de la Infancia y el Desarrollo Humano), un organismo público de EE.UU. perteneciente al sistema judicial, destinado a la investigación científica en estos temas.

confianza y con las que se sienten cómodas, esto es especialmente así en el caso de NNyA y otras víctimas vulnerables. Por lo tanto, la primera fase de toda entrevista implica la construcción de este vínculo con la víctima y la última (o de cierre) que la entrevistadora dedi- que un tiempo para promover que la víctima se retire con la sensación de que tuvo plenas oportunidades para poder expresarse ampliamente.

- Elemento cognitivo. Este modelo de entrevista considera el conocimiento obtenido por las ciencias cognitivas en las últimas décadas sobre el funcionamiento de la memoria humana y específicamente durante la in- fancia. Así, se incluyen una variedad de técnicas de entrevista que van desde la narración libre hasta las preguntas con final abierto, focalizadas y específicas. Tienen como objetivo, en todos los casos y dentro de lo posible, que las víctimas de todas las edades puedan proveer su relato en vez de que la entrevistadora sugiera un relato con el cual se invita a la víctima a acordar. Las técnicas incluidas en este modelo de entrevista son específicas y diferentes a lo que sucede en una conversación informal, por lo que deben ser adecuadamente estudiadas y practicadas para asegurar que se apliquen de manera consistente y correcta.

- Flexibilidad del modelo. A pesar del énfasis puesto en la conveniencia y beneficios de utilizar el referido modelo de entrevista en etapas, no se pretende sostener que exista un único modelo que deba ser utilizado paso a paso y en todos los casos y que la utilización de otras técnicas sea inaceptable. Cada NNyA es diferente y, por ende, cada entrevista resultará en un hecho único. Esto requiere que la entrevistadora forense adapte los procedimientos y técnicas a las características, condiciones y necesidades de la NNyA, según su desarrollo cognitivo, estado emocional y también naturaleza de los hechos denunciados. La flexibilidad de la entrevistadora y su grado de experiencia clínica son cualidades clave para realizar entrevistas con NNyA de manera satisfactoria. Más allá de esto, es recomendable que los principios estable- cidos por este modelo de entrevista sean utilizados regularmente y que otros enfoques, metodologías o técnicas sean usados a modo de excepción y de manera oportunamente justificada en cada caso.

El modelo de entrevista en etapas se fundamenta en la importancia de construir una situación de rapport o confianza previa al comienzo de la entrevista en sí, y una vez conseguida, en facilitar el recuerdo libre de la NNyA con la menor cantidad de intervenciones posibles.

ETAPAS DE LA ENTREVISTA DE DECLARACIÓN TESTIMONIAL

Introducción

- Etapa informativa inicial
- La entrevistadora se presenta, explica su rol y el propósito de la entrevista. También describe las características del lugar en el que se encuentran, es- pecialmente la presencia de otras personas en la sala de observación que van a estar siguiendo el desarrollo la entrevista y la existencia de equipos de videograbación que servirán para dejar registro del intercambio que será utilizada como evidencia en el proceso.
- El modo en que esta información es comunicada se ajustará a la edad de la NNyA y su desarrollo cognitivo pero es importante que esta situación no sea ocultada en ningún momento.

Primera etapa: rapport

- Comienzo de la entrevista en sí.
- El objetivo de esta primera etapa es la construcción del rapport o vínculo de confianza.
- Al principio, suele ser adecuado hablar de temas neutrales, no vinculados con la investigación de los hechos. Esto es importante para ayudar a que la NNyA se relaje lo más posible en un ambiente desconocido y para confir- marle que no está ahí porque haya hecho algo incorrecto. Los temas pueden incluir cuestiones generales sobre la composición de su familia, la escuela, deportes, juegos, el viaje hasta el lugar de la entrevista, etc.
- La duración de esta etapa puede ser relativamente breve, cuando la entrevistadora hubiese tenido contactos previos con la NNyA. Otras veces, en cambio, cuando la NNyA estuviese nerviosa o hubiese sido sometida a amenazas o intimidación, puede requerirse un período de rapport mucho más extenso. Es importante recordar en esta instancia que no es conveniente empezar a hablar sobre el hecho sufrido sin que antes se haya establecido una adecuada relación.
- Hacia el final de esta etapa inicial es importante que la entrevistadora ex- plique con claridad a la NNyA las “reglas básicas” de la entrevista. Estas incluyen la necesidad de que la NNyA describa únicamente los hechos que

ocurrieron realmente, que diga que no sabe cuando no conozca la respuesta y que se sienta cómoda y con libertad para corregir a la entrevistadora si dijera alguna información equivocada o para pedirle aclaraciones si no entendiera alguna pregunta.

Segunda etapa: relato libre o sustantivo

- Una vez establecida la situación de rapport y si lo considerase oportuno, la entrevistadora le debe solicitar a la NNyA que provea el relato de los hechos en sus propias palabras.
- Esta etapa de relato libre es el núcleo de la entrevista y la fuente de información más confiable. El rol de la entrevistadora es el de "facilitadora" y no de interrogadora. Se debe intentar obtener un relato completo y exhaustivo por parte de la NNyA de manera espontánea y libre de la influencia de la entrevistadora.
- La entrevistadora debe tener cuidado de no cerrar esta etapa demasiado temprano al intervenir con preguntas para solicitarle detalles adicionales o clarificar ambigüedades, que podrá formular en la instancia siguiente. En cambio debe asumir una postura neutral de escucha atenta.
- La cantidad de información relevante provista por la NNyA dependerá de cada caso. Casi siempre será necesario, sin embargo, expandir la información con preguntas. Esto supone una segunda instancia dentro de esta misma etapa. Las preguntas pueden ser de distinto tipo: de final abierto, focalizadas, específicas o de opción múltiple, priorizando siempre las primeras sobre las últimas, ya que estas brindan información de mayor confiabilidad[20].
- Las preguntas deben ser realizadas de a una por vez, dándole tiempo suficiente a la NNyA para que pueda responder antes de que se le haga una nueva pregunta. Interrumpir a la NNyA cuando aún está hablando puede reducir su confianza y le puede sugerir que solo se espera que aporte respuesta cortas.

20 Ver al respecto el el Anexo 4. "Etapas de la entrevista de declaración testimonial" sobre los distintos tipos de preguntas posibles (p. 89).

Cierre

- Toda entrevista debe tener una etapa de cierre en la que la entrevistadora dé a la NNyA la oportunidad de hacer una resolución emocional al menos temporaria.

- Esta etapa está enfocada en las necesidades de la NNyA más que en obte- ner información y puede ser sumamente breve aunque normalmente debe incluir los siguientes elementos:

-Verificar la existencia de preguntas o temas adicionales a explorar o ambigüedades o contradicciones aparentes que pudiesen ser resueltas.

-Resumir las afirmaciones de la NNyA de importancia probatoria, en lo posible, utilizando su propio lenguaje, solicitándole que interrumpa el relato si alguna cuestión fuese incorrecta.

-Dar a la NNyA la oportunidad de agregar lo que considere necesario y de aclarar dudas.

-Agradecerle por su tiempo y esfuerzo.

-Darle asesoramiento en la búsqueda de ayuda y un número u otra forma de contacto.

-Volver al rapport o a la conversación de temas neutrales, para facilitar la transición a la salida de la sala de entrevistas.

Requisitos para las entrevistadoras forenses

Capacitación forense y específica sobre abuso sexual
y técnicas de entrevista
Experiencia de trabajo con NNyA
Revisión e intercambio con pares
Predisposición al trabajo en equipo
Flexibilidad y capacidad de reflexión

- Momento del proceso en que debe efectuarse la entrevista. En general, es muy importante que la entrevista testimonial se realice a la mayor brevedad posible. Esto es fundamental para, por un lado, evitar el deterioro del recuerdo que produce el paso del tiempo y, por el otro, minimizar las influencias post-evento, como ser presiones del entorno familiar, por la repercusión en medios de difusión, etc. Cabe aclarar que esto supone no solo una medida de

protección de la NNyA sino también una importante garantía para el imputado. Asimismo, en muchos casos, también puede ser relevante contar prontamente con esta información para poder tomar medidas preventivas o vinculadas con la recolección de pruebas que aún no hayan sido tomadas.

Sin embargo, al tomar esta decisión la autoridad a cargo de la investi- gación deberá contrabalancear esta necesidad con la conveniencia de to- mar ciertas medidas preliminares, como obtener información previa sobre la NNyA y su contexto y de realizar una planificación y un plan de entrevista por escrito, entre otras que puedan ser necesarias para que la entrevista sea lo más completa y confiable posible. Esto deberá ser decidido en cada caso particular, según la condición de la NNyA, las particularidades del hecho denunciado, entre otros elementos.

Salvo situaciones excepcionales, es sumamente recomendado que la declaración testimonial se tome a la NNyA en un plazo que no exceda los 10 días hábiles.

- Momento del día en que es preferible realizar la entrevista de declaración testimonial. El horario de la entrevista debe conside- rar, en la medida de las posibilidades de cada poder judicial, los hábitos y las rutinas de la NNyA. Esto supone la posibilidad que las prácticas de los poderes judiciales se flexibilicen para poder abordar estos temas, dada la especial vulnerabilidad de las víctimas, evitando los horarios que puedan ser especialmente disruptivos en la rutina de la NNyA (por ejemplo, horarios muy tempranos cuando esté muy cansada o aquellos que requieran que deba faltar a la escuela). En general los horarios de la tarde o incluso durante días no hábiles (por ejemplo, el sábado) suelen ser más indicados que los horarios convencionales de actividad judicial también por el beneficio que supone que no haya movimiento de gente en las instalaciones.

- Actores que pueden y/o deben estar presentes. Para que la entrevista de declaración testimonial pueda ser utilizada como prueba válida dentro del proceso y no deba ser reiterada es fundamental que se tomen los recaudos necesarios para que determinados actores dentro del proceso se hagan presentes al momento de la declaración de la NNyA.

- Abogado defensor. Para evitar posibles impugnaciones posteriores y prin- cipalmente evitar que la declaración deba ser reiterada, es fundamental que se notifique al abogado defensor para darle la posibilidad de estar presente durante la entrevista de declaración testimonial, solicitar la reali- zación

de ciertas preguntas en relación con determinados temas antes y durante la entrevista (a través de una modalidad de comunicación específica) y así poder tener control sobre la producción de esta prueba de tanta importancia en el desarrollo del proceso. Sin embargo, si una vez notificado el defensor no se hiciera presente, la entrevista se realizará de todas maneras y habrá perdido la oportunidad de intervenir en esta instancia.

- Imputados no identificados. En caso que no hubiese todavía un imputado identificado al momento de la entrevista de declaración testimonial, se recomienda que se notifique al defensor oficial de turno para que este asuma la representación del imputado aún no identificado.

- Asesora de menores. A su vez, también es recomendable que se notifique a la asesora de menores para que pueda estar presente y así velar por el respeto de los derechos de la NNyA. Esto es especialmente im- portante cuando la NNyA no es acompañada por un adulto legalmente responsable o este es alguien que no le brinda contención en el proceso.

- Abogado querellante de la NNyA: Es imprescindible que el abogado querellante de la NNyA o de sus representantes legales, en caso de haberse constituido, sea notificado a los fines de presenciar la entrevista testimonial.

- Autoridad a cargo. Se sugiere como una buena práctica que el juez y/o el fiscal (dependiendo del sistema procesal de cada jurisdicción) esté presente en el acto. En caso que no pudiese estar presente, debe hacer- lo en su reemplazo un funcionario letrado con suficiente jerarquía como para poder dirigir el proceso frente a posibles reclamos, demandas y presiones que puedan ejercer las partes.

- Padres o adulto de referencia. Es recomendable que los padres o el adulto a cargo acompañen a la NNyA en el momento de presentarse a la entrevista, siempre y cuando no haya ningún indicio de complicidad con el imputado. Sin embargo, en principio, no debería aceptarse que estas personas estén presentes en la sala de entrevistas con la NNyA. En este sentido, la experiencia relevada en otros países y la Argentina indica que es conveniente que la NNyA sea entrevistada a solas, siempre que esto sea posible, dado su estado emocional. Incluso, se indica que los padres o adultos de referencia no deberían estar presentes ni siquiera en la sala de observación, ya que su presencia en esa sala también puede llegar a condicionar a la NNyA en su relato.

En el caso que la NNyA requiriese de algún acompañamiento, se le puede ofrecer la posibilidad de que una psicóloga o trabajadora social, u otra profesional del Poder Judicial que no conozca el caso, se siente junto con la NNyA para acompañarla durante la entrevista.

A pesar de esto, si la NNyA precisara indefectiblemente del acompañamiento de un familiar u otro adulto de confianza para participar de la entrevista esto puede ser aceptado pero bajo condiciones sumamente estrictas. Esto incluye que no tenga ninguna intervención que pueda afectar el relato de la NNyA, como ser hacer comentarios, sonidos confirmatorios o de rechazo, gestos, incitaciones a hablar, realizar promesas de recompensa en caso que hablase, etc. El adulto puede, por ejemplo, sujetarle la mano para confortarla aunque debe mantener una actitud completamente neutral. En caso que el adulto no cumpla estas condiciones la psicóloga le deberá solicitar que se retire, ya que se debe tener en cuenta que esto puede ser motivo de impugnación por parte de la defensa. Antes o durante el comienzo de la entrevista la psicóloga debe dar las instrucciones precisas al adulto sobre cómo debe comportarse en esta situación.

- Perito de parte. Las partes tienen derecho a contratar o designar un perito de parte que esté presente en la sala de observación durante la entrevista y los asesore acerca de la conveniencia de realizar ciertas preguntas, tratar determinados temas, objetar determinadas preguntas propuestas por la otra parte, etc.

- Imputado. Para garantizar el derecho de defensa material, el imputado debe tener acceso a escuchar el relato de la NNyA al momento en que se está llevando a cabo la entrevista con el objetivo de poder formular las preguntas que estime pertinentes a través de su abogado defensor. Sin embargo, es imprescindible que se garantice la protección de la NNyA de manera que no se produzcan cruces visuales con el imputado ni exista la posibilidad de que la NNyA lo escuche. Por ese motivo, se recomienda que el imputado presencie el desarrollo del acto a través del sistema de CCTV en una sala apartada a la de la toma de declaración. De no contar con la disponibilidad de este dispositivo, se recomienda que su presen- cia no sea permitida en la sala de observaciones contigua a la sala de toma de declaración y que se tomen todas las medidas necesarias para garantizar la protección de la NNyA.

El imputado sí deberá estar presente durante la instancia de juicio oral, cuando se reproduce el video de la declaración testimonial, ya que la NNyA no estará presente en ese acto.

Actores que deben ser notificados
sobre la entrevista de declaración testimonial

Juez
Fiscal
Abogado defensor
Defensor oficial (en caso de no estar identificado el imputado)
Asesora de menores
Abogado querellante de la NNyA (en caso de haberse constituido)

- Procedimiento especial. Los procedimientos de entrevista pueden modificarse en casos de niños/as muy pequeños, con mínimas habilidades verbales, o niños/as con problemas especiales.

- Formulación de preguntas de las partes a través de la psi- cóloga. La autoridad a cargo de la investigación (fiscal o juez según la jurisdicción) o el funcionario letrado designado por esta será la única perso- na que tenga contacto directo con las profesionales a cargo de la entrevista (entrevistadora y monitora). Todas las consultas, objeciones y preguntas que tengan el resto de los actores antes o durante la entrevista solo pueden ser comunicadas de manera directa a esta autoridad, quien dará traslado de las preguntas que considere pertinentes a la otra parte para que esta formule objeciones y luego las comunicará a la "monitora" o a la psicóloga a cargo de la entrevista durante el intervalo de descanso para que las adapte y even- tualmente se las transmita a la NNyA.

- Cooperación. Asimismo, vale la pena resaltar la necesidad de que exis- ta entre la entrevistadora y la autoridad o funcionario a cargo de la entrevis- ta un vínculo de cooperación, de complementación y no de competencia de saberes.

De esta manera, se busca alentar la interacción entre ambas disciplinas, con objetivos e intereses comunes, entendiendo en todo momento que la investigación es un proceso mancomunado, de trabajo interdisciplinario y en equipo, que tiene como finalidad proteger a la NNyA víctima a la vez que procurar obtener información que permita averiguar la verdad, la resolución

del caso y la realización de Justicia. Teniendo esto en mente es que se debe decidir la pertinencia de plantear o no ciertas preguntas[21].

- Manifestación de un hecho que excede el requerimiento de instrucción. Es importante tener en cuenta que esta puede ser la única ocasión en la que la NNyA hable sobre los hechos. Por ello, en el caso que la NNyA manifestara un hecho que excede el requerimiento de instrucción, se deberá ampliar el objeto en ese momento. Si la NNyA hiciera referencia a un hecho que no fuera competencia del juzgado no se debe interrumpir su declaración, sino que se debe obtener el relato completo y luego remitir el video al juzgado competente.

Recaudos generales a tener en cuenta por la entrevistadora

- Acercamiento amigable y relajado. En términos generales la entrevista debe ser conducida de manera tal de minimizar el estrés que la situación supone para la NNyA, proveyéndole un trato calmo, acogedor y amable, que contemple sus tiempos, se adapte a su edad, desarrollo cognitivo, nivel de lenguaje y características socio-culturales. Es conveniente una actitud relajada y sin apuros, que exprese interés en el bienestar de la NNyA. Las NNyA reconocen fácilmente la ansiedad, incomodidad y/o el apuro de los adultos y son consecuentemente afectadas.

- Postura de escucha neutral. La entrevistadora forense debe mantener una postura de escucha neutral, con una mentalidad abierta, evitando juzgar la información suministrada por la NNyA e intentando obtener las particularidades de cada caso. Es importante que cuide el tono de voz utilizado, los gestos faciales y corporales, que deben ser mesurados y exentos de histrionismo. Deben evitarse las expresiones o gestos que impliquen implícita o explícitamente cuestionamientos o juzgamientos sobre la información aportada por la NNyA ya que estas pueden inhibir- la, afectar su predisposición a hablar y/o incrementar las posibilidades de distorsiones en el relato. La entrevistadora debe evitar proyectar implícita o explícitamente los propios sentimientos o percepciones acerca de la situación de la NNyA. Tampoco debe presuponer

21 Este elemento se relaciona con lo establecido en el Principio general 4 "Coordinación entre actores y protocolarización de procedimientos" (p. 18).

que la NNyA encuentre desagradable el contacto sexual, ni se sienta culpable o an- gustiada, ya que esas sensaciones pueden estar ausentes.

- Superar reticencias para hablar. Muchas NNyA pueden ser reticen- tes a hablar abiertamente sobre los hechos en cuestión en este tipo de entrevistas. Algunas veces esto puede ser superado por el trabajo de la entrevistadora para tranquilizarla dándole cierto apoyo, como por ejemplo: "Sé que esto debe ser difícil para vos, ¿hay algo que pueda hacer para que te sea más fácil?". Sin embargo, se debe evitar el uso de expresiones de cariño ("querida", "dulce", "cariño"), expresiones verbales confirmatorias (decirle que lo están haciendo muy bien) y contactos físicos (un abrazo, agarrarle la mano), ya que todos estos resultan inapropiados.

- Valoración de la credibilidad del relato. Es frecuente que en los casos de abuso sexual infantil se solicite a la entrevistadora forense que aporte algunos elementos que sirvan para evaluar la credibilidad y compe- tencia de la NNyA en la entrevista. La credibilidad refiere a la veracidad y precisión y los factores que la influyen favorablemente son:

- Estado afectivo congruente con lo explicitado (aunque puede haber mu- chos motivos por los que una NNyA esté enojada, triste, ansiosa o manifieste disociación afectiva).
- Conocimiento sexual inapropiado para la edad.
- Relato espontáneo.
- Relato narrado desde el punto de vista infantil.
- Descripción detallada.
- Relato consistente y mantenido básicamente en el tiempo.
- Relato de la historia por partes, más que todo de una vez.
- Relato verosímil: la historia es plausible y físicamente posible.
- Estilo cándido, tal como el hacer correcciones espontáneas, admitiendo que hay detalles que no puede recordar.
- Comparación de la historia de los síntomas y conducta del niño/a favorable con el contenido de la entrevista.
- Descripción de circunstancias típicas y características de una situación de abuso sexual (amenaza, presión, seducción, coerción).

B.4. VALOR PROBATORIO DE LA ENTREVISTA DE DECLARACIÓN TESTIMONIAL, ENTREVISTAS ADICIONALES Y OTRAS CUESTIONES

- Integralidad de la investigación e importancia del relato. Es imprescindible tener en cuenta la importancia de tomar a todo el proceso en su totalidad a la hora de asesorar y discernir sobre la posibilidad de que haya ocurrido un abuso. Es muy inusual encontrar un hallazgo que pueda llegar a ser concluyente. Por el contrario, generalmente, todos los elementos encontrados y obtenidos deben ser interpretados en el contexto global de la investigación. Esto incluye la prueba que suele tener la mayor importancia en la mayoría de los casos: el relato de la NNyA. Más allá de este, se debe propender a la identificación de otros elementos de prueba que puedan resultar relevantes para la causa, tal como se explicitó en el punto sobre pruebas complementarias de la sección 3.

- Posibilidad de realizar entrevista adicional. Es posible que en algunos casos de cierta excepcionalidad sea conveniente realizar una entrevista adicional. Estos casos incluyen cuatro situaciones específicas y puntuales:

1. La NNyA indica a alguien que tiene información nueva significativa que anteriormente no fue expuesta en la entrevista de declaración testimonial.

2. La psicóloga a cargo de la entrevista determina la conveniencia para la niña y el proceso de continuar la entrevista en otro momento o de reali- zarla en una serie de sesiones en vez de concentrar todo en una única entrevista. Suele ser el caso de NNyA pequeñas con quienes se requiere más tiempo de trabajo.

3. Las partes aportan nuevas pruebas sobre cuestiones no tratadas en la entrevista que suponen elementos significativos para la investigación, por lo que requieren necesariamente una nueva entrevista con la NNyA.

4. La declaración de la NNyA en la entrevista involucra en un hecho de abu- so sexual a otra persona (u otras), quien no se encuentra imputadas en el proceso. En este caso, el relato de la NNyA no debe ser interrumpido sino que se debe permitir que pueda continuar aunque luego el nuevo imputado pueda solicitar que se le tome una nueva declaración precisando cuestiones sobre las cuales la NNyA no se ha manifestado.

En estas circunstancias puede ser necesaria una entrevista complemen-

taria que también debe ser video-grabada. Sin embargo, este requerimiento debe ser debidamente justificado y por escrito y debe contar con el consentimiento de las psicólogas a cargo, quienes deben dictaminar sobre la posible afectación en la salud de la NNyA que podría producir una nueva entrevista.

A la vez, también se debe tener en cuenta en todo momento que una nueva entrevista solo debe ser entendida como adicional a la ya realizada, por lo que esta no debe ser desechada y las cuestiones que se trataron en la entrevista anterior no deben ser interrogadas nuevamente.

- Uso de muñecos anatómicamente correctos y dibujos (MAC). Los MAC y los dibujos anatómicos son herramientas útiles para entrevistar NNyA quienes puedan haber sido víctimas de abuso sexual. Son facilitadores que pueden servir como modelos anatómicos y para fines demostrativos. En cambio, su uso como pistas para facilitar el recuerdo es más controvertido.

El uso de estos elementos, especialmente los MAC, puede servir para facilitar la obtención de información, descubrir terminología de partes anatómicas y permitir a la NNyA que no puede hablar o dibujar los hechos, mostrarnos qué pasó. Es importante evitar utilizar los muñecos como modo de entrenar, dirigir o instruir a la NNyA. Tampoco los muñecos deben ser usados como un atajo para una evaluación más comprensiva de la NNyA y de su familia. Además los hallazgos no deben ser analizados aisladamente ya que por sí mismos no proveen respuestas confiables o prueban definitivamente si ocurrió o no el abuso[22].

Sin embargo, en manos de entrevistadoras debidamente entrenadas, los MAC pueden ser útiles para:

- Estimular la memoria
- Permitir a las NNyA demostrar lo que no pueden poner en palabras.
- Confirmar que la entrevistadora entiende correctamente el vocabulario y significación para varios términos.

Asimismo, es cierto que cuando una NNyA sitúa a los muñecos anatómicos

22 En este sentido, los lineamientos de la APSAC de 1995 seña- lan que estos muñecos no son un test diagnóstico para casos de abuso sexual infantil, que no es apropiado hacer conclu- siones definitivas acerca de probabilidad de abuso basado solamente en la interpretación de la conducta de la NNyA con dichos muñecos y que no existe una conducta conocida con los muñecos que pueda ser considerada un marcador defini- tivo de abuso sexual en ausencia de otros factores tales como el relato verbal del niño o la evidencia física médica.

en lo que parecen ser posiciones sexuales se justifica investigar más ya que la investigación indica que generalmente las NNyA no abusados raramente se involucran en comportamientos sexuales explícitos con muñecos anatómicos.

- Uso de los dibujos de las NNyA. Los dibujos de las NNyA pueden ser muy útiles durante las entrevistas. Esto incluye dibujos espontáneos, así como proponerles dibujar un hombre o una mujer, así como una familia "kinética", autorretratos, que intenten dibujar lo que pasó, el lugar, etc. Lo útil de estos dibujos radica en los efectos que puede generar la información que ponen al descubierto. Hay algunos hallazgos en los dibujos que son sugerentes de abuso sexual en general: el dibujo de los genitales o la alternativa de evitar cualquier carácter sexual en conjunto. Sin embargo, al igual que sucede con la utilización de los MAC estos dibujos pueden ser utilizados como herramienta, como parte de una evaluación y no pueden ser juzgados aisladamente para decidir si el abuso ha ocurrido o no.

En algunas situaciones se incorpora a la investigación un dibujo que la NNyA puede haber realizado antes de la entrevista. Este puede ser tenido en cuenta al momento de la entrevista como un disparador, para solicitarle que lo explique, otorgue más detalles sobre él.

Precauciones para asegurar que la video-grabación de la entrevista sea utilizada a lo largo de todo el proceso

- Al comenzar la entrevista se debe asegurar el equipamiento esté fun- cionando adecuadamente y que la calidad de la imagen y el audio cumplan con los requisitos exigidos.

- Una vez terminada la grabación, el material debe ser transferido y correctamente identificado a dos DVD, uno de los cuales debe ser entregado al juzgado a cargo de la causa y el otro quedar en poder del organismo a cargo del equipamiento, como copia de respaldo.

- Las copias deben ser probadas y una vez que su calidad haya sido corroborada la grabación guardada en la cámara o en la PC, dependiendo de las características del equipo, debe ser eliminada para evitar que otras personas puedan acceder a este material sin autorización.

- Debido a la sensibilidad del contenido de estas entrevistas, la pre- ser- vación de ambos DVD debe hacerse con máximo cuidado.

- La copia de respaldo debe ser guardada en un lugar centralizado, en sobres lacrados y con un acceso sumamente restringido, por ejemplo, en una caja fuerte en el Cuerpo Médico Forense. Solo será utilizada para

hacer una nueva copia en caso que hubiese surgido algún in- conveniente (rayadura, rotura, pérdida) con la copia originariamente remitida al juzgado con el expediente.

- La copia remitida al juzgado debe ser guardada de manera separada al expediente y siguiendo estrictas normas de seguridad. Por ejemplo, en la caja fuerte de cada juzgado en sobre lacrado y que solo pueda ser retirada bajo firma y constancia de compromiso.

- El acceso a esta copia en poder del juzgado solo será autorizado a las partes de la causa, previa firma de un acta en la que dejan asentado que se comprometen a preservar el material, no realizar copias ni di- fundirlo y que comprenden la sensibilidad del material ahí contenido y la posibilidad de incurrir, en caso que no cumplieran con lo com- prometido, en una falta importante contra la ética del abogado, una infracción susceptible de multa o hasta un delito penal.

¿Por qué callan las NNyA abusadas sexualmente?

- Porque la dependencia o asimetría respecto del agresor socialmente confiable la deja encerrada y no ve la salida.

- Por abandono ya que carece de quién esté dispuesto a escucharla o no tiene confianza en nadie.

- Por culpa, indefensión, vergüenza, amenaza.

- Por temor a males mayores como enojo, reproches, abandono de figu- ras significativas, más soledad y desamparo.

- Por miedo de no ser creídas o resultar culpabilizadas.

- Porque de la sexualidad "no se habla".

- Porque no tiene palabras para explicar lo que le pasó.

- Porque presenta amnesia del incidente.

- Por enojo.

PRINCIPALES CUESTIONES A TENER EN CUENTA EN ESTA INSTANCIA

- Decisión sobre la pertinencia y necesidad de realizar determinadas diligencias preventivas, recolectar evidencias físicas, citar a otros testigos, etc.

- Evaluación sobre la necesidad de realizar examen médico físico forense y toma de declaración testimonial de la NNyA.

- Importancia de la recolección de otros elementos de prueba que pue-

dan resultar relevantes para la causa además de la declaración testimonial.

Examen médico forense

- El cuidado, la protección y el respeto por la NNyA deben ser considerados en primer lugar.
- Se debe priorizar la atención clínica y coordinar acciones con aquellos a cargo de la parte asistencial.
- En casos recientes, el estudio debe realizarse lo antes posible.
- Debe existir disponibilidad de especialistas y recursos para realizar el examen en todo momento.
- Profesional a cargo debe contar con capacitación específica y en lo posible ser médica ginecóloga infanto-juvenil del mismo sexo que la víctima.

Entrevista de declaración testimonial

- El testimonio de la víctima tiene un valor fundamental como prueba en el proceso.
- El objetivo principal es obtener información precisa, confiable y comple- ta sobre los hechos denunciados a través del relato de la NNyA, minimizando el estrés que puede sufrir la víctima durante la entrevista.
- La precisión de la información a obtener será diferente según las carac- terísticas de la NNyA y su entorno y variar de acuerdo a la habilidad y competencia de la entrevistadora.
- La entrevista debe ser tomada lo antes posible y por profesionales específicamente capacitadas.
- Debe ser realizada en un espacio especialmente acondicionado para este fin y con los elementos técnicos necesarios que permitan una vi- deograbación de calidad.
- Se deben tomar los recaudos procesales necesarios para evitar la reiteración de la entrevista. Solo en casos excepcionales y justificados puede ser conveniente aceptar la posibilidad de que se realice una entrevista adicional.

• Objetivos

- El abordaje y seguimiento debe incluir la identificación de las necesidades que puedan enfrentar tanto la NNyA como su familia. Esto puede abarcar:
- Brindar asesoramiento legal a la NNyA y su familia, orientación sobre el

desarrollo del proceso y facilitar patrocinio letrado en caso de ser necesario.

- Adoptar las medidas de protección integral que sean necesarias en el caso.
- Asegurar el acceso a tratamientos psicológico y médico asegurando su disponibilidad y continuidad mediante la coordinación con organismos estatales y privados.
- Brindar asistencia socioeconómica a la NNyA y su familia en caso que sea necesario.
- Realizar un seguimiento sobre el contexto de desarrollo familiar y escolar.

4. ABORDAJE Y SEGUIMIENTO DE LA NNyA Y SU FAMILIA

•Relevancia de esta instancia y equipo a cargo. Esta instancia comienza una vez llevada a cabo la atención inmediata a la NNyA luego de la denuncia inicial o develamiento del hecho.

Teniendo en cuenta las necesidades en el caso concreto, es funda- mental asegurar la protección y bienestar de la NNyA y su familia duran- te todo el proceso y más allá de este.

Para que esto pueda hacerse efectivo, es necesario que un equipo de profesionales especialmente capacitados esté a cargo de hacer un seguimiento durante todo el proceso.

Resulta recomendable que este equipo de profesionales especialmente capacitados funcione dentro del área de niñez de la jurisdicción. Además del seguimiento su tarea supone coordinar con los organismos estatales y privados y con el Poder Judicial las medidas y tratamientos que la NNyA y su familia necesite.

- Un profesional que actúe como contacto. Es recomendable que se designe a una persona que sirva como contacto para la NNyA y su familia y que pueda responder a sus consultas y recibir sus inquietudes relativas a, por ejemplo, el proceso o las medidas que se adoptarán en el caso.
- Protección contra futuros abusos. Medidas precautorias. A partir del trabajo realizado durante la asistencia inmediata se contará con la infor- mación necesaria para evaluar apropiadamente el contexto de desarrollo de la NNyA y las posibilidades de que pueda volver a ser abusada. En este sen- tido,

el área de niñez debe asegurar que se tomen las medidas necesarias para la protección de la NNyA, antes que se disponga su regreso al hogar o en el caso que ella permaneciese allí. Esto puede incluir la solicitud de una prohibición de acercamiento o de exclusión del hogar. En caso que esto no fuese posible y, si la NNyA estuviese en riesgo, se deben procurar alternati- vas de alojamiento, como por ejemplo la casa de un familiar o un hogar con condiciones adecuadas.

- Protección contra amenazas o intimidación. Como es sabido, la mayoría de los casos de abuso sexual son intra-familiares o con imputados conocidos de la NNyA y su familia, por lo que el grado de conflictividad implicado en el proceso suele ser elevado y en algunos casos hasta puede derivar en situaciones de amenazas y violencia psicológica y/o física. Las medidas para reducir la oportunidad de que el imputado pueda amenazar o intimidar a la NNyA son las mismas que las discutidas en el párrafo anterior. Sin embargo, a estas se puede agregar que la NNyA y el adulto a cargo reciban información sobre qué acciones tomar si se les acercara el imputado o un miembro de su familia. Las amenazas y la intimidación de las NNyA víctimas son relativamente frecuentes y se debe proveer a la NNyA y los adultos a cargo las herramientas para que puedan denunciarlas y se tomen acciones inmediatas.

- Asesoramiento legal y querella en la causa. Es importante que tanto la NNyA como su familia reciban asesoramiento legal y orientación sobre el desarrollo del proceso y acerca de las opciones disponibles sobre las que pueden accionar. Asimismo, es fundamental que se brinde la posi- bilidad de contar con un patrocinio letrado de forma gratuita. En caso que la NNyA o sus representantes legales manifiesten su deseo por ejercer la acción penal y/o civil contra el imputado de un delito y erigirse en querellante o particular damnificado tienen el derecho a recibir asistencia legal y técnica por parte de un abogado de su confianza[22]. Por ello, en caso de carecer de recursos económicos es importante que se garantice este derecho de manera gratuita por parte del Estado.

En principio, la querella será constituida a través del representante legal de la NNyA (madre, padre, tutor o guardador) quien ejercerá su representación en la causa hasta tanto la víctima adquiera la mayoría de edad. Sin embargo, en los casos de víctimas o testigos ya adolescentes o en casos de conflicto de interés con sus representantes legales se podría permitir que sea la NNyA

quien se constituya de manera directa como querellante en su causa con el patrocinio de un abogado[23].

Es recomendable que el abogado que cumpla con este rol sea espe- cialista en causas penales y que, en la medida de lo posible, cuente con capacitación específica acerca del abuso sexual infantil. El letrado actuante podrá participar de todo el proceso, incluyendo la entrevista de declaración testimonial y deberá velar siempre por la protección de los derechos de la NNyA víctima, en su especial condición de sujeto de derecho en formación y de víctima de delito.

- Asistencia social y económica. Muchas veces el familiar implicado en la denuncia es el sostén económico del grupo familiar –por ejemplo el padre o el padrastro–, por lo que las víctimas se encuentran en una situa- ción de particular dependencia y vulnerabilidad. Esto plantea un contexto de suma complejidad que precisa ser atendido por los funcionarios y or- ganismos trabajando en el caso. En este sentido, es fundamental que se implique a las instituciones y recursos del Estado necesarios para asegurar la asistencia social y económica que se requiera según las particularidades del caso. Esto puede resultar imprescindible para que la NNyA y su familia tengan la autonomía necesaria para poder continuar con el desarrollo del generalmente extendido proceso.

- Tratamiento psicológico. En los casos de abuso sexual, la NNyA víc- tima sufrirá un trauma emocional de diferente intensidad según su edad, personalidad, condiciones de desarrollo familiar, las características del abuso sufrido, etc. En función de esto se determinarán las características del tratamiento psicológico que, en general, suele ser sumamente importante para favorecer la recuperación de la NNyA. Dada la desigual disponibilidad de servicios psicológicos en las distintas localidades y provincias, es responsabilidad del organismo a cargo de velar por su protección y bienestar el coordinar acciones con organismos estatales y privados para asegurar esta posibilidad. Es necesario recordar que el Estado está obligado a asegurar estos derechos básicos de la NNyA a lo largo de todo el proceso y aun finalizado este si el caso así lo requiriese. Las mismas exigencias rigen para el grupo familiar de la víctima quienes pueden haberse visto afectados por el hecho de abuso sexual sufrido por la NNyA.

23 Este derecho a recibir asistencia surge de la Convención de los Derechos del Niño, art 12 derecho a ser oído, y art. 27 ley 26.061, que consagra el derecho del niño a ser asistido por un letrado y ha sido aceptado en distintos casos jurisprudenciales (ver por ejemplo: Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala I, caso "S., L. P. s/ den- egatoria de ser tenida por parte querellante", causa N° 22475, sentencia del 18/03/2004).

- Situación en la escuela. Es probable que el trauma experimentado por la NNyA tenga un impacto negativo en su desempeño en la escuela por lo que en algunos casos puede resultar conveniente que los profesionales a cargo del caso discutan las circunstancias con las autoridades escolares garantizando la confidencialidad de la NNyA. Esto podría darle a la escuela y los docentes que trabajan con la NNyA mejores herramientas para darle sostén y favorecer su reintegración. Sin embargo, dada la naturaleza suma- mente delicada y privada de los hechos esto debe ser evaluado y realizado con suma precaución. Es recomendable que las autoridades y docentes reciban capacitación y orientación específica para dar apoyo a las NNyA en esta situación.

Principales cuestiones a tener en cuenta en esta instancia

- Debe procurarse la protección y el bienestar de la NNyA víctima y su familia durante el proceso e incluso luego de este.
- Necesidad de contar con un equipo de profesionales capacitados y destinados a esta función.
- Es recomendable que se designe una persona como contacto para el NNyA y su familia.
- Debe brindarse asesoramiento legal y asegurar que se tomen las medidas de protección necesarias.
- Tener en cuenta las necesidades de asistencia económica, tratamiento psicológico y la reinserción adecuada de la NNyA en la escuela.

5. JUICIO ORAL

•Incorporación de la videograbación de la entrevista. Teniendo en cuenta los principios generales desarrollados en la primera sección de esta Guía, resulta necesario asegurar que la NNyA no vuelva a prestar de- claración durante el debate oral ya que este, en la mayoría de los casos, se efectúa varios años después de realizada la denuncia.

Por ello, como regla general, se establece la necesidad de que su tes- timonio sea incorporado mediante la proyección de la videograbación de la entrevista testimonial realizada durante la etapa de investigación.

Esta disposición especial se debe a distintos motivos. En primer lugar, es necesario evitar una nueva intervención sobre la NNyA en la cual se le demande que vuelva a reproducir el contenido de los hechos sufridos, para protegerla y evitar su revictimización. Por otro lado, la calidad del recuerdo de la NNyA es mayor durante la entrevista de declaración a los pocos días de sucedido el hecho o realizada la denuncia en contraposición a lo que puede llegar a ser varios años después durante la instancia de juicio oral, donde además el relato puede verse expuesto a retractaciones debido a presiones a la NNyA, distorsión o contaminación. Por ello es sumamente importante que la entrevista haya sido llevada a cabo con todos los recaudos procesales necesarios para asegurar que esta pueda ser efectivamente incorporada como medio de prueba válida en el juicio, tal como se indica en detalle en la sección 3.B "Declaración testimonial de la NNyA".

- Entrevista adicional durante el juicio oral. A pesar de esta regla general, es posible que en algunos casos de cierta excepcionalidad pueda ser necesario y conveniente aceptar la posibilidad de que se realice una entrevista adicional en esta instancia. En estos casos se debe mantener siempre presente que la entrevista adicional será considerada como com- plementaria y un agregado a la ya realizada durante la investigación. Esto supone que las cuestiones ya tratadas e incluidas en la primera entrevista no vuelvan a ser interrogadas en este nuevo acto. Dos son las situaciones específicas y puntuales que podrían justificar la necesidad de hacer una entrevista adicional:

1. La NNyA manifiesta su deseo de volver a hablar. La NNyA expresa que cuenta con información nueva relevante que no fue expuesta en la entrevista de declaración testimonial.

2. Nueva información en la causa. La defensa o la fiscalía solicitan la declaración porque hubo temas que no fueron cubiertos en la entrevista y que están basados en nueva información significativa y razonable que emerge de otros testimonios o fuentes que requiere que necesariamente se entreviste a la NNyA para abarcarlos.

El requerimiento de una entrevista adicional debe ser debidamente justificado, por escrito y decidida por el juez y debe contar con el consentimiento de la psicóloga a cargo, quien debe evaluar nuevamente la capacidad de la NNyA para prestar una declaración adicional y la posible afectación a su salud que esta puede implicar. La nueva entrevista será realizada (al igual

que la realizada durante la investigación) en un dispositivo especialmente diseñado para la toma de declaración de la NNyA (CCTV o Cámara Gesell) y es imprescindible que sea videograbada. Es importante que la nueva entrevista se limite únicamente a los nuevos datos aportados y se considere como complementaria de la realizada durante la etapa de investigación.

- Recaudos. Para la entrevista adicional es fundamental que se tomen todos los recaudos procesales y de protección de la NNyA que se explicitaron en la sección 3.B "Declaración testimonial de la NNyA".

La entrevista adicional debe ser debidamente justificada y considerada como complementaria y un agregado a la ya realizada durante la investigación. Por ello, es importante que se limite únicamente a los nuevos datos aportados y se tomen todos los recaudos procesales y de protección necesarios para evitar la revictimización de la NNyA.

- Mayoría de edad. Debido a que los hechos ocurridos se produjeron cuando la NNyA era menor de edad y en muchas ocasiones el juicio oral se celebra varios años después de producido el hecho, y a los fines de continuar la protección de la víctima que en estos casos se encuentra en una situación especial de vulnerabilidad será necesario que se procure la aplicación de estos procedimientos de protección especial aun cuando la NNyA víctima haya cumplido la mayoría de edad durante el proceso.

Principales cuestiones a tener en cuenta en esta instancia

- No reiterar la entrevista de declaración testimonial.
- Utilización de la videograbación de la entrevista.
- Entrevista adicional solo en situaciones específicamente fundamentadas.
- Tomar todos los recaudos en caso de realizarse la entrevista de declaración testimonial adicional.
- Continuidad de las medidas de protección especial de NNyA que cumplen la mayoría de edad durante el proceso.

ANEXOS

1. **Efectos, secuelas, indicadores de abuso sexual infantil. Implicancias prácticas en la justicia.**
2. **Ejemplos de elementos para completar la declaración infantil en un caso de abuso sexual.**
3. **Informe judicial de entrevista videograbada de declaración testimonial.**
4. **Etapas de la entrevista de declaración testimonial.**
5. **Normativa aplicable.**
6. **Jurisprudencia relevante.**

1. Efectos, secuelas, indicadores de abuso sexual infantil. Implicancias prácticas en la justicia[24]

El abuso sexual de una NNyA puede pasar desapercibido por meca- nismos psicológicos de acomodación frente a lo traumático. La pequeña víctima o el/la joven adolescente suele mantenerlo en secreto, por miedo a ser castigado, responsabilizado, no creído, a posibles represalias por parte del perpetrador ante amenazas y en ocasiones también por parte del núcleo familiar y sobre todo por los desbordantes sentimientos de vergüenza y culpa que le generan este tipo de situaciones al involucrar su psicosexualidad.

Se han identificado algunos factores que, de estar presentes, pueden ser tenidos en cuenta, integradamente, para la sospecha y detección de una situación de abuso sexual infantil, particularmente cuando ha sido reciente:

- Verbalizaciones del NNyA evidenciando conocimiento sexual inapropiado.
- Dificultad en la marcha o al sentarse.
- Manchas en la ropa interior (sangre, flujo).
- Mal olor que no se debe a la falta de higiene.

24 Este apartado fue escrito por Virginia Berlinerblau en mayo 2013.

- Infecciones genitales, picazón o escozor.
- Enfermedades venéreas.
- Alteraciones en el área genital.
- Conductas sexuales impropias de la edad de la NNyA como repetición de la escena de abuso (conductas sexuales inadecuadas en niñas pequeñas, conocimiento sexual inapropiado para la edad, agresores sexua- les de otras NNyA).
- Alteraciones emocionales o conductuales acordes a lo manifestado como padecido.

Por otra parte, los signos y/o síntomas que se evidencien al momento de las evaluaciones y/o la entrevista de declaración testimonial que presente un NNyA víctima de abuso sexual infantil depende de múltiples factores, y estarán en función de:

-El tiempo transcurrido desde la finalización del presunto abuso hasta el momento de la evaluación/ declaración.

-El protocolo de evaluación empleado.

-El protocolo y técnica de entrevista de declaración.

-La formación, capacitación y experiencia de la evaluadora o entrevistadora;

-La edad, sexo y características psicológicas (previas) de la víctima.

-Las estrategias de afrontamiento psicológicas que presenta.

-La respuesta familiar ante la develación (continente o no.).

-Las características que reviste el abuso al que ha sido sometido.

En las NNyA que padecen abuso sexual, pueden ocurrir cambios conductuales en el ciclo sueño/ vigilia, anorexia/ bulimia, mutismos y silencios frente a preguntas de la familia o conocidos, actitud de excesiva reserva, irritabilidad inesperada, cambios en la vestimenta, miedos inexplicables, problemas escolares o en la conducta, humor cambiante, depresión, angustia, hipersensibilidad, llanto de origen inexplicado, súbito rechazo a personas y/o lugares, actitudes agresivas, actitudes de tinte persecutorio, hipervigilancia, el ir a lavarse reiteradamente o el tocarse los órganos genitales reiteradamente, rechazo a estar solos, a salir solos a la calle, trastornos psicosomáticos (cefaleas, dolores de ca-

beza o de espalda), conducta sexual no acorde a su edad[25]. Las NNyA ma- yores pueden presentar conductas autolesivas, escapar del hogar, abusar de drogas y alcohol, devenir promiscuas o involucrarse en conductas ilegales.

Es característica del abuso sexual infantil:

- La sexuación traumática a la que el abusador somete a la NNyA –por la intrusión de intereses y actividades sexuales adultas para las que la NNyA no está preparada ni puede brindar un consentimiento informado con alte- ración de su normal desarrollo psicosexual–.
- Los sentimientos de estigmatización (esto es las connotaciones negativas tales como la autodesvalorización, los sentimientos de denigración, pobre imagen de sí misma, la vergüenza y la culpa).
- Los sentimientos de haber sido traicionadas (porque el daño provino de alguien querido o de quien dependen afectiva y/o económicamente).
- La pérdida de la seguridad en sí mismas (el denominado desempoderamiento: resultado del proceso que se desarrolla en el psiquismo de la víc- ti- ma cuando sus deseos, voluntad y sentido de la eficacia son continuamente ignorados).
- La desconfianza relacional, al ser dañadas por un ser querido, la que se traslada al mundo de la NNyA, volviéndolos inseguras, dependientes, y vulnerables a la revictimización.

Esta dinámica descripta altera las emociones y cogniciones de la NNyA y genera trauma al distorsionar su visión de sí misma, del mundo y sus capacidades.

Entender las consecuencias, secuelas o efectos del abuso sexual en las NNyA cobra relevancia en el ámbito legal ya que suele considerarse que los efectos deletéreos del abuso sexual infantil se extinguen cuando finalizan el o los actos abusivos, siendo que la literatura científica especializada da cuenta de lo contrario: el impacto del abuso sexual infantil en el psiquismo de la víctima se ha asimilado al padecer de una enfermedad crónica.

25 Myers, John (1998) Legal Issues in Child Abuse and Neglect Practice. California: Sage Publications.

Es importante destacar además que:

No todas las NNyA abusadas sexualmente exhiben síntomas manifiestos de daño o de distress observables y ello no significa que no estén sufriendo. Por ejemplo, algunas NNyA lidian con el abuso sexual tratando de hacer sus mayores esfuerzos para no pensar y hacer como que no ocurrió, lo que obstaculiza su investigación en la justicia.

Los efectos del abuso sexual infantil varían de NNyA a NNyA. Cuanto más severo es el abuso más probablemente la NNyA estará sintomática. Típicamente los síntomas a corto plazo son resultado de la ansiedad, el estrés y el miedo causado por el abuso sexual. Las NNyA reaccionan de diferentes maneras al abuso sexual, de hecho, pocas demuestran todos los sínto- mas mencionados. Aún más, con la excepción del desorden por estrés postraumático (PTSD), que aparece aproximadamente en la mitad de las NNyA abusadas sexualmente, ningún síntoma o grupo de síntomas es observado en la mayoría de ellas.

El PTSD puede persistir por años. Algunas NNyA con PSTD tienen una reacción emocional intensa cuando se les recuerda la experiencia traumática, pueden tratar de evitar personas y objetos que les recuerden el abuso. Dicha reticencia puede dificultar que sean entrevistadas.

El abuso sexual infantil puede causar síntomas psicológicos a corto plazo en muchas NNyA. Los síntomas pueden variar dependiendo del tipo del abuso, del tipo de afrontamiento particular de la NNyA frente al trauma, la presencia o ausencia de soporte parental. Los síntomas pueden durar días, meses o años. Más aún, pueden disminuir temporariamente solo para reaparecer más adelante y una extensa literatura documenta los efectos dañosos a largo plazo del abuso sexual infantil. Muchas víctimas sufren largamente luego de sus abusos, y algunos adultos nunca se recobran por completo.

Un número sustancial de pacientes psiquiátricos adultos fueron sexualmente abusados durante la infancia. Briere (1992) describe siete perturbaciones psicológicas encontradas en NNyA y adultos sobrevinientes de abuso sexual infantil: PTSD, distorsiones cognitivas, emociones alteradas, disociación, daño del autoconcepto, incremento de relaciones perturbadas, y evitación. Las distorsiones cognitivas se evidencian como sentimientos de indefensión, sensación crónica de peligro, autodesvalorización y pesimismo acerca del futuro, y estados emocionales tales como depresión miedo y ansiedad.

Atento a lo señalado respecto de los indicadores psíquicos en denuncias por presunto abuso sexual infantil, es difícil saber que la NNyA fue abusada sexualmente si no dice nada.

Principales consecuencias del abuso sexual infantil a largo plazo en NNyA[26]:

Tipo de efectos	Síntomas	Período evolutivo
Físicos	- Problemas del sueño (pesadillas)	- Infancia y adolescencia
	- Cambios en los hábitos de comida	- Infancia y adolescencia
	- Pérdida del control de esfínteres	- Infancia
Conductuales	- Consumo de drogas o alcohol	- Adolescencia
	- Huídas del hogar	- Adolescencia
	- Conductas autolesivas o suicidas	- Adolescencia
	- Hiperactividad	- Infancia
	- Bajo rendimiento académico	- Infancia y adolescencia
Emocionales	- Miedo generalizado	- Infancia
	- Hostilidad y agresividad	- Infancia y adolescencia
	- Culpa y vergüenza	- Infancia y adolescencia
	- Depresión	- Infancia y adolescencia
	- Ansiedad	- Infancia y adolescencia
	- Baja autoestima y sentimientos de estigmatización	- Infancia y adolescencia
	- Rechazo del propio cuerpo	- Infancia y adolescencia
	- Desconfianza y rencor hacia los adultos	- Infancia y adolescencia
	- Trastorno de estrés post traumático	- Infancia y adolescencia
Sexuales	- Conocimiento precoz o inapropiado para su edad	- Infancia y adolescencia
	- Masturbación compulsiva	- Infancia y adolescencia
	- Excesiva curiosidad sexual	- Infancia y adolescencia
	- Conductas exhibicionistas	- Infancia
	- Problemas de identidad sexual	- Adolescencia
Sociales	- Déficits en habilidades sociales	- Infancia
	- Retraimiento social	- Infancia y adolescencia
	- Conductas antisociales	- Adolescencia

Cuando el abuso se da en forma reiterada y es llevado a cabo por una persona vinculada afectivamente al NNyA, supone una desestructuración de la conducta y de las emociones y, en ocasiones, una interferencia grave en el desarrollo evolutivo.

26 Urra Portillo, Javier (2007). SOS… Víctima de abusos sexuales. Ediciones Pirámide, impreso en Madrid, España. Pág.31.

CONCLUSIONES

Los efectos deletéreos del abuso sexual infantil no se extinguen cuando finalizan los actos abusivos. La respuesta psicológica a la agresión sexual es un proceso que se desarrolla en el tiempo. En la adultez un cuarto de las víctimas mujeres muestran irritabilidad, desconfianza, alerta excesiva, embota- miento afectivo, disfunciones sexuales y capacidad disminuida para disfrutar de la vida, lo que dificulta el establecimiento de relaciones de pareja[27].

2. Ejemplos de elementos para completar la declaración infantil en un caso de abuso sexual

- Pericias psicológicas sobre el relato infantil
- Pericias psicológicas para detectar indicadores de victimización sexual
- Diario íntimo
- Información en el ámbito educativo
- Información en la historia clínica
- Declaración del psicólogo interviniente
- Declaraciones de testigos de los cambios de conducta
- Dibujos
- Fotos

3. Informe judicial de entrevista videograbada de declaración testimonial

LUGAR ..... FECHA ..... / ..... / ..... HORA .....

27 Urra Portillo, Javier (2007). SOS… Víctima de abusos sexuales. Ediciones Pirámide, impreso en Madrid, España. Pág. 85 a 87.

A) Datos previos a la realización de la entrevista forense

1. Datos de la NNyA

NOMBRE Y APELLIDO.....

EDAD ..... FECHA DE NACIMIENTO ..... / ..... / ..... NACIONALIDAD .....

DOCUMENTO Nº/PASAPORTE/CI/NO PRESENTA .....

NO/SÍ CONCURRE A LA ESCUELA .....

NIVEL ALCANZADO .....

ANTECEDENTES DE TRATAMIENTOS PSICOTERAPÉUTICOS

(motivo de consulta, institución donde se concretó, fecha de inicio y duración)

.....

.....

.....

RECIBIÓ ORIENTACIÓN ESPECIALIZADA RESPECTO DE LA ENTREVISTA DE DECLARACIÓN TESTIMONIAL (dónde, en qué consistió)

.....

.....

.....

NECESIDADES ESPECIALES (discapacidad física, bilingüismo, niños/as de edad preescolar, retraso evolutivo, deficiencias auditivas o del habla)

.....

.....

.....

OTRAS OBSERVACIONES

.....

.....

.....

2. Datos del entorno de la NNyA. Antecedentes

ADULTO ACOMPAÑANTE A LA ENTREVISTA

.....

VÍNCULO CON LA NNyA .....

DENUNCIANTE ..... VÍNCULO CON LA NNyA .....

¿CÓMO SURGE LA DEVELACIÓN? (observación directa, dichos de la NNyA, lesiones físicas, indicadores comportamentales, información ambigua, otros)

.....

.....

.....

FAMILIA CONVIVIENTE/GRADO DE CONTINENCIA/FACTORES DE RIESGO

.....

.....

.....

PERSONA DE REFERENCIA DE LA NNyA .....

TELÉFONO DE CONTACTO ..... EMAIL .....

OTROS.....

3. **Entrevistadora forense**

NOMBRE Y APELLIDO.....

TÍTULO ..... ESPECIALIDAD .....

MATRÍCULA ..... INSTITUCIÓN .....

4. **Nombre del acusado/s apodos**

VÍNCULO CON LA NNyA .....

¿ES/FUE CONVIVIENTE? ¿CUÁNDO? .....

¿SIGUE EN CONTACTO CON LA NNyA? .....

RESUMEN DEL HECHO (POR DECLARACIÓN DENUNCIANTE)

.....

.....

INFORMACIÓN COMPLEMENTARIA (informes escolares, socioambientales, psicoterapéuticos)

.....

.....

.....

B) Entrevista de declaración testimonial de la NNyA

Ingresó sola/ acompañada por .....

1. Etapa inicial. Descripción de la NNyA:

1.1 Consideraciones evolutivas e intelectuales de relevancia

.....

1.2 Nivel del lenguaje

.....

1.3 ¿Su comunicación es suficientemente comprensible?

.....

1.4 ¿Discrimina verdad/mentira?

.....

1.5 ¿Comprende la obligación moral de decir la verdad?

.....

1.6 Estado emocional/afectivo/ conductual inicial

.....

1.7 ¿Predisposición a hablar?

.....

1.8 ¿Presentó algún trastorno psíquico o limitación en sus capacidades cognitivas que le impidieron expresar un relato válido?

.....

1.9 Otros

.....

.....

.....

C) Resumen del hecho por declaración de la NNyA (quién, qué, cómo, cuándo, dónde)

FECHA APROXIMADA DE INICIO .....

FECHA APROXIMADA DE FINALIZACIÓN .....

TIEMPO TRANSCURRIDO DESDE LA FINALIZACIÓN DE LOS HECHOS INVESTIGADOS A LA FECHA DE LA DECLARACIÓN .....

EPISODIO ÚNICO ..... EPISODIOS REITERADOS .....

CONTINUOS ..... DISCONTINUOS .....

FRECUENCIA DE OCURRENCIA .....

.....

CARACTERÍSTICAS DEL RELATO .....

CORRELATO EMOCIONAL Y AFECTIVO .....

.....

CORRELATO CONDUCTUAL Y GESTUAL .....

.....

CONCOMITANCIA O ANTECEDENTES DE OTROS ABUSOS .....

.....

D) Ponderación preliminar de la verosimilitud del testimonio infantil. Consideración de hipótesis alternativas sobre el significado de los comentarios de la NNyA

¿La NNyA colaboró al abordar los hechos que se investigan? Obstáculos observados

.....

¿La NNyA muestra un conocimiento sexual inapropiado?

.....

¿Presenta detalles contextuales e interaccionales?

.....

¿El testimonio es claro y coherente?

.....

¿Efectuado sin contradicciones fundamentales?

.....

¿Realizado con lenguaje infantil/propio de la edad?

.....

¿Con perspectiva acorde a la edad y características socioculturales?

.....

¿El correlato emocional y gestual es congruente con lo explicitado?

.....

¿Se detectan motivaciones secundarias para mentir o fabular?

.....

¿El testimonio infantil es consistente con la información que surge del caso?

.....

¿Existe la posibilidad de que la NNyA haya brindado un testimonio incompleto?

.....

¿Se detecta posibilidad de negación/evitación?

.....

¿Se detecta retractación de dichos previos?

.....

¿Se detecta posibilidad de intimidación por parte de adultos del entorno para que calle?

.....

¿Se detecta posibilidad de fabulación patológica?

.....

¿Se observa posibilidad de inducción por parte de adultos del entorno para efectuar una declaración completamente falsa?

.....

¿Se detecta posibilidad de motivaciones para mentir deliberadamente por parte de la NNyA?

.....

¿Existe la posibilidad de que la entrevista de declaración testimonial no haya sido de suficiente calidad? (insuficiente tiempo/ deficiente rapport / entrevista mal conducida / etc).

.....

¿Es recomendable otra/s entrevistas de declaración?

.....

Otras observaciones

.....

SE HAN OBSERVADO SITUACIONES DE RIESGO PARA LA NNyA Y/O SU ENTORNO?

.....

RECOMENDACIONES/SUGERENCIAS

.....

4. Etapas de la entrevista de declaración testimonial

Etapas de la entrevista

Primera etapa: construcción del rapport

Principales elementos. Luego de esta etapa informativa inicial, se comenzará con la primera etapa de la entrevista que tiene como objetivo la construcción del rapport o vínculo de confianza entre el adulto y la NNyA. Hacia el final de esta etapa se explicarán los objetivos y las consignas bá- sicas de la entrevista. Esta etapa debe generalmente incluir los siguientes elementos, aunque algunos de estos pueden ser acomodados también en la etapa preliminar:

- Comenzar la entrevista hablando sobre temas neutrales (no vinculados con la investigación de los hechos) y cuando fuera apropiado, utilizando algún juguete (por ejemplo: muñeco) y confirmando a la NNyA que no ha hecho nada incorrecto.
- Explicar las consignas básicas de la entrevista.
- Investigar la capacidad de la NNyA para distinguir la verdad de la mentira, si comprende la importancia de decir la verdad y explicar los objetivos de la entrevista.
- Complementar los conocimientos de la entrevistadora sobre las capacida-des cognitivas de la NNyA, su desarrollo emocional y social.

Temas neutros. La mayoría de las NNyA sienten ansiedad antes de asistir a una entrevista de declaración testimonial y muy pocas están familiarizadas con los aspectos formales de este procedimiento. Por esto es importante que la entrevistadora forense utilice el período de rapport para construir una relación de cierta confianza y entendimiento mutuo con la NNyA que les ayude a relajarse lo más posible en el ambiente novedoso. Así, resulta conveniente iniciar las primeras conversaciones hablando de eventos e intereses no vinculados con la investigación: deportes, programas de televisión, juegos favoritos, temas de la escuela, el viaje hasta el lugar de la entrevista, etc. Algunas veces, cuando la entrevistadora hubiese tenido algunos contactos previos con la NNyA este aspecto de la etapa de rapport puede ser relativamente breve. Otras veces, especialmente cuando la NNyA estuviese nerviosa o hubiese sido sometida a amenazas o intimidación, puede requerirse un período de rapport mucho más extenso.

Complementar información. Esta etapa de rapport también da a la entrevistadora la oportunidad de complementar la información sobre la NNyA que haya sido recolectada durante la instancia de planificación. En específico, podrá conocer mejor las habilidades comunicacionales de la NNyA y su nivel de lenguaje, pudiendo ajustar el lenguaje y la complejidad de las preguntas a realizar. También durante esta instancia la entrevistadora podrá ir ajustando el tono de las preguntas. Incluso, puede resultar conveniente que practique con la NNyA su capacidad a relatar y contestar a preguntas abiertas a partir de solicitarle que recuerde un evento personal sin relación con los hechos denunciados (por ejemplo, un festejo de cumpleaños, un viaje o qué hizo el fin de semana).

Límites a la información. Sin embargo, se debe evitar que esta eta- pa se extienda más allá de lo necesario ya que esto puede cansar a la NNyA y afectar el desarrollo de la etapa principal de la entrevista. Tal como se dijo en el punto anterior, la información relevante sobre la NNyA y su familia no debe ser obtenida en esta instancia sino en instancias anteriores a partir de la lectura del expediente, informe socio-ambiental, informes escolares o de la OF.A.VI., entrevistas a los padres, entre otros.

Reglas básicas de la entrevista. Las NNyA, especialmente aque- llas más chicas, suelen percibir a las entrevistadoras forenses como figuras de autoridad. La investigación realizada en este sentido ha demostrado que en estas circunstancias, las NNyA pueden sentirse en la obligación de con- testar todas las preguntas que le hagan, más allá de que haya comprendido o no o que sepa o pueda pensar que la entrevistadora ya sabe lo que sucedió y que, por lo tanto, cualquier interpretación de los hechos que haga esta figura de autoridad será la correcta, más allá de que no coincida con lo que ella creía haber observado o vivido.

Para facilitar la expresión de la NNyA entonces es necesario que la entrevistadora no sobre-enfatice su autoridad en relación con la NNyA. También debe utilizar la etapa de rapport para combatir activamente cualquier tendencia que la NNyA pueda tener a dar respuestas para agradar a la entrevistadora. Esto puede ser realizado a partir de indicar desde el comienzo y de manera explícita los siguientes elementos:

- La entrevistadora no estaba presente cuando los hechos denunciados su- puestamente tuvieron lugar y, por lo tanto, ella y la investigación dependen del relato que haga la NNyA.
- Si la entrevistadora hiciera una pregunta que la NNyA no entienda, la NNyA debe sentirse con libertad para decirlo.
- Si la entrevistadora realizara una pregunta para la cual la NNyA no sabe la respuesta, ella tiene permitido decir que no sabe.
- Si la entrevistadora no entendiera lo que la NNyA dijo o lo resumiera de manera incorrecta, ella se lo debe hacer notar.

Estos elementos son mejor entendidos en el contexto de ejemplos concretos. En este sentido, se recomienda que la entrevistadora le brinde a la NNyA la posibilidad de practicar decir “No sé” o “No entiendo”.

Verdad y mentira. Hacia el final de esta primera etapa, cuando las reglas básicas de la entrevista ya hayan sido explicadas a la NNyA, es con- veniente que la entrevistadora corrobore la capacidad de la NNyA para dis- tinguir entre la verdad y la mentira y que le explique la importancia de decir la verdad en esta instancia. Si bien no existe ninguna disposición legal rela- tiva al juramento de la NNyA ni ninguna obligación en este sentido, el hecho que la entrevistadora haga esta referencia de manera previa a la entrevista y que esta quede registrada en la videograbación será útil a los jueces que luego la observen en las distintas instancias del proceso.

Para hacer esto, la entrevistadora debe evitar pedirle a la NNyA definiciones sobre la verdad y la mentira y, en cambio, debe pedirle que haga esta evaluación sobre la base de ejemplos concretos. Si una NNyA demostrara una apreciación adecuada sobre la diferencia entre decir la verdad o mentira, la entrevistadora hará hincapié en la importancia de que brinde un relato verdadero y lo más preciso posible y también sobre las consecuencias que puede tener para otras personas si no lo hiciera. Si una NNyA no demostrara una adecuada habilidad para reconocer la distinción entre la verdad y la mentira, se debe evaluar cuidadosamente la situación, ya que esto podría poner en peligro el valor probatorio de la entrevista que se está por desarrollar.

Segunda etapa: inicio y apoyo del relato libre

Relato libre. Una vez establecido el rapport y si lo considerara opor- tuno, la entrevistadora debe solicitarle a la NNyA que provea el relato de los hechos en sus propias palabras. Esta etapa de relato libre es el núcleo de la entrevista y la fuente de información más confiable. Durante esta etapa el rol de la entrevistadora es el de "facilitadora" y no de interrogadora. Se debe intentar obtener información de la NNyA de manera espontánea y libre de la influencia de la entrevistadora.

El objetivo de esta etapa es obtener un relato completo y exhaustivo por parte de la NNyA de los hechos denunciados, en sus propias palabras. La NNyA no debe ser interrumpida en esta instancia para solicitarle detalles adicionales o clarificar ambigüedades: esto puede ser realizado en la etapa siguiente. La entrevistadora debe tener cuidado de no cerrar esta etapa demasiado temprano al intervenir con preguntas y, en cambio, debe asumir una postura de escucha atenta: dejándole saber a la NNyA que está siendo escuchada mientras habla.

Ayudas al relato. La entrevistadora puede ofrecer indicaciones y estímulos si el relato de la NNyA se detuviera, por ejemplo a partir del uso de respuestas afirmativas y movimientos de cabeza que puedan ayudar a que la NNyA continúe con su relato. Sin embargo, la entrevistadora debe tener la precaución de utilizar respuestas afirmativas a lo largo de toda la entrevista y no únicamente en las partes de la entrevista vinculadas con la denuncia. Re- petir lo que la NNyA acaba de decir también ayuda a obtener más información. Esta ayuda solo debe referirse a lo que la NNyA haya dicho y no deben incluir información que no haya sido aún mencionada por ella. La velocidad en el relato de la NNyA será determinada por ella y no por la entrevistadora.

Algunas NNyA proveen más información que otras en un relato espontáneo de estas características. En general, aquellas con menor nivel de desarro- llo cognitivo tienen mayores dificultades para proveer un relato libre. Esto no debe impedir que la entrevistadora realice el mayor esfuerzo posible para obtener un relato claro y completo de estas NNyA: se debe tener presente que la investigación ha demostrado que los relatos de las NNyA más chicas son los más factibles de ser contaminados por preguntas inadecuadas. La entrevistadora debe tolerar las pausas y los silencios aunque deben ser tratados con cuidado cuando se trata de una NNyA traumatizada. Un silencio demasiado largo puede ser opresivo y el ritmo de conversación se puede perder. También se debe ampliar la tolerancia a lo que puede parecer información irrelevante y repetitiva. Hacer preguntas disparadoras es relativamente adecuado siempre y cuando sean neutrales ("¿y entonces qué sucedió?" o "¿y qué pasó des- pués?") y no supongan una evaluación positiva ("bien", "correcto"). La entrevistadora también debe ser consciente de la posibilidad de emitir señales de aprobación o desaprobación de manera intencional o no intencional, a partir de cambios en el tono de voz o expresiones faciales.

En caso que la NNyA no hubiese establecido el nivel de rapport suficiente o no hubiera dicho nada relevante vinculado con los hechos denunciados, la entrevistadora deberá considerar (y eventualmente consultar a la psicóloga colaboradora) sobre la conveniencia o no de pasar a la siguiente etapa de la entrevista. Puede ser posible que haya denegado falsamente el abuso, no haya sufrido ninguna agresión o que no esté dispuesta o preparada a hablar en esa instancia. En función de los intereses de la NNyA y de la justicia se debe decidir la necesidad de pasar directamente a la etapa de cierre.

Tercera etapa: preguntas

Es sumamente variable la cantidad de información relevante que la NNyA puede haber brindado en la etapa de relato libre. Sin embargo, en casi todos los casos se deberá expandir este relato con preguntas. Es importante que la entrevistadora realice solo una pregunta por vez y le brinde a la NNyA el tiempo suficiente para terminar su respuesta antes de hacer una nueva pregunta. Siempre se debe tener paciencia cuando se hacen preguntas, especialmente con NNyA pequeñas, quienes necesitarán mayor tiempo para contestar. La entrevistadora no debe caer en la tentación de llenar los espacios haciendo nuevas preguntas o haciendo comentarios irrelevantes. Muchas veces, breves silencios son el mejor pie para obtener más información, aunque se debe tener cuidado en su uso, ya que a veces este puede ser opresivo para la NNyA. La entrevistadora no debe interrumpir a la NNyA cuando todavía está hablando ya que esto le puede reducir su confianza y le puede sugerir que solo se espera de ella que dé respuestas cortas.

Tipo de preguntas. Existen distintos tipos de preguntas que varían en la cantidad y precisión de la información que suelen producir en sus res- puestas. Estas son de final abierto, focalizadas y específicas, para nombrar las más comunes. No existe un consenso universal sobre el significado de estas categorías. En buena medida también se debe tener en cuenta que una pregunta es sugestiva o no, según cómo es realizada, por quién y cómo encaja en la totalidad del contexto socio-lingüístico.

Preguntas abiertas y focalizadas. Una pregunta de final abierto es una invitación a hablar, por ejemplo "¿sabés por qué estás aquí?", "¿pasó algo?", "¿podés contarme qué pasó?". Este tipo de preguntas permite a la NNyA tener control sobre la información que va a dar y minimizar el riesgo de que la entrevistadora le imponga su visión de lo que sucedió. La investiga- ción sobre la temática demuestra que las respuestas más confiables y deta- lladas de las NNyA de todas las edades son obtenidas a partir de este tipo de preguntas. Las preguntas focalizadas, por su parte, son muy similares a las abiertas aunque se caracterizan por centrar la atención de la NNyA en un tópico, lugar o persona particular sin proveer información acerca del objeto de la pregunta: por ejemplo "hablemos del jardín", sin sugerir el tipo de información que se quiere obtener acerca del jardín. Cuándo, cómo, dónde, quién son preguntas focalizadas. Deben evitarse las preguntas "por qué" ya las NNyA suelen vivenciarlas con culpa.

Es importante que esta etapa comience con este tipo de preguntas, alternando entre preguntas abiertas y focalizadas, y que estas sean utilizadas con frecuencia a lo largo de la entrevista. Las preguntas de este tipo pueden dar a la NNyA la posibilidad de extenderse sobre temas relevantes que hayan sido mencionados durante la etapa de relato libre. Es muy frecuente que las NNyA hablen muy poco en la etapa de relato libre, por lo que las preguntas de final abierto y las focalizadas (alternadas) serán fundamentales para poder obtener más información.

Preguntas específicas

No hay una línea clara entre las preguntas focalizadas y específicas. En muchos casos una pregunta específica es simplemente una pregunta que explora mayores detalles siguiendo una respuesta de la NNyA a una pre- gunta de final abierto o focalizada. Sin embargo, como regla general, las preguntas específicas suelen cerrar las respuestas posibles, que muchas veces pueden consistir en una frase corta o una sola palabra. Por ejemplo: "¿de qué color era su remera?, es una pregunta específica. Las preguntas de este tipo, por lo tanto, pueden resultar apropiadas o no según la calidad de información que se quiera obtener de la NNyA. Pueden ser apropiadas cuando se realizan de manera no sugestiva para conseguir la extensión o clarificación de información provista anteriormente. Varían según el grado de "explicitación" y siempre es aconsejable comenzar con la versión menos explícita de la pregunta.

Preguntas de opciones múltiples. Si una pregunta específica no consiguiese resultados, será necesario recurrir como último recurso a una pre- gunta de opciones múltiples. Este tipo de preguntas son las que establecen opciones fijas y pautadas de respuesta entre las cuales la NNyA debe elegir. Por ejemplo, "¿Estabas en el baño o en la cocina cuando te sucedió esto?". El riesgo de utilizar este tipo de preguntas es que la NNyA responda con una u otra opción, sin extenderse más en su respuesta, a pesar de que no recuerde la respuesta o que la respuesta correcta no esté entre las opciones. Una alterna- tiva para disminuir este riesgo es decirle a la NNyA antes de darle las opciones que "no sé" es una alternativa válida de respuesta. Esta clase de preguntas no debe ser utilizada nunca para investigar eventos centrales del relato de la NNyA que pueda ser luego cuestionado en el juicio, ya que la información obtenida puede ser considerada como de un limitado valor probatorio. En este sentido, las preguntas

de opciones múltiples deberían ser usadas solo para clarificar in- formación ya brindada por la NNyA. Una vez que la NNyA provee una respuesta a una pregunta de opciones múltiples o a una pregunta directa, el entrevistador debería retornar a preguntas más abiertas.

Dirigidas o sesgadas. Una pregunta dirigida, sesgada, sugestiva o tendenciosa es una pregunta que sugiere la respuesta o que da por sentado hechos que están en disputa. Por supuesto que las preguntas pueden ser cla- ramente dirigidas o estar más matizadas. Pocos negarían que la pregunta "¿te tocó la cola, no es cierto?" no solamente es dirigida, sino en alto grado ya que es esencialmente una declaración de hecho seguida por un pedido de consen- timiento. Un ejemplo adicional de una pregunta dirigida es "Él te llevó allí tres veces ¿no es cierto?". Si la pregunta del entrevistador introduce información que la NNyA no había mencionado previamente, se incrementan las posibilidades de error en la información obtenida y de impugnación por parte de la defensa.

La evaluación de una pregunta como dirigida o sesgada no solo depende de la consideración de esa pregunta aisladamente, sino también en función de lo que la NNyA ya dijo en la entrevista. Por lo tanto, cada pregunta debe ser analizada en función de toda la entrevista, como una puntada en un tapiz. Sin embargo, existe consenso sobre la necesidad de evitar este tipo de preguntas ya que pueden incrementar la sugestibilidad de la NNyA entrevistada, especialmente cuando se trata de niñas en edad pre-escolar.

Contenido de las preguntas. Asimismo se debe tener en cuenta la necesidad de que las preguntas sean lo más cortas y simples posibles, contener un único punto y evitar la doble negación ("¿Juan no te dijo des- pués que no te quiso lastimar?") y las preguntas dobles ("¿Fuiste a la casa de al lado y Juan te estaba esperando?"). También las preguntas deben evitar utilizar información que no haya sido mencionada o un lenguaje que no sea conocido por la NNyA, salvo excepciones justificadas. Las niñas muy pequeñas, por ejemplo, tienen problemas con las palabras que denotan ubicación ("atrás", "en frente de", "debajo" o "arriba") y si surgiera alguna ambigüedad, será necesario pedirle a la NNyA que muestre lo que quiere decir, por ejemplo con una muñeca. Simplemente preguntarle a una NNyA si entiende una palabra es insuficiente. Pueden estar familiarizadas con una palabra pero no entender del todo su significado.

Vocabulario. Las NNyA pueden utilizar términos vinculados con la sexualidad que sean propios de ellas o de sus familias. También pueden usar

términos que son vagos y no específicos. Siempre es recomendable que la entrevistadora se asegure que entiende lo que la NNyA quiere decir. El uso de muñecos o dibujos para hacer referencia a la posición y localiza- ción de actos sexuales es preferible a la referencia oral. Incluso cuando una NNyA pequeña utilice la terminología adulta adecuada puede ser necesario verificar que están entendiendo su significado.

Etapas de desarrollo. La información solicitada a la NNyA debe tener siempre en mente la etapa de desarrollo evolutivo de la NNyA. Muchos conceptos que son tomados por sentado en una conversación entre adultos son solo adquiridos gradualmente a partir del desarrollo de las NNyA. Por lo tanto, las preguntas que dependen de la comprensión de esos concep- tos pueden derivar en respuestas engañosas o poco confiables, afectando la credibilidad general del relato. Los conceptos con los cuales las NNyA tienen dificultad son fechas y tiempos, duración y frecuencia de los eventos y estimaciones de peso, altura y edad. Esto debe ser evaluado durante la instancia de planificación y al comienzo de la entrevista y se deben conocer diferentes técnicas para superar estas dificultades.

Información y conceptos de la NNyA. Cuando se realizan las preguntas, la entrevistadora debe intentar utilizar la información que la NNyA ya haya provisto y las palabras y conceptos con los cuales está familiarizada (por ejemplo en vinculación con el tiempo, la ubicación y las personas). Al- gunas NNyA tienen dificultades para comprender pronombres (por ejemplo, él, ella, ellos). En estas circunstancias es recomendable que la entrevistado- ra utilice los nombres de las personas cuando fuese posible.

Selección de temas. Dentro de esta etapa la entrevistadora debe dividir el relato de la NNyA en temas o episodios manejables y buscar el desarrollo en cada uno a partir de usar preguntas de final abierto, luego focalizadas y finalmente específicas, como se describió antes. Cada tema o episodio debe tratarse de manera sistemática hasta que la NNyA no pueda aportar más información. Las entrevistadoras deben evitar el saltar de un tema a otro, dado que esto suele no ayudar en el proceso de recuerdo de la NNyA y la puede confundir.

También se debe evitar el utilizar una serie predeterminada de preguntas de manera rígida. En cambio, la secuencia de preguntas debe ser ajustada según el proceso de recuerdo que se va desarrollando durante la entrevista y acorde a la memoria de la NNyA. El objetivo de la entrevistadora es, por lo

tanto, deducir cómo está almacenada la información relevante en la memoria de la NNyA y ayudarle a recuperar y comunicar los recuerdos (mediante el apoyo del relato libre) y organizar en consecuencia el orden de las preguntas.

Cuarta etapa: cierre

Toda entrevista debe tener una etapa de cierre. Esto debe suceder más allá de que se haya completado la entrevista o esta haya sido terminada prematuramente. En esta instancia la entrevistadora le dará la oportunidad a la NNyA realizar un cierre y, al menos, una resolución emocional temporaria. Esta parte final está más enfocada en las necesidades de la NNyA que en obtener información, aunque la entrevistadora debe seguir evitando hacer declaraciones o tener conductas que puedan contaminar declaraciones futuras de la NNyA.

El cierre puede ser breve pero debe normalmente incluir los siguientes elementos:

-Verificar con la psicóloga colaboradora si hubiese preguntas o temas adicionales a explorar o ambigüedades o contradicciones aparentes que pudiesen ser resueltas.

-Resumir las afirmaciones de importancia probatoria que haya hecho la NNyA solicitándole que interrumpa el relato si cualquiera de las cuestio- nes mencionadas fuese incorrecta. Esto debe ser realizado, dentro de lo posible, utilizando las propias palabras y lenguaje de la NNyA.

-Dar a la NNyA la oportunidad de agregar lo que considere necesario y de realizar las preguntas que tuviese.

-Agradecerle por su tiempo y esfuerzo.

-Darle asesoramiento en la búsqueda de ayuda y un número de contacto.

-Volver al rapport o a la conversación de temas neutrales, para facilitar la transición a la salida de la sala de entrevistas.

5. Normativa aplicable

1. Convención sobre los Derechos del Niño (CDN). Ratificada por Argentina mediante Ley Nº 23.849 (1990) y con jerarquía constitucional desde 1994.

2. Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos, aprobada por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas en resolución 2005/20 de 22/07/05.

3. Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Aprobado por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana (2008).

4. Guías de Santiago sobre "Protección de víctimas y testigos", aprobado en la XVI Asamblea general Ordinaria de la Asociación Ibero Americana de Minis- terios Públicos (AIAMP) (2008).

5. Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación con- tra la mujer, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Ratificada por Argentina mediante Ley Nº 23.179 (1985).

6. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, "Convención de Belem do Pará". Ratificada por Argentina mediante Ley Nº 24.632 (1996).

7. Constitución Nacional.

8. Ley Nacional de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes Nº 26.061, sancionada en octubre de 2005, Decretos 415/2006 y 416/2006.

9. Leyes provinciales de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes.

10. Ley Nacional de Protección contra la Violencia Familiar Nº 24.417, sanciona- da en diciembre del año 1994. Decreto reglamentario 235/1996.

11. Ley Nacional de Protección Integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, sancionada en abril de 2009.

12. Código Procesal Penal de la Nación, modificación de los arts. 250 bis y ter, Ley Nº 25.852, sancionada en diciembre de 2003, promulgada en 2004.

13. Códigos Procesales Penales provinciales.

14. Resolución de la Procuración General de la Nación Nro. 35/12 de fecha 16 de junio de 2012 – "Guía de buenas prácticas para la investigación de delitos contra la integridad sexual que afecten a niños, niñas y adolescentes".

15. Acordada Nro 1/12 REGLAS PRACTICAS dictadas por la Cámara Federal de Casación Penal – 28/02/2012

6. Jurisprudencia relevante

- Corte Interamericana Derechos Humanos "Caso Rosendo Cantú y otra vs. México" sentencia del 31/08/2010.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso "M.A y otros s/abuso Des- honesto –Recurso de hecho – causa Nº 42.394/96, Expte. M. 116. XXXVI, sentencia del 24/06/2002.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso "Gallo López, Javier s/ causa N° 2222 G.1359, L.XLIII, sentencia del 7/06/2011.
- Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV, caso "Rivero Onésimo, Fabián s/recurso de Casación", causa Nº 12.605, sentencia del 24/05/2012.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala I, caso "B., R. A. s/ Inconstitucionalidad del art. 520 bis del C.P.P.N", causa Nº 24.987, sentencia del 28/12/2004.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala I, caso "González, José s/ Nulidad/ Inconstitucionalidad art. 250 ter C.P.P.N.", causa Nº 27.128, sentencia del 14/12/2005.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala VII, caso "S., R.". Procesamiento. Abuso sexual. Instr. 48/145", causa Nº 36.280, sentencia del 27/03/2009.

Guía de entrevista investigativa con niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales de la unidad especializada en delitos sexuales y violentos*

9

FISCALÍA NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO DE CHILE.
UNIDAD ESPECIALIZADA EN DELITOS SEXUALES Y VIOLENTOS
FISCALÍA NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO DE CHILE

PRESENTACIÓN

El año 2008 el Fiscal Nacional definió una serie de lineamientos estratégicos orientados a mejorar la tarea constitucionalmente delegada al Ministerio Público, a saber, la persecución penal de los hechos constitutivos de delito y la protección a la víctima.

Desde la elaboración del plan estratégico 2009-2015, se estableció que los delitos sexuales constituyen una tipología delictiva que es necesario abordar desde una perspectiva específica en orden a mejorar la calidad de la persecución penal, esto dado principalmente por el impacto social del fenómeno, toda vez que las víctimas de violencia sexual lo son en virtud de su alto grado de vulnerabilidad, especialmente tratándose de mujeres y de niños, niñas y adolescentes.

*** PUEDE DESCARGAR LA VERSIÓN ORIGINAL EN PDF EN**
www.editorialjuris.com, sección e-books: GUIA ENTREVISTAS GESELL CHILE

En este sentido, la puesta en marcha de la Reforma Procesal Penal ha significado un importante avance en cuanto a la celeridad de las investigaciones y la resolución satisfactoria del conflicto penal en este tipo de delitos, empero a un elevado costo emocional y social para las víctimas en su paso por el proceso penal a consecuencia, muchas veces, de un alto monto de revictimización por parte del sistema.

La ley procesal reconoce a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho, en su calidad de víctimas y testigos. No obstante lo anterior, el sistema aún no ha implementado de forma cabal los cambios y ajustes necesarios considerando que se trata de una población con características y requerimientos particulares, de acuerdo a las distintas etapas del desarrollo. Así es como los niños se ven enfrenta- dos a la necesidad de participar en múltiples instancias en las cuales deben prestar declaración una y otra vez acerca de una experiencia que la mayoría de las veces resulta traumática, sin que se tomen en consideración sus características evolutivas y la necesidad de disminuir la victimización secundaria.

Tomando en consideración que en los casos con víctimas menores de edad, y por tanto altamente vulnerables, los tiempos de tramitación y los procedimientos en que se entrevista a la víctima pueden producir un importante nivel de revictimización, el Oficio FN Nº 160, de fecha 30 de Marzo del 2009, recoge dicha problemática, instruyendo la adopción de medidas para regular la cantidad de oportunidades en que se toma declaración a las víctimas, regulando también los actores encargados de esta diligencia.

La propuesta que se presenta en el presente documento, la Guía de Entrevista In- vestigativa con Niños, Niñas y Adolescentes Víctimas de Delitos Sexuales (GEV), tiene como objetivos centrales el contar con un modelo de entrevista a la víctima que maximice la calidad y cantidad de la información que puede ser levantada en esta instancia y, a la vez, que dicho procedimiento posea los mínimos efectos victimizantes para la persona afectada.

Cabe señalar que este trabajo, que marcha a la par del interés público que suscita el tratamiento a la víctima en los procesos penales, resulta congruente con objetivos institucionales plasmados en otros proyectos, entre los cuales destaca

el proyecto piloto de persecución penal de delitos de explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes, el cual se encuentra actualmente en desarrollo en las fiscalías regionales de las zonas Sur, Occidente y Quinta Región.

Creemos firmemente que estamos dando un paso en la dirección acertada, y con ello, dirigiendo todos nuestros esfuerzos a la consolidación de una persecución penal de los delitos sexuales que ponga especial énfasis en las particulares condiciones de la víctima, cumpliendo, a la vez, con los más altos estándares de rigurosidad exigibles a nivel procesal.

FÉLIX INOSTROZA DÍAZ
Director Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violentos
Fiscalía Nacional

SUMARIO

INSTRUCCIONES PARA LA APLICACIÓN DE LA GEV

Introducción

La entrevista investigativa. Cuestiones generales

La planifi cación de la entrevista investigativa

La entrevista investigativa y sus fases

A modo de conclusión

GUÍA DE ENTREVISTA

Fase I: Introducción y encuadre

Fase II: Establecimiento de rapport

Fase III: Entrenamiento en un episodio de memoria

Fase IV: Obtención del testimonio

Fase V: Investigando los hechos.

Fase VI: Obteniendo otra información de relevancia procesal que el niño/a no ha entregado de la entrevista.

Fase VII: Cierre de la entrevista.

INSTRUCCIONES PARA LA APLICACIÓN DELA GEV[1]

INTRODUCCIÓN

La declaración inicial de la víctima tiene un valor primordial para generar líneas investigativas diversas, plurales y bien fundadas. El valor de la información obtenida se verá maximizado en la medida que quien entreviste posea experticia y conocimiento en ámbitos que se encuentran involucrados en este tipo de procedimientos. El éxito de la entrevista va a depender de factores como la pericia del entrevistador, el grado de colaboración del entrevistado, el tiempo transcurrido desde el suceso y el tipo de entrevista (Memon y Bull, 1999).

Con el propósito de incrementar y mejorar la calidad de las investigaciones por delitos sexuales, la presente Guía de Entrevista Investigativa con Niños, Niñas y Adolescentes Víctimas de Delitos Sexuales (GEV) permitirá lograr dos objetivos considerados muy relevantes en esta materia: por una parte propender a mejorar la cantidad y calidad de la información que proporciona la víctima en la etapa inicial de la investigación y, por otra, disminuir la victimización secundaria del afectado por el delito, reduciendo la cantidad de entrevistas a las cuales es sometido en el proceso investigativo.

A este respecto, las instrucciones para la aplicación de la GEV resultan concordan- tes con lo señalado en el Oficio FN N° 160/2009[2], que indica que, en el proceso investigativo, el fiscal adoptará las medidas necesarias para que la víctima preste la menor cantidad de declaraciones posibles, evitando así la repetición innecesaria de esta diligencia. Asimismo, señala que al fiscal le corresponderá participar personalmente en la toma de declaración de la víctima, sin

1. Guía de Entrevista Investigativa con Niños, Niñas y Adolescentes Víctimas de Delitos Sexuales (GEV), elaborada por Francisco Maffioletti Celedón y Sofía Huerta Castro, psicólogos de la Unidad Especializa- da en Delitos Sexuales y Violentos de la Fiscalía Nacional del Ministerio Público de Chile. La presente Guía tomó como principal referencia el Protocolo NICHD (2007), las directrices referidas en la Guía ABE (Achieving Best Evidence in criminal proceedings, Home Office, 2000) y el Protocolo de Entrevista Forense del Estado de Michigan (FIA, 1998).
2. Oficio FN N° 160/2009, de 30 de marzo de 2009, que imparte criterios de actuación en delitos sexuales.

perjuicio de delegar la realización de la diligencia en funcionarios o profesionales especializados del Ministerio Público. Excepcionalmente, podrá delegar dicha diligencia en funcionarios especializados de alguna de las policías.

LA ENTREVISTA INVESTIGATIVA. CUESTIONES GENERALES

> *Cada entrevista requiere que el entrevistador adapte los procedimientos al desarrollo, lenguaje, ritmo y características del entrevistado, ya la naturaleza del presunto delito.*

Cabe señalar que se debe evitar que la entrevista investigativa se transforme en un interrogatorio, debiendo ser conducida en forma tal que minimice la posible angustia del niño/a, sin que eso signifique renunciar al objetivo central de obtener información relevante para el caso. Para el logro de este objetivo, el investigador se debe abstener de toda confrontación con el entrevistado en las primeras etapas de la entrevista dado que lo que interesa es escuchar su versión pura y extensa, sin interferir en ella. Una vez que se ha aprovechado al máximo esta etapa de escucha activa, el entrevistador podrá dar paso a preguntas orientadas a dilucidar puntos que no estén suficientemente claros o que aparentemente puedan reflejar contra- dicciones en la información con la que se cuenta hasta ese momento, o a contrastar hipótesis que el entrevistador pueda haberse formulado a partir de la información de la que dispone de manera previa o la que entrega el propio entrevistado. De esta manera, ante las contradicciones, la indagación podrá permitir su resolución, fundamentación, o la toma de las decisiones que corresponda.

Cada entrevista requiere que el entrevistador adapte los procedimientos al desarrollo, lenguaje, ritmo y características del entrevistado, y a la naturaleza del presunto delito. Al respecto, un buen indicador que debiera alertar al entrevistador sobre el conflicto que se pudiese suscitar al niño/a en el contexto de entrevista es la incomodidad corporal, la búsqueda de refuerzo en los adultos acompañantes o, derechamente, la dificultad para abordar el tema propuesto o contestar una pregunta específica. En aquellos casos en que el entrevistador detecte intensos montos de angustia en el niño/a, evidencia de desestructuración emocional, o circunstancias personales y/o emocionales

que no hagan en ese momento aconsejable la entrevista, ya sea al inicio o en alguna fase intermedia, ésta debe ser suspendida en espera de una coordinación con URAVIT para la evaluación del caso.

El entrevistador debe procurar abstenerse de va- loraciones, ya sean positivas o negativas, respecto de la persona del entrevistado o los hechos que describe (por ejemplo: "qué valiente eres"), o expresar estas valoraciones a través de gestos. Esto podría conducir a disminuir o bloquear la capaci- dad referencial del entrevistado o llevarlo, incluso, a una retractación, al introducir el entrevistador contenidos que pueden ser interpretados por el entrevistado como de aprobación o desaprobación, o llevarlo a suponer que el entrevistador dispone de una mayor cantidad de información y con eso limitar su capacidad referencial. Por el contrario el entrevistador debe adoptar una actitud de neutralidad empática, manteniendo fuera de la relación entrevistador-entrevistado sus impresiones, evitando la introducción de comentarios autorreferenciales. En esta misma línea, cuando se perciba en el entrevistado que la evocación y reporte de los hechos reviste im- pacto emocional, se debe procurar evitar hacer mención explícita a éste (por ejemplo: "veo que te cuesta hablar sobre esto") ya que esto podría afectar negativamente la capacidad informativa del entrevistado al estimularse el contacto con sus emociones por sobre la evocación cognitiva.

Es importante tener presente que los niños podrían no relatar todos los detalles del delito, pudiendo minimizar o retener información, ya sea porque no están motivados a entregarla, porque no están preparados para hacerlo, o bien porque no comprenden la naturaleza de la diligencia o no conocen la importancia que esto reviste. De hecho, los niños/as son más proclives a negar experiencias que efectivamente hayan vivido como traumáticas, que a realizar denuncias sobre un hecho falso.

En forma preliminar es posible señalar que, en la etapa inicial, ningún niño debería ser excluido de la posibilidad de entrevista. La ponderación de los niños como testigos debería hacerse caso a caso y no debería haber exclusiones auto- máticas por razones de edad, discapacidades físicas, funcionales, u otras; más bien lo que se debe resguardar es que las condiciones en que se realice la entrevista se adecuen a las características y necesidades del niño/a, el que debe encontrarse en condiciones adecuadas para ser entrevistado de manera que la información obtenida en la entrevista posea validez. A este respecto el entrevistado se debe encontrar en un estado anímico que permita

la comunicación, debe poseer adecuada capacidad de comprensión, concentración y atención, y la entrevista se debe desarrollar en condiciones ambientales favorables.

Es importante fijar objetivos claros para la entrevista, que le den una dirección y contribuyan a su estructura. Los objetivos y finalidades de la entrevista deberían enfocarse en tratar de establecer qué sucedió antes, durante y después del presunto evento(s), incluyendo detalles de todas las conductas físicas y verbales que hubieran tenido lugar entre la víctima y el supuesto autor(es), y entre la víctima y cualquier otra persona. Para el logro de esos objetivos, el modelo propuesto puede representar una forma de aproximación quizás más extensa de lo habitual, no obstante lo cual se considera la forma más adecuada de obtener mayor cantidad de información y de mejor calidad, contribuyendo a la optimización de los recursos y disminuyendo, paralelamente, la revictimización del entrevistado.

> *Junto con obtener información de calidad, una buena entrevista investigativa facilitará la toma de decisiones respecto a la protección del niño, niña, o adolescente, y la necesidad de gestionar intervenciones de apoyo.*

El procedimiento está diseñado para asegurar que, en la medida de lo posible, los testigos de cualquier edad proporcionen su versión, y no para que el entrevistador les haga sugerencias con las cuales se les invite a estar de acuerdo, debiendo estar dirigida a la obtención de la mayor cantidad de información posible del caso sin sesgar las respuestas y no únicamente a definir el tipo penal investigado, o a con- firmar sospechas o declaraciones previas.

Finalmente no puede dejar de mencionarse que, junto con obtener información de calidad, una buena entrevista investigativa facilitará la toma de decisiones res- pecto a la protección del niño, niña, o adolescente, y la necesidad de gestionar intervenciones de apoyo.

LA PLANIFICACIÓN DE LA ENTREVISTA INVESTIGATIVA

Una planificación adecuada es esencial para determinar las cuestiones relevantes de la entrevista y los objetivos de la misma. El entrevistador debe ase-

gurarse de revisar adecuadamente los antecedentes básicos del caso antes de la entrevista; esto le permitirá conocer la situación general del evaluado a objeto de facilitar el establecimiento de un adecuado rapport, el conocimiento general de la línea de base del entrevistado (edad, presencia de discapacidad, entre otras), que permitirá la preparación de la entrevista y el ajuste de expectativas, la formulación de preguntas que faciliten y guíen mejor a la víctima en su relato (a través del conocimiento de antecedentes generales sobre el caso como el lugar, tipo de agresión, vínculo con el agresor), y la posibilidad de formular hipótesis alternativas que puedan ser contrastadas y/o descartadas (sugestión, engaño, discapacidad).

Junto con lo anterior en la planificación se debería decidir:

» *Lugar de realización de la entrevista.*

» *Fecha de la entrevista, y en caso de ser necesario, posibles nuevas fechas.*

» *Duración aproximada de la misma (incluyendo ritmo, descansos y posibilidad de más de una sesión).*

» *Si la entrevista será grabada o no, las razones de aquello, y quién se hará cargo de la grabación.*

» *Quién debería conducir la entrevista, y si alguien debería apoyar la entrevista (por ejemplo: profesional URAVIT).*

» *Definir la información que será requerida a la persona que acompaña al niño/a.*

» *Definir si alguien más debería estar presente en alguna de las fases de la entrevista, acompañando al niño (madre o figura significativa para el menor de edad).*

» *Qué es probable que ocurra luego de la entrevista.*

Como disposición general, se sugiere que las entrevistas sean videograbadas, a menos que el niño lo objete y/o que haya dificultades insuperables (por ejemplo: utilización de videograbación en la comisión del delito). Al respecto, siempre que se proponga una entrevista videograbada con el niño/a, los entrevistadores deben explicarle a él y su adulto responsable el propósito

de dicha videograbación, en forma acorde a su edad y nivel de comprensión, explicitando las ventajas y desventajas, y su posible utilización posterior.

En este orden de ideas, la grabación de la entrevista persigue varios fines, de diversa naturaleza, entre los cuales es posible destacar:

» *La posibilidad de observar al entrevistado y prestar atención a los contenidos y expresiones no-verbales que acompañan su versión de los hechos.*

» *Permite un registro fidedigno respecto de los contenidos verbales y analógicos de la víctima.*

» *Favorece el vínculo y rapport con el evaluado, al no estar éste mediado o inte- rrumpido por el registro escrito de su testimonio.*

» *Evita la revictimización del niño/a con múltiples entrevistas.*

» *Permite revisar y analizar la entrevista cuantas veces sea necesario para dilucidar las dudas existentes o consignar un aspecto no contemplado durante el desarrollo de la misma.*

» *Posibilita acompañar la grabación como medio de prueba en las audiencias, sin perjuicio de si la víctima declara o no en las mismas.*

Aún cuando la entrevista sea videograbada, para algunos niños podría resultar útil escribir algunas cosas en algún momento de la entrevista (por ejemplo cuando están demasiado avergonzados para relatar algunos detalles de la agresión). Lo que el niño/a escriba puede ser luego leído en voz alta por éste en la misma entrevista, por la persona que lo está entrevistando, o bien ser leído o exhibido al tribunal en el posterior juicio.

No obstante la entrevista sea videograbada, se debería tomar notas que sean lo suficientemente detalladas para permitir al entrevistador hacer preguntas al final de la entrevista y/o determinar cualquier línea adicional de investigación. Conjuntamente con lo anterior, la transcripción de la entrevista, parte de ella, o un resumen del contenido de los hechos sustanciales descritos, podrá servir de complemento de la videograbación como constancia de las actuaciones realizadas y para efectos de las audiencias judiciales.

Como parte del proceso de planificación, el equipo de entrevista debería prever el probable número y duración de la(s) entrevista(s). Esto ayudará, tanto al entrevistador como al entrevistado, a tener una idea aproximada del tiem-

po que durará cada entrevista. Las entrevistas deberían desarrollarse al ritmo del niño, no al del entrevistador, por tanto, durante la entrevista, se debería estar atento a sus necesidades (por ejemplo realizar pausas para refrigerios o uso del baño). En algunas circunstancias podría ser necesario desarrollar la entrevista en más de una sesión (por ejemplo en casos complicados, cuando hay antecedentes de múltiples delitos, o cuando el niño tiene una breve capacidad de atención).

Aunque es importante proteger al niño/a contra la influencia indebida por parte de un adulto en el contexto de entrevista, puede ser beneficioso para el niño/a (y para el proceso de asegurar su testimonio) que alguien esté presente para ofrecerle apoyo, sobre todo si el niño es muy pequeño o no presenta disposición a ser entrevistado. Es posible que dicha persona se pueda retirar una vez que la relación se ha establecido y el niño se sienta más confiado. El hecho de tener un padre o cuidador cerca, en otra sala, podría ser suficiente para que el niño se sienta seguro y permanezca tranquilo.

Es importante asegurar que la persona de apoyo a la entrevista no haya estado implicado/a en el presunto delito, ni sea percibido por el niño como implicado/a. Se debe instruir claramente a la persona de apoyo que no intervenga en la entrevista. Es aconsejable que las personas de apoyo se aseguren de estar fuera del campo visual del niño (por ejemplo sentándose detrás del niño). Cualquier persona de apoyo en la entrevista debe ser claramente identificada al comienzo de la entrevista cuando ésta sea grabada.

El lugar en que se lleva a cabo la entrevista debe ser lo suficientemente tranquilo, y estar libre de interrupciones que pudiesen perturbar el normal desarrollo de la entrevista. Asimismo, dado que el proceso le resulta al niño/a algo ajeno, se recomienda que el recinto se encuentre adaptado a sus necesidades (incluidas sillas pequeñas), favoreciendo la familiaridad del niño/a con el espacio físico en que será entrevistado.

El lugar en que se lleva a cabo la entrevista debe ser lo suficientemente tranquilo, y estar libre de interrupciones que pudiesen perturbar el normal desarrollo de la entrevista.

El ambiente debiera estar libre de demasiados estímulos. El entrevistador debería asegurarse de que haya suficiente papel y lápices para ser usados

cuando el niño necesite dibujar esquemas o bosquejos; los elementos lúdicos debieran ser los mínimos y básicos que reúnan características que los hagan pertinentes para su utilización (muñecos, casa, mobiliario), y deberían ser colocados fuera de la vista del niño, de modo que ningún elemento no introducido por el entrevistador lo distraiga durante la entrevista.

A los niños más pequeños, o los que presentan dificultades de comunicación, se les puede facilitar el proporcionar un relato más claro cuando se valen de apoyos (dibujos, muñecos), en relación a las explicaciones puramente verbales.

A los niños más pequeños, o los que presentan dificultades de comunicación, se les puede facilitar el proporcionar un relato más claro cuando se valen de apoyos (dibujos, muñecos), en relación a las explicaciones puramente verbales. Como ejemplo, los dibujos o muñecas pueden permitir a un niño indicar partes del cuerpo o representar un episodio de agresión sexual, mientras que la casa de una muñeca puede ayudar al niño a describir el ambiente en el cual ocurrió el hecho. Sin embargo, estos elementos sólo deberían usarse una vez que el niño ha revelado verbalmente un delito o cuando haya sospechas que se ha cometido un delito que el niño es incapaz de poner en palabras.

Nunca se deberán ofrecer al niño estímulos o recompensas a cambio de su cooperación en general o de respuestas a preguntas particulares, dentro de lo cual se incluyen desde promesas de resultado a entrega concreta de dulces u otros objetos del lugar de realización de la entrevista que el niño/a quiera llevarse.

Finalmente es necesario reiterar que se deben considerar, y controlar, una serie de circunstancias que podrían afectar negativamente los resultados de la realización de una entrevista con la presunta víctima del delito. Entre otras, la evaluación demasiado próxima al hecho (horas) pudiese implicar un cuadro de estrés agudo, disociativo, bloqueo mental, amnesia selectiva no intencional, estado ansioso o angustioso; la presencia del imputado, o de alguien a quien la víctima perciba como implicado/a, en la entrevista; la presencia de cámaras cuando en el hecho delictivo también han sido utilizadas; y la presencia de muchas personas en la sala de entrevista.

LA ENTREVISTA INVESTIGATIVA Y SUS FASES

Si bien el objetivo central de la entrevista investigativa es la obtención de información sobre el delito investigado a través del testimonio que puede entregar la supuesta víctima, el objetivo buscado no se logrará a cabalidad si no se destina una primera etapa a la construcción de la relación con el niño, niña o adolescente. Lo anterior es relevante por cuanto, por su naturaleza, esta diligencia no forma parte de experiencias propias al cotidiano de niños, niñas y adolescentes y, además, lo que se les pide es que entreguen su testimonio sobre vivencias que probablemente revisten un importante impacto emocional. Del mismo modo, y por las mismas consideraciones, la etapa final requiere que el entrevistador trate de asegurarse que el entrevistado deja la entrevista en un estado mental apropiado y sintiendo que se le ha dado una amplia oportunidad para ser oído.

A continuación se describe cada una de las etapas de la entrevista investigativa y el objetivo que cada una cumple. Cabe señalar que los procedimientos en cada etapa de la entrevista, y la duración y desarrollo de cada una de ellas, deben adaptarse a las características del caso, del entrevistado y de los contenidos que deriven de la propia entrevista.

FASE I: INTRODUCCIÓN Y ENCUADRE

Al inicio de la entrevista, junto con saludar y presentar a quienes estarán presentes en la diligencia, se le debiera dar al niño/a y sus acompañantes una explicación adecuada de la función que cumple el entrevistador y de los objetivos que persigue la entrevista.

El entrevistador debería comenzar una entrevista:

» Presentando al niño a las personas presentes, utilizando el nombre por el cual el niño prefiere ser llamado.

» Explicándole, en términos apropiados para su edad, el papel y función que cumple en la investigación el fiscal, el psicólogo y/o el asistente social, o el policía.

» Explicitando el lugar, día y hora de realización de la entrevista.

» Indicando la presencia y ubicación de las cámaras y micrófono en el cuarto, y su función como registro permanente de la entrevista, cuando ésta sea grabada.

FASE II: ESTABLECIMIENTO DE RAPPORT

Esta fase ha sido separada de la anterior sólo con fines didácticos, dado que el rapport se inicia apenas se establece el primer contacto con el niño/a y sus cuidadores.

En esta parte de la entrevista se busca establecer un vínculo entre el niño/a y el entrevistador con el objeto de generar un espacio de acogida que resulte cómodo para el entrevistado y, además, el establecimiento de la línea base de funcionamien- to del niño, niña o adolescente a través del intercambio sobre temáticas neutras. Estos intercambios iniciales debieran enfocarse en acontecimientos e intereses no relacionados con la investigación (por ejemplo deportes, programas de televisión, juegos favoritos, estudios, el trayecto hacia el lugar de entrevista, etcétera). Cabe hacer la salvedad que las preguntas típicas usualmente dirigidas a establecer rapport, por su estructura, limitan la disposición del entrevistado para la entrega de información y afectan el desempeño posterior al tratarse, generalmente, de preguntas que elicitan respuestas cerradas y precisas, que es justamente lo que se busca evitar. Por lo anterior el entrevistador, aún en esta fase, debiera estar atento a hacer preguntas que requieran respuestas abiertas por parte del entrevistado.

Es importante señalar que si bien la extensión de la fase de rapport debe estar sujeta a las necesidades del caso, no debiera ser muy prolongada, ya que el periodo en que los niños son capaces de mantener la atención y concentración es breve, sobretodo en el caso de niños muy pequeños, por lo que se corre el riesgo de que al llegar a la fase en que se inicia la indagación sobre los hechos el niño se encuentre ya agotado, con bajos niveles de atención y concentración, y desmotivado para el abordaje de la temática.

En esta fase, además, se explican los objetivos y las reglas de la entrevista. El objetivo de la entrevista se debe explicar en forma tal que se enfoque claramente, pero que no especifique la naturaleza del delito: esto último constituiría una inducción innecesaria.

> *...si bien la extensión de la fase de rapport debe estar sujeta a las necesidades del caso, no debiera ser muy prolongada, ya que el periodo en que los niños son capaces de mantener la atención y concentración es breve...*

FASE III: ENTRENAMIENTO EN UN EPISODIO DE MEMORIA

Esta fase tiene como propósito, a partir del relato breve de una experiencia concreta que el entrevistado haya vivido, generar un ejercicio de diálogo entre éste y el interlocutor que, a partir de elementos neutros para el entrevistado respecto de los cuales posea pleno dominio y no sean objeto de controversia, permita iniciar una narración dirigida al entrevistador, quien debe estimular un relato lo más libre y abierto posible. Este estímulo se puede acompañar de señales no verbales, como movimientos afirmativos de cabeza, y expresiones de afirmación y refuerzo que lo empujen a continuar y no impliquen la interrupción del relato por parte del niño (por ejemplo: "ajá", repetición de la última palabra, entre otras). Se debe tener en consideración que, en general, los niños podrían decir más cosas de las que efec- tivamente dicen. Al respecto resulta favorable realizar preguntas que eliciten una respuesta abierta (por ejemplo "dime lo que recuerdas", o "dime que más recuerdas" en lugar de "¿puedes decirme algo más?" o "¿recuerdas algo más?").

El objetivo central de esta fase de entrenamiento es que el entrevistado ejercite la dinámica comunicacional necesaria en la próxima fase, en la cual será instado a hablar sobre los hechos materia de investigación. Por tanto, el criterio para pasar de esta fase a la siguiente, estará dado por la naturalidad y fluidez que adquiera la capacidad narrativa del entrevistado.

Es conveniente propiciar que el niño/a no sólo asuma una posición pasiva, propia de quien se limita a responder preguntas del entrevistador, sino que se debe estimular que haga preguntas, que pueda decir que no sabe, no se acuerda, o prefiere no hablar respecto de algún tema. En definitiva, se le debe transmitir al niño/a que es él quien tiene el dominio sobre la entrevista, y que su ritmo, extensión y contenidos van a depender en gran parte de él. Lo anterior, sin perjuicio de los objetivos del entrevistador y del uso de técnicas que permitan facilitar y guiar dicho proceso.

Esta fase consta de dos tópicos a abordar que deben ser propuestos en el orden secuencial en que se encuentran presentes en la Guía de Entrevista; en primer lugar se solicita que el entrevistado entregue un relato breve sobre sus experiencias "El día de hoy" y, posteriormente, se solicita lo mismo respecto a "Un acontecimiento especial". El orden debe ser respetado dado que resulta recomendable que el entrevistado comience a practicar su capacidad narrativa con un episodio lo más próximo al día actual, para luego propiciar al- gún

recuerdo de un evento del pasado, misma secuencia que se solicitará en la indagación específica respecto a los hechos investigados.

Lo ideal en esta fase es que el niño/a se sienta cómodo, tranquilo y pueda contar las cosas que le han pasado de forma fluida y sin ser enjui- ciado. Para ello resulta de suma importancia la actitud de atención, respeto e interés que pueda percibir en el entrevistador.

FASE IV: OBTENCIÓN DEL TESTIMONIO

Si luego de la fase anterior se considera apropiado continuar con la entrevista, entonces se le debería solicitar al niño que brinde -en sus propias palabras- un relato del (los) hecho(s) relevante(s). La fase de narración libre es el núcleo de la entrevista y la fuente más confiable de información precisa.

Durante esta fase, el papel del entrevistador es el de un guía, no el de un interrogador. Se debería realizar todo el esfuerzo posible para obtener información del niño/a que sea espontánea y libre de cualquier influencia del entrevistador; en este sentido se debe evitar anticipar el contenido de la entrevista y menos darle una valoración a los hechos (no señalar, por ejemplo, "vamos a hablar de las cosas malas que te han pasado"; "vamos a hablar sobre tus problemas").

> *El objetivo central de esta fase de entrenamiento es que el entrevistado ejercite la dinámica comunicacional necesaria en la próxima fase, en la cual será instado a hablar sobre los hechos materia de investigación.*

Se le debería dar al niño la oportunidad de abordar espontáneamente el tema con sugerencias leves. Hay que resaltar nuevamente que, en el relato, no debe abordarse directamente ninguna acusación explícita porque esto podría conducir a una falsa declaración. Cuando un niño ha hecho explícitamente una develación a determinada persona, y/o cuando ha entregado antecedentes en una evaluación previa, podría abordarse el tema remitiéndose a esa información, intentando traer a la entrevista el contexto de la develación, comparando la información que se tiene sobre dicha develación con la información que entrega el niño.

Las advertencias entre corchetes al final de cada pregunta de la GEV, aún cuando puedan resultar repetitivas, tienen por finalidad que el entrevistador no olvide en ningún momento que el ritmo de la entrevista debe ser llevado por el propio entrevistado, y que los contenidos abordados deben ser lo más espontáneos y fieles a la propia versión del niño/a. Por ello, luego de una pregunta abierta o de final abierto se debe esperar la respuesta, aún cuando ésta tarde un poco en ser proporcionada.

Del mismo modo, la fórmula "¿qué más puedes decirme acerca de eso?" o "dime lo que recuerdas sobre eso", debe ser asumida como la forma menos invasiva y/o sugestiva de solicitar que el entrevistado amplíe una información que él mismo ya ha proporcionado de forma espontánea.

En esta etapa el niño/a no debería ser interrumpido para pedirle detalles adicionales o para aclarar ambigüedades, esto se puede hacer en la fase V o VI. La fase de narración libre nunca debería ser acortada pasando demasiado rápido a las preguntas.

FASE V: INVESTIGANDO LOS HECHOS

En casi todos los casos, sobretodo tratándose de niños muy pequeños, será necesario ampliar el relato inicial del niño por medio de preguntas, considerando, eso sí, que nunca se debería preguntar algo sobre lo que ya se tiene información fidedigna previa, por ejemplo, fechas.

De esta manera, esta fase está orientada a profundizar en la información que el entrevistado ha entregado de forma espontánea en las fases anteriores. Para ello se inicia la indagación con fórmulas que reproducen parte del testimonio en el cual se necesita que el entrevistado profundice más o entregue mayores antecedentes a los ya aportados (por ejemplo, identificación del o los agresores, descripción del vínculo con éste, descripción física del o los sujetos, entre otras).

Esta profundización se puede realizar a través de diferentes tipos de preguntas, las cuales varían de acuerdo a la cantidad de información que son capaces de proporcionar, y a la mayor o menor capacidad para producir respuestas exactas de los niños.

Lo ideal es la utilización en esta fase de preguntas de final abierto para abordar el tema en cuestión y dejar abierta su prosecución, de manera que

sea el propio entrevistado quien complete la información o entregue elementos que permitan comprender el contexto que describe. Las preguntas abiertas pueden dar al niño la oportunidad de ampliar temas relevantes surgidos durante la narrativa libre.

Aún cuando los niños estén preparados para dar información en respuesta a una pregunta abierta, puede ser necesario recurrir a preguntas específicas-cerradas, las cuales sólo permiten obtener una gama relativamente estrecha de respuestas por parte del entrevistado las que, por lo general, consisten en una palabra o una frase corta, por lo tanto, pueden ser apropiadas o inadecuadas en su naturaleza, dependiendo de la calidad de información que es posible obtener del entrevistado. Las preguntas específicas-cerradas pueden ser más o menos explícitas, siendo siempre preferible comenzar con la versión menos explícita de la pregunta.

Ejemplos de preguntas específicas cerradas son las que comienzan con: Quién, Qué, Dónde, Cuándo, Por qué…?. En este punto es necesario señalar que, en en- trevistas investigativas sobre delitos sexuales, deberían usarse con especial cuidado las preguntas que incluyan "Por qué…?", dado que los niños pueden interpretarlas como una atribución de culpa (por ejemplo, "¿Por qué no le contaste a nadie?"). Estas preguntas a menudo pueden reemplazarse útilmente con preguntas que con- tengan un "Qué…?", en lugar de un "Por qué…?" (por ejemplo, "¿Qué te impulsó a no contárselo a nadie?", o "¿Qué te impulsó a contarlo ahora?").

Si en su libre narración de los hechos el niño ha referido haber sido víctima de repetidas agresiones, pero no ha descrito incidentes específicos con suficiente detalle, se pueden emplear preguntas específicas-cerradas para tratar de clarificar el punto, haciéndose la salvedad que cuando se le pregunte al niño sobre eventos repetidos siempre es mejor hacerle todas las preguntas sobre un hecho específico antes de pasar al próximo.

En casi todos los casos, sobretodo tratándose de niños muy pequeños, será necesario ampliar el relato inicial del niño por medio de preguntas, considerando, eso sí, que nunca se debería preguntar algo sobre lo que ya se tiene información fidedigna previa, por ejemplo, fechas.

Una pregunta específica-cerrada puede ser vista como inadecuada si se formula en las primeras etapas de la entrevista (por ejemplo en la fase de la narración libre), o si se formula cuando se habría podido recurrir perfectamente a una pregunta abierta. Cuando sea necesario hacer preguntas más específicas, es aconsejable seguir a continuación con una pregunta abierta para devolverle la iniciativa al niño.

Si una pregunta específica-cerrada resulta improductiva, puede ser necesario en última instancia recurrir a una pregunta de selección o de opción forzada. Este tipo de preguntas es aquel que pone alternativas fijas y el niño es invitado a elegir entre ellas (por ejemplo, "¿Estaban en el dormitorio o en el comedor?").

El peligro de usar estas preguntas es que los niños responden con una de las opciones sin exten- derse en sus respuestas y que, en ausencia de un recuerdo genuino, o si la respuesta correcta no está dentro de las opciones, los niños tienden a escoger alguna de las opciones dadas, más que a decir "no sé" o dar la respuesta correcta (aunque no esté entre las alternativas dadas). Por lo anterior, las preguntas de elección forzada nunca deberían usarse para probar elementos centrales en el relato del niño que probablemente serán disputados en el tribunal.

Finalmente, en cuanto al tipo de preguntas, la pregunta sugestiva es aquella que implica la respuesta o da por sentados los hechos que proba- blemente estén en cuestión. El que una pregunta sea interpretada como sugestiva dependerá no sólo de la naturaleza de la pregunta, sino también de lo que el testigo ya ha dicho en la entrevista. Los estudios indican que las respuestas de los entrevistados a preguntas sugestivas tienden a estar más determinadas por la forma de interrogar que por un recuerdo fidedigno.

Las preguntas sugestivas sólo se deberían usar en última instancia, siempre que las demás estrategias de interrogatorio no han servido para obtener ninguna clase respuesta, y serán aceptables sólo en la medida que lleven a que el niño brinde información espontánea que va más allá de aquello implícito en la pregunta.

En el caso que se investiguen episodios abusivos reiterados, a la par de la realización de preguntas para la profundización y ampliación de la información que el entrevistado ha entregado en las fases anteriores, en esta fase se indaga específicamente en la descripción de los distintos episodios. Se pro-

pone al niño/a que comience describiendo el "Suceso mejor recordado", continuando con la solicitud de su descripción de la "Última vez", para finalizar solicitándole que intente recordar o aportar elementos des- criptivos sobre la "Primera vez", en relación a los hechos investigados.

El orden secuencial en la solicitud de estos testimonios no es casual. La evocación en primer lugar del "Suceso mejor recordado" facilitará la obtención de un reporte más vívido por parte del niño, para continuar con el episodio más próximo en el tiempo- la "Última vez"-, en la que con una menor probabilidad ha olvidado detalles relevantes y posiblemente decidores respecto del delito, siendo posible que para el entrevistado coincidan ambos episodios.

> *En el caso que se investiguen episodios abusivos reiterados, a la par de la realización de preguntas para la profundización y ampliación de la información que el entrevistado ha entregado en las fases anteriores, en esta fase se indaga específicamente en la descripción de los distintos episodios.*

Por último, la descripción de la "Primera vez", aún cuando no sea lo más completa y detallada, permitirá al entrevistador obtener información importante respecto del inicio de la relación abusiva, la edad de la víctima en dicho momento, el quiebre en la dinámica previa agresor-víctima, y otros detalles de gran relevancia, como los posibles intentos de develación, la reacción del entrevistado ante la ocurrencia del primer evento, las personas a quienes eventualmente contó o con quienes compartió la experiencia abusiva, entre otros.

FASE VI: OBTENIENDO OTRA INFORMACIÓN DE RELEVANCIA PROCESAL QUE EL NIÑO/A NO HA ENTREGADO

El valor de esta fase radica en que, luego de obtener el testimonio del niño/a y de haber realizado preguntas orientadas a que precise y amplíe la información proporcionada, el entrevistador dirigirá preguntas con el fin de que las respuestas aporten elementos procesales de relevancia a la hora de acreditar los hechos.

En esta fase, cuyas preguntas van dirigidas a abordar temas no expuestos de forma espontánea por el niño/a, aún cuando se pretenda conocer aspec-

tos muy específicos del hecho investigado, el entrevistador deberá guardar el mayor cuidado en no introducir información -voluntaria o involuntariamente- que pueda estimular o elicitar el relleno de contenidos por parte de la víctima en aquellos sucesos que no logre recordar con precisión, o que derechamente no haya vivido, y tienda a completar información para satisfacer al entrevistador o cumplir con las expectativas generadas sobre su testimonio.

Entre otros temas relevantes se debe preguntar específicamente sobre las circunstancias de develación del hecho, si no han sido explicitadas ya, debido a que esta información constituye un elemento central al momento de conocer el modo en que se rompió la cadena abusiva (en casos de delito reiterado), si esto ocurrió de forma casual o intencionada, si existió un hecho externo desencadenante u obedeció a una motivación propia de la víctima, si existieron intentos previos de develación o personas que encubrieron los hechos. Todos estos elementos aportan, además, información relevante para el análisis de credibilidad del testimonio.

Resulta también necesario, sobretodo para la definición de posibles líneas investigativas y luego para el Tribunal, que se puedan conocer detalles relacionados al hecho abusivo que pudieran no ser relevantes para la víctima pero que, según el delito investigado, podrían contribuir a acreditar el tipo penal (circunstancias comisivas, por ejemplo), o la participación culpable del imputado.

A este respecto es preciso señalar que las preguntas en esta fase debieran responder al tipo de delito que se investiga. Por ejemplo, en el caso de delitos que se sospeche o se tenga antecedentes que se han cometido en el contexto de explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes (ESCNNA), si no se ha obtenido información respecto al tipo penal correspondiente en la exploración ya realizada se buscará dilucidar si, a partir de la información entregada por el entrevistado, es posible configurar las circunstancias comisivas del delito, y si éstas se corresponden con los antecedentes previos o abren nuevas líneas de investigación.

Finalmente es preciso recalcar que, en condiciones normales, no puede ocurrir que el entrevistador finalice la entrevista sintiendo que no indagó lo suficiente o no abordó aspectos centrales para la investigación. En este caso no se estaría cumpliendo con el objetivo central de la entrevista investigativa.

...en condiciones normales, no puede ocurrir que el entrevistador finalice la entrevista sintiendo que no indagó lo suficiente o no abordó aspectos centrales para la investigación.

FASE VII: CIERRE DE LA ENTREVISTA

Cada entrevista debería tener una fase de cierre. Éste debería hacerse independientemente de si la entrevista ha sido completada, si se ha dado por concluida antes de tiempo, o si se ha fijado una nueva reunión.

En esta fase se debiera dar la oportunidad al niño/a de referirse a situaciones no abordadas en la entrevista y a realizar alguna pregunta respecto del proceso.

El entrevistador debe estar preparado para responder a las preguntas del entrevistado y dispuesto a clarificar sus dudas e inquietudes, entregándole información adecuada a su edad y nivel de desarrollo.

Como ya se señaló en esta etapa el entrevistador debe procurar que el entrevistado deje la entrevista en un estado mental apropiado. Para lo anterior se puede con- versar con el niño/a por algunos minutos sobre un tema neutral, que permita que el entrevistador se asegure de que el niño/a está en condiciones de retirarse, y que todo el caudal de material, emociones y cogniciones asociadas al hecho abusivo pueden ser soportadas de forma adecuada por el entrevistado luego de retirarse de la evaluación. En este sentido, el entrevistador debe estar muy atento a la ne- cesidad de algunos entrevistados de prolongar unos momentos su presencia en el lugar de la entrevista, o bien saber detectar cuando el entrevistado tiene necesidad de agregar o aclarar algo.

A MODO DE CONCLUSIÓN

Resulta necesario hacer hincapié en el valor que se debe dar a la declaración inicial de la víctima dado el impacto que podría tener en la calidad de la investigación al favorecer, desde el inicio de ésta, la generación de líneas investigativas diversas, plurales y bien fundadas.

La utilización de este método de entrevista a las víctimas, y las características y contenidos del relato obtenido, pretende facilitar la toma de decisiones en cuanto a las diversas diligencias a ser decretadas, entre éstas la necesidad de derivación a una evaluación pericial de credibilidad de testimonio.

A este respecto, el peritaje de credibilidad de testimonio resulta una diligencia que no debiese ser solicitada en todos los casos de delitos sexuales contra menores de edad. Por tanto habría que discriminar si, en el caso particular, la prueba disponible no resulta suficiente para acreditar la ocurrencia del hecho y/o la participación del imputado.

Se recomienda solicitar pericia de credibilidad de testimonio en los siguientes casos:

» *Cuando sea relevante la obtención de un relato respecto de los hechos investigados y al tomarle declaración a la víctima no sea posible obtenerlo, ya sea por limitacio- nes en la capacidad testifical o la influencia negativa de variables motivacionales.*

» *Cuando se sospeche de una falsa denuncia (contenidos inoculados por terceros o derechamente se presuma que éstos han sido inventados por la víctima).*

» *Cuando no existan sólidos medios de prueba distintos al testimonio de la víctima.*

» *Cuando se pueda prever que se registrará, o ya se ha registrado, retractación en la víctima.*

» *Cuando en el curso del proceso se detecten contradicciones, inconsistencias y/o variaciones importantes en el relato.*

» *Cuando se detecten contradicciones, inconsistencias, omisiones o distorsiones significativas en el testimonio de la víctima, en relación al resto de los antecedentes de la investigación.*

Finalmente es necesario destacar que, para el logro de los objetivos de la entrevista investigativa, no basta solamente con la voluntad de obtener la mayor cantidad de información posible de esta primera declaración respecto a las circunstancias en que sucedió el hecho punible y la participación culpable del imputado. Por el contrario, si se pretende llevar adelante una investigación de calidad, sobretodo en el caso de los delitos sexuales que afectan a menores de edad, se debe tener presente que el valor de la información obtenida en esta primera instancia se verá en todos los casos maximizado en la medida en que quien entreviste realice una adecuada planificación de la entrevista y se ajuste en su desarrollo a los lineamientos planteados por el instrumento.

GEV[3]

GUÍA DE ENTREVISTA INVESTIGATIVA CON NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES VÍCTIMAS DE DELITOS SEXUALES

Fecha _____ | _____ | _____
Día *Mes* *Año*

Hora de inicio _____ | _____

Estoy entrevistando a _____

en _____

Por encargo de _____

En causa RUC Nº _____

[En el evento que la entrevista sea videograbada se recomienda hablar con voz fuerte y clara para el adecuado registro de audio]

3. Guía de Entrevista Investigativa con Niños, Niñas y Adolescentes Víctimas de Delitos Sexuales (GEV), elaborada por Francisco Maffioletti Celedón y Sofía Huerta Castro, psicólogos de la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violentos de la Fiscalía Nacional del Ministerio Público de Chile. La presente Guía tomó como principal referencia el Protocolo NICHD (2007), las directrices referidas en la Guía ABE (Achieving Best Evidence in criminal proceedings, Home Office, 2000) y el Protocolo de Entrevista Forense del Estado de Michigan (FIA, 1998).

FASE I — INTRODUCCIÓN Y ENCUADRE

1. Hola, mi nombre es_____

y soy_____

[fiscal, asistente de fiscal, profesional de URAVIT, policía]

¿Sabes lo que hace un_____?

[Espere la respuesta]

También mi trabajo es hablar con los niños acerca de cosas que les han pasado.

[En caso de videograbación de la entrevista señale:]

Para que no se me olvide nada de lo que hablemos y poder poner atención a lo que me cuentes, estoy grabando esta conversación, ¿tienes algún problema en que grabe?

[Espere la respuesta]

[Si el niño dice que tiene problema, entonces se consigna su negativa, se interrumpe la grabación y se sigue el procedimiento. Si el niño da una respuesta gestual afirmativa, se le debe decir: Dime en palabras lo que me indicaste recién]

Haré algunas anotaciones sobre lo que conversemos, eso no significa que no te esté poniendo atención.

Como te decía parte de mi trabajo consiste en hablar con muchos niños/adolescentes sobre cosas que les han pasado.

Por eso, antes de empezar, quiero que nos pongamos de acuerdo en que hablaremos sólo sobre cosas que hayan sucedido de verdad.
¿Entiendes qué significa decir la verdad?

[Pausa]

2. Por ejemplo, si yo te digo que este lápiz es de color verde... ¿es verdad?

[Espere la respuesta]

Por ejemplo, si yo te digo que es de noche... ¿es verdad?

[Espere la respuesta]

Veo que entiendes lo que es decir la verdad. Es muy importante que hoy sólo me digas la verdad sobre lo que conversemos. Debes contarme sólo sobre cosas que realmente han pasado.

[Pausa]

3. Si te hago una pregunta que no entiendes, dime "no entiendo", ¿de acuerdo? Si yo no entiendo lo que me dices, te pediré que me lo expliques.

[Pausa]

4. Si te hago una pregunta y no sabes la respuesta, dime "no sé". Por ejemplo: Si te pregunto, "¿Cuál es el nombre de mi perro?" ¿Qué dirías?

[Espere la respuesta]

[Si el niño dice "no sé", diga:]

5. Muy bien. No puedes saber cómo se llama mi perro porque nos acabamos de conocer.

[Si el niño trata de adivinar, diga:]

6. Si no sabes una respuesta, no trates de adivinar... di que no sabes.

[Pausa]

7. Y si digo cosas que son equivocadas, tú debes corregirme. ¿De acuerdo?

[Espere la respuesta]

FASE II ESTABLECIMIENTO DE RAPPORT

8. Ahora, para conocerte un poco mejor, me gustaría que me contaras algunas cosas de ti...

9. Cuéntame... ¿Cuántos años tienes?... ¿en qué curso estás?... ¿cómo te va en el colegio?... ¿qué te gusta del colegio?... ¿tienes amigos/as?... ¿háblame de tu mejor amigo/a?... ¿cuéntame qué haces con tus amigos?... ¿qué te gusta hacer cuándo tienes tiempo libre?... ¿por qué te gusta hacer eso?...

[Espere las respuestas]

[Realice otras preguntas generales, siempre que no se encuentren vinculadas al delito]

El día de hoy

[Omita la indagación sobre "El día de hoy" si está frente a un caso de flagrancia, y continúe con la indagación de "Un acontecimiento especial" (desde la pregunta N° 15)]

10. Ahora me gustaría saber de las cosas que te pasan a ti... Es importante que me cuentes sólo cosas que te han sucedido a ti... Puedes contarme cosas buenas y cosas malas. Cuéntame todo lo que ha pasado hoy, desde el momento en que despertaste hasta que llegaste acá.

[Espere la respuesta]

11. No quiero que dejes nada fuera. Cuéntame todo lo que pasó cuando _____ (alguna parte del evento mencionado por el niño como respuesta a la pregunta anterior).

[Espere la respuesta]

12. ¿Y después qué pasó?...

[Espere la respuesta]

[Use esta pregunta según sea necesario a través de esta sección]

13. Cuéntame más sobre _____ (persona, objeto, actividad, mencionada por el niño).

[Espere la respuesta]

[Use esta pregunta según sea necesario a través de esta sección]

14. Hace un rato tú mencionaste/nombraste _____ (persona, objeto, actividad, mencionada por el niño). Dime todo sobre eso.

[Espere la respuesta]

[Use esta pregunta según sea necesario a través de esta sección]

Es muy importante que me cuentes todo lo que recuerdes sobre las cosas que te han pasado.

Un acontecimiento especial

[Antes de comenzar esta etapa, identifique un acontecimiento reciente que el niño haya vivido -primer día de colegio, cumpleaños, paseo familiar, etc.]

[Si el abuso ocurrió en dicho evento específico, pregunte sobre uno distinto]

15. Hace unos días fue _____ (navidad, vacaciones, cumpleaños)... cuéntame qué pasó ese día...

[Espere la respuesta]

[Luego haga las siguientes preguntas acerca de ese acontecimiento]

16. Cuéntame más sobre _____ (contenido específico mencionado por el niño). Cuéntame qué pasó ese día desde que te levantaste esa mañana hasta _____ (Alguna parte del evento mencionada por el niño en respuesta a la pregunta previa).

[Espere la respuesta]

17. ¿Y después, qué pasó? Cuéntame todo lo que pasó _____ (alguna parte del evento mencionada por el niño) hasta que te fuiste a dormir esa noche.

[Espere la respuesta]

[Use esta pregunta según sea necesario a través de esta sección]

18. Cuéntame más sobre _____ (persona/objeto/actividad mencionada por el niño).

[Espere la respuesta]

[Use esta pregunta según sea necesario a través de esta sección]

[Si el niño da una mala descripción del evento, inténtelo con otro de los que ya ha mencionado]

[Si el niño da una descripción satisfactoria del evento, diga:]

19. Te agradezco que me cuentes estas cosas que son importantes para ti.... Es muy importante que tú me cuentes todo lo que recuerdes sobre las cosas que te han pasado.

Ahora que hemos conversado y nos conocemos un poco mejor, quiero que hablemos sobre la razón por la que estás aquí...

20. Dime, ¿de qué has venido a hablarme hoy?

[Espere la respuesta]

[Si el niño da una descripción detallada, vaya a la pregunta N° 22]

[Si el niño responde de forma breve... (Ejemplo: "David me tocó el pirulín"), vaya a la pregunta N° 22]

[Si el niño no responde, no sabe o responde con evasivas, pase a la pregunta N° 21]

21. Entiendo que le contaste a _____ (mamá, papá, profesor, otro) sobre algo que te pasó. Cuéntame que le dijiste a tu _____ (mamá, papá, profesor, otro).

[Espere la respuesta]

22. Entonces... _____ (el tío David te tocó el pirulín...), le contaste a _____ (mamá, papá, profesor, otro) que (el tío David te tocó...). Cuéntame todo lo que pasó, lo mejor que puedas recordarlo.

[Espere la respuesta]

23. ¿Qué más puedes decirme acerca de eso....?

[Espere la respuesta]

[Si lo que cuenta el niño/a es breve... pregunte:]

24. ¿Qué pasó después?

[Espere la respuesta]

[Use esta pregunta varias veces hasta que tenga una descripción completa del incidente]

25. ¿Qué más puedes decirme acerca de eso?

[Espere la respuesta]

[Use esta pregunta varias veces hasta que tenga una descripción completa del incidente]

FASE V INVESTIGANDO LOS HECHOS

Preguntas de final abierto

[De acuerdo al testimonio que ha entregado el niño en la fase anterior realice preguntas que permitan profundizar y ampliar la información. Por ejemplo:]

26. Tú mencionaste que _____ (sujeto, persona) _____ (lo que el niño haya señalado en relación a los hechos).

a. ¿Sabes el nombre de esa persona? (En caso que el niño no lo haya identificado por su nombre o apodo).

b. ¿Cómo lo conociste?

[Espere la respuesta]

Cuéntame todo sobre eso.

c. ¿Cuéntame cómo es...? (En caso que el niño lo identifique o no).

d. Me has contado antes que estabas viendo la TV (o cualquier otra situación que el niño haya descrito)... ¿Dónde estabas exactamente?
Cuéntame todo sobre eso.

e. Me dijiste que contigo estaba un amigo tuyo... ¿cómo se llama?, ¿qué estaba haciendo él ahí?

27. ¿Cuántas veces pasó lo que me acabas de contar?

[Espere la respuesta]

[Si el niño dice "una vez", y no se ha conseguido aún algún detalle central de la denuncia, o no queda claro después de las preguntas abiertas, intente indagar en aspectos no mencionados del incidente, conduciendo la atención del niño hacia la profundización o clarificación de detalles incluidos en su relato (localización, un elemento de la agresión, ropa, etc.)].
[En el caso de episodio único, una vez realizadas preguntas como las de los ejemplos, pase a la pregunta N° 34].

[Si el niño dice "más de una vez" o "muchas veces", pase a la pregunta N° 28].

Suceso mejor recordado

28. ¿Háblame acerca de la vez que recuerdes mejor... cuéntame que pasó desde el principio hasta el final?

[Espere la respuesta]

29. ¿Qué más puedes decirme acerca de eso?

[Espere la respuesta]

[Use esta pregunta varias veces hasta que tenga una descripción completa del incidente]

[Si no ha conseguido aún algún detalle central de la denuncia, o no queda claro después de las preguntas abiertas, intente indagar en aspectos no mencionados del incidente, conduciendo la atención del niño hacia la profundización o clarificación de detalles incluidos en su relato (localización, un elemento de la agresión, ropa, etc.)].

Última vez

30. ¿Háblame acerca de la última vez que sucedió algo.... cuéntame que pasó desde el principio hasta el final?

[Espere la respuesta]

31. ¿Qué más puedes decirme acerca de eso?

[Espere la respuesta]

[Use esta pregunta varias veces hasta que tenga una descripción completa del incidente]

[Si no ha conseguido aún algún detalle central de la denuncia, o no queda claro después de las preguntas abiertas, intente indagar en aspectos no mencionados del incidente, conduciendo la atención del niño hacia la profundización o clarificación de detalles incluidos en su relato (localización, un elemento de la agresión, ropa, etc.)].

Primera vez

32. ¿Háblame de cómo fue la primera vez que pasó algo...? Cuéntame que sucedió desde el principio hasta el final.

[Espere la respuesta]

33. ¿Qué más puedes decirme acerca de eso?

[Espere la respuesta]

[Use esta pregunta varias veces hasta que tenga una descripción completa del incidente]

[Si no ha conseguido aún algún detalle central de la denuncia, o no queda claro después de las preguntas abiertas, intente indagar en aspectos no mencionados del incidente, conduciendo la atención del niño hacia la profundización o clarificación de detalles incluidos en su relato (localización, un elemento de la agresión, ropa, etc.)]

34. Ahora quiero asegurarme de que entendí todo, y ver si hay algo más que quieras contarme o necesite preguntarte…

¿Hay alguna cosa más que quieras decirme?

[Espere la respuesta]

[Para obtener información adicional importante que no ha sido mencionada por el niño, haga preguntas directas y de final abierto adicionales. Usted debe hacer preguntas directas sólo si ya ha realizado preguntas abiertas y considera que falta información importante desde el punto de vista investigativo. Después de hacer preguntas directas realice preguntas de final abierto]

[La forma general de las preguntas directas sobre información que el niño/a no ha entregado aún es:]

Cuando me hablaste de _____ (episodio específico identificado por el tiempo o el lugar) mencionaste _____ (persona, objeto, actividad). ¿ _____ (hacer pregunta directa)?

[Espere la respuesta]

[Si es apropiado, seguir con una pregunta abierta]

Cuéntame todo sobre eso.

Por ejemplo:

a. Cuando me hablaste de lo que pasó en _____ (baño, pieza, otro lugar mencionado por el niño), me dijiste que él se sacó los pantalones… ¿Qué pasó con tu ropa?

[Espere la respuesta]

[Después de que el niño responda, diga:]

Cuéntame todo sobre eso.

b. Cuando me hablaste de la última vez que esto sucedió, mencionaste que te tocó... ¿Cómo te tocó?

[Espere la respuesta]

[Después de que el niño responda, diga:]

Cuéntame todo sobre eso.

c. ¿Con qué te tocó?

[Espere la respuesta]

[Después de que el niño responda, diga:]

Cuéntame todo sobre eso.

d. ¿En qué parte te tocó?

[Espere la respuesta]

[Después de que el niño responda, diga:]

Cuéntame todo sobre eso.

e. ¿En que posición te encontrabas...?

[Espere la respuesta]

[Después de que el niño responda, diga:]

Cuéntame todo sobre eso.

f. Me hablaste de algo que pasó en el patio... ¿Había alguien más? ¿Quién?

[Espere la respuesta]

[Después de que el niño responda, diga:]

Cuéntame todo sobre eso.

g. ¿Te acuerdas cuándo sucedió?

[Espere la respuesta]

[Después de que el niño responda, diga:]

Cuéntame todo sobre eso.

h. ¿Sabes si esto le ha pasado a alguien más?

[Espere la respuesta]

[Después de que el niño responda, diga:]

Cuéntame todo sobre eso.

[En caso de agresor desconocido realice alguna de las siguientes preguntas:]

i. ¿Cómo es la persona que hizo lo que me cuentas? Cuéntame sobre alguna característica particular de esa persona que permita identificarlo.
¿Lo habías visto antes?

[Espere la respuesta]

[Después de que el niño responda, diga:]

Cuéntame todo sobre eso.

[En caso de incidentes múltiples, usted debe dirigir al niño hacia los incidentes pertinentes con las propias palabras del niño, haciendo preguntas sólo después de dar al entrevistado una oportunidad de entregar los detalles centrales]

Las siguientes preguntas se relacionan con hechos que ocurrieron después del/los incidente/s, sobretodo el contexto de la develación, siempre que no hayan sido mencionados previamente por el entrevistado.

Información sobre la develación del hecho

Me contaste muchas cosas, y eso me ha ayudado a entender lo que pasó.

35. Ahora me interesa entender ¿cómo supieron los demás lo que pasó?

[Espere la respuesta]

[Si aún no se ha recibido información, hágale las siguientes preguntas:]

36. Cuéntame, quién fue la primera persona que supo lo que pasó.

[Espere la respuesta]

37. Cuéntame cómo _____ (la persona mencionada por el niño) se enteró.

[Espere la respuesta]

38. ¿Le hablaste sobre eso?

[Espere la respuesta]

[Si el niño describió una conversación, agregue:]

39. Cuéntame todo lo que hablaste sobre eso.

[Espere la respuesta]

40. ¿Cómo reaccionó él/ella? [Con niños más pequeños utilice:] ¿Qué hizo él/ella cuando lo supo?

[Espere la respuesta]

41. ¿Alguien más supo lo que pasó?

[Espere la respuesta]

[Si el niño confirma pero no menciona el nombre, pregunte:]

42. ¿Quién sabía?

[Espere la respuesta]

[Haga las preguntas 39 a 42 sobre cada persona mencionada por el niño]

[En caso de múltiples incidentes no develados, haga las siguientes preguntas:]

43. ¿Trataste de contárselo a alguien?

[Espere la respuesta]

[Si el niño confirma pero no menciona el nombre, pregunte:]

44. ¿A quién?

[Espere la respuesta]

45. Cuéntame todo sobre eso.

[Espere la respuesta]

Me has contado muchas cosas hoy...

47. ¿Hay algo más que creas que yo debo saber?
[Espere la respuesta]

48. ¿Hay algo que quieras decirme?
[Espere la respuesta]

49. ¿Hay alguna cosa que quieras preguntarme?
[Espere la respuesta]

50. ¿Qué esperas que pase ahora?
[Espere la respuesta]

51. ¿Hay algo que te preocupe sobre esta situación?
[Espere la respuesta]

El entrevistador debe estar preparado para responder a las preguntas del entrevistado y dispuesto a clarificar sus dudas e inquietudes, entregándole información adecuada a su edad y nivel evolutivo.

52.- ¿Qué vas a hacer hoy después de salir de aquí?
[Converse con el niño por algunos minutos sobre un tema neutral, asegurándose de que el niño está en condiciones de retirarse]

[En caso de video grabación, diga:]

Fin de la entrevista. La hora es _____

Acuerdo de la Fiscalía Regional Rosario del Ministerio Público de la Acusación y la Defensoría Regional Rosario del Servicio Público Provincial de Defensa Penal para Declaraciones Testimoniales como Anticipo Jurisdiccional de Prueba bajo la Modalidad de Cámara Gesell de NNyA y Personas con Padecimiento Mental Presuntas Víctimas de Delitos Sexuales

10

Jorge C. Baclini, Fiscal Regional de Rosario del MPA y Gustavo Franceschetti, Defensor Regional de Rosario del SPPDP, han decidido dar continuidad al "Acuerdo para declaraciones testimoniales como anticipo jurisdiccional de prueba bajo modalidad de Cámara Gesell de NNyA y personas con padecimiento mental presuntas víctimas de delitos sexual" puesto en marcha entre ambas instituciones.

Durante el año 2015 ambas instituciones relevaron problemas en torno a este acto procesal, entre los cuales se destacaron la mecanización de los anticipos jurisdiccionales de prueba (se habían ordinarizado y no se decidían en el marco de una audiencia) y el deficiente desarrollo de las Cámara Gesell (ausencia de un Protocolo de actuación, recursos humanos no formados en el Poder Judicial que malograban la declaración como prueba y revictimizaban a niñas, niños y adolescentes, lentitud en el agendamiento de las audiencias, problemas de infraestructura, etc.).

En el mes de febrero de 2016, con el objetivo de mejorar la calidad de la prueba a recabar y preservar de la mejor manera posible los derechos de ni-

ñas, niños y adolescentes y el derecho de defensa del imputado, las partes decidieron abordar estos problemas implementando un Plan Piloto sobre seis (6) anticipos jurisdiccionales de prueba (Cámara Gesell) cuyos resultados fueron evaluados en conjunto como favorables.

Las partes ampliaron dicho Plan Piloto, tanto para capitalizar los aspectos positivos como para corregir los negativos de la experiencia, para todos los anticipos jurisdiccionales de prueba que se solicitaron entre el 1 de agosto y 31 de octubre de 2016.

Al cabo de dicho plazo, se ha llevado a cabo una nueva evaluación de la que ha surgido: a) que la experiencia fue positiva para ambas partes; b) que están dadas las condiciones materiales para su continuación por el lapso de 5 meses más; c) que es oportuno y conveniente incorporar en qué condiciones ha de producirse la intervención del Asesor de Menores y/o Abogado del Niño.

Así, solicitan a Fiscales, Fiscales adjuntos, Defensores públicos y Defensores públicos adjuntos que ajusten su actuación al siguiente Plan Piloto, se aplique a todos los anticipos jurisdiccionales de prueba que se soliciten entre el 1 de noviembre de 2016 al 30 de abril de 2017 y que se ponga el mismo en conocimiento de los Colegios de Jueces Penales de Primera y Segunda Instancia de la Circunscripción Judicial Rosario.

1. ORGANIZACIÓN Y DESARROLLO DE LA AUDIENCIA

El Fiscal y Defensor Regional entienden que sin lugar a dudas la prestación de testimonio bajo la modalidad de Cámara Gesell como anticipo jurisdiccional de prueba implica la realización de una audiencia, por lo que ven con beneplácito que las Oficinas de Gestión Judicial hayan asumido el deber funcional de organizar las mismas desde que les fuera requerido en el mes de agosto de 2016 y que se habilite el uso de la Cámara Gesell en el horario matutino o vespertino a fin de garantizar que las declaraciones puedan producirse a corto plazo.

Ello así por cuanto el anticipo "jurisdiccional" de prueba se trata de la anticipación de una porción del juicio oral y público, y es de toda evidencia que la organización, agendamiento, notificación y registro en audio y video no puede quedar a cargo de una de las dos partes (ni Fiscalía ni Defensa).

Además, se trata de una función de la que la Ley 13.018 hace responsable a la Oficina de Gestión Judicial (arts. 2, 12, 30, 31, 32 y 33).

2. PETICIÓN DE ANTICIPO JURISDICCIONAL DE PRUEBA

Las partes consideran que toda petición de anticipo jurisdiccional de prueba consistente en declaración en Cámara Gesell de niñas, niños y adolescentes y/o personas con padecimiento mental presuntas víctimas de delitos sexuales, amerita la organización de una audiencia en la que se discutirá la procedencia y, en su caso, modalidad de desarrollo.

Por lo tanto, entienden que no corresponde correr traslado de tales peticiones y que la Oficina de Gestión Judicial debe organizar una audiencia como única respuesta a una petición de parte en tal sentido.

También, las partes entienden que la petición no requiere más especificaciones que la individualización del CUIJ, imputado, Fiscal, Defensor y querellante, atento que la justificación de la procedencia se debe verbalizar en el marco de la audiencia.

Fiscalía y Defensa entienden que es parte necesaria el Ministerio Público Fiscal a través de la Asesoría de Menores, por lo que el MPA asume la obligación de notificar la fecha y hora de audiencia al Asesor de Menores. SI EL CAJ hubiera reclamado ante el MPA intervenir en el rol de Abogado del Niño, será convocado también a la audiencia y será el Juez quien decida quien debe asumir la representación de NNyA.

Solamente se podrá prescindir de la audiencia si las partes han arribado en el caso concreto a un acuerdo integral que incluye la procedencia del anticipo y las condiciones en que el mismo debe realizarse. En tal caso, presentarán un escrito conjunto en el que explicitarán las razones que hacen a la procedencia, detallarán la modalidad de desarrollo del anticipo jurisdiccional de prueba y solicitarán al Juez que ordene a la Oficina de Gestión Judicial organizar la audiencia respectiva, con noticia al Asesor de Menores y emplazamiento por tres (3) días para asumir la intervención que considere pertinente.

3. DESARROLLO DE LA AUDIENCIA EN LA QUE SE DECIDE LA PROCEDENCIA DEL ANTICIPO JURISDICCIONAL DE PRUEBA

El objetivo de la audiencia es debatir si el anticipo jurisdiccional de prueba es procedente y, en su caso, en qué condiciones se debe realizar.

Fiscalía y Defensa acuerdan que cederán la palabra al Asesor de Menores y/o Abogado del Niño, en caso que hayan comparecido, para que formulen

las peticiones que consideren pertinentes ante el Juez y/o para que éste defina quién asumirá los intereses de NNyA.

En la generalidad de los casos, las partes no exigirán la previa intervención del Equipo Interdisciplinario previsto en art. 160 CPPSF para verificar si la niña, niño o adolescente o persona con padecimiento mental se encuentra en condiciones de declarar sin que se afecten sus derechos, dado que el Protocolo aplicable (Fase 1) prevé una instancia superadora. Sin embargo, si el Defensor encontrare en el caso particular que aquella intervención es necesaria o conveniente, debe introducir la petición en audiencia para que la Fiscalía conteste y el Juez resuelva.

Si una vez decidida la procedencia o improcedencia de la declaración bajo modalidad en Cámara Gesell alguna de las partes interpone recurso de apelación, atento la particularidad de lo peticionado que involucra derechos de NNyA y personas con padecimiento mental, las partes renunciarán al plazo común de 10 días a que hace referencia el art. 401 CPPSF, en función de lo dispuesto en arts. 13 y 155 CPPSF.

4. DESARROLLO DE LA AUDIENCIA EN LA QUE SE DECIDE LA MODALIDAD DE LA PRODUCCIÓN DE LA PRUEBA DE DECLARACIÓN TESTIMONIAL ANTICIPADA

Habiéndose acordado entre las partes y/o autorizado el juez el anticipo jurisdiccional de prueba, las partes solicitarán al Juez que autorice en los términos del art. 13 CPP el siguiente acuerdo para el desarrollo de la declaración testimonial en Cámara Gesell:

A.- Se utilizará la "Guía para entrevista y declaración en Cámara Gesell de NNyA y/o personas con padecimiento mental presuntas víctimas de delitos sexuales acordada entre la Fiscalía Regional de Rosario del MPA y la Defensoría Regional de Rosario del SPPDP" que las partes declaran conocer y se agrega como Anexo I.

B.- Intervendrá como entrevistador/a un/a profesional psicólogo/a que presta servicios en el MPA con el control de la delegada técnica de la Defensa pública Psicóloga forense María Eugenia Covacich. Las partes acuerdan que el profesional que conducirá la entrevista en Cámara Gesell no puede ser el mismo que entrevistó con anterioridad al declarante.

C.- Que previo al inicio de la entrevista, las dos profesionales fijarán los objetivos concretos a alcanzar en el acto a desarrollarse y dejarán constancia de los mismos.

D.- Que la entrevista se llevará a cabo sin interrupciones y sin uso de intercomunicador y que la delegada técnica de parte podrá intervenir en el break que se hará entre la Fase 6 y la Fase 7 del Protocolo.

E.- Que en la Fase 7 del Protocolo, si el/la declarante solicita información respecto de las alternativas de la causa, el/la piscólogo/a entrevistador/a se limitará a manifestarle que la misma será entregada en la Fiscalía en tal día y lugar.

F.- Que la presencia del/la Juez/a penal durante todo el desarrollo de la declaración en Cámara Gesell es imprescindible atento que se trata de un anticipo jurisdiccional de prueba en cuyo marco debe conducir el debate y resolver las incidencias. Las partes podrán proponer en el break las preguntas que estiman necesarias realizarle a la persona declarante y el/la juez/a resolverá las oposiciones que se planteen. De dichas objeciones se dejará constancia en el acta de audiencia que confeccionará el operador de sala de la OGJ. En caso que el/la piscólogo/a entrevistador/a se aparte de la aplicación del Protocolo, la delegada técnica dejará constancia en su informe a fin de valorar la prueba en juicio y/o postular la invalidación.

G.- Que en la generalidad de los casos las partes acuerdan que el imputado no presenciará la declaración en Cámara Gesell. Si el Defensor tuviese una petición expresa de su defendido o considera que el caso amerita una excepción, deberá introducir la petición en audiencia para que el Fiscal conteste y el Juez resuelva.

H.- Que en la generalidad de los casos las partes acuerdan que los familiares de NNyA o persona con padecimiento mental no presenciará la declaración en Cámara Gesell, a menos que haya sido admitido como parte querellante. Si el Fiscal considerase que el caso amerita una excepción, deberá introducir la petición previamente en audiencia para que el Defensor conteste y el Juez resuelva.

I.- Que la presencia del Centro de Asistencia Judicial en el rol de abogado del niño y/o del Asesor de Menores del Ministerio Público Fiscal del Poder Judicial, debe ser autorizada por el Juez en audiencia o decreto en caso de que Fiscalía y Defensa hubieran acordado la procedencia y modalidad.

J.- Que autorizan a presenciar el anticipo jurisdiccional de prueba en todas sus instancias a psicólogo/as del Poder Judicial y de la PDI a título de entre-

namiento y capacitación para oficiar de entrevistadores del Tribunal en futuras declaraciones en Cámara Gesell, siempre que dicha presencia no implique someter a las víctimas a instancias de revictimización y asuman por escrito guardar la información bajo secreto profesional.

K.- Que la declaración en Cámara Gesell debe ser filmada y grabada y dicho registro debe quedar accesible y disponible a las partes. Adicionalmente, se debe confeccionar acta en la que se deje constancia de lo sucedido, según modelo que se adjunta al presente como Anexo II, con firma de los asistentes.

L.- Las partes acuerdan que el/la psicólogo/a entrevistador/a no podrá presentar al Juez o Carpeta Judicial un informe que valore su impresión de la entrevista. Dicho informe realizado por el/la psicólogo/a entrevistador/a forma parte del legajo fiscal que puede ser producido en debate de juicio oral mediante la declaración de su autor/a (no ingresará por lectura ni como documental), si es que las partes lo consideran conveniente y lo ofrecen en la audiencia preliminar.

Protocolo Interinstitucional de Abordaje de Niños, Niñas y Adolescentes Víctimas y Testigos de Abuso Sexual y otros delitos para Santiago del Estero*

11

SUMARIO

Palabras preliminares. Acordada del Superior Tribunal de Justicia de Santiago del Estero por la que se aprueba el Protocolo de abordaje de niños/as y adolescentes víctimas o testigos de abuso sexual y/u otros delitos. Acordada del Superior Tribunal de Justicia de Santiago del Estero por la que se aprueba la conformación de un grupo de trabajo local para abordar la problemática del acceso a la justicia y el abordaje de niños/as víctimas en la justicia penal. I. Presentación. II. Principios rectores. III. Objetivos del protocolo. IV. Marco normativo. V. Disposiciones generales para los organismos públicos frente a una situación de abuso sexual infantil. V. a. Etapa preprocesal: develamiento, observación y detección (etapa 1). V. b. Etapa procesal (etapa dos). 1. Denuncia. 2. Examen médico. 3. Edt. 4. Juicio oral. V. c. "Plan coordinado de protección y acompañamiento del nnya y su familia". (etapa tres) VI. Monitoreo y revisión interna de la implementación del protocolo y sistematización de datos estadísticos. VII. Anexos. I. Protoclo para la revisación médica de NNya, víctimas de delitos contra la integridad sexual. II. Resolución ministerial Nº 2649/09. 58 Grupo de trabajo.

*** PUEDE DESCARGAR LA VERSIÓN ORIGINAL EN PDF EN www.editorialjuris.com, sección e-books: PROTOCOLO DE SANTIAGO DEL ESTERO**

PALABRAS PRELIMINARES

"La humanidad debe al niño lo mejor que puede darle" Declaración de Ginebra sobre los derechos del niño, 1924

Los niños, niñas y adolescentes y el delito conforman una temática que fue abordada en las distintas etapas históricas del derecho. Lo cierto es que en la actualidad con la Declaración de los Derechos del Niño "Declaración de Ginebra" (año 1924), la Declaración de los Derechos del Niño (1959) y la Convención de los Derechos del Niño (1989) los niños, niñas y adolescentes son considerados sujetos de protección. El NNyA, en su dignidad y valor de persona humana, ya no sólo es reconocido como quien básicamente necesita ser protegido, sino como quien tiene derecho a la protección.

Este cambio de paradigma exige al Estado la adopción de todas las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos a los NNyA, por las convenciones internacionales y legislación interna. Así es que los niños, niñas y adolescentes merecen la atención, no sólo, de quienes están directamente obligados a su cuidado, sino también del Estado (en sus tres poderes) y de la sociedad toda; siendo que la consideración primordial del interés del niño que la Convención sobre los derechos del Niño impone, condiciona el accionar de todos aquéllos llamados a su resguardo. Hablamos así de tres obligados a la protección: la familia, la sociedad y el Estado.

El auge de la problemática referida al NNyA víctima de delito aparece hoy como un tema preocupante y alarmante, exigiendo a todos aquellos obligados a la protección, aunar esfuerzos para hacer efectivos los derechos reconocidos y evitar que éstos sigan siendo vulnerados. Un NNyA víctima de un delito, sea intrafamiliar o no, no puede seguir sufriendo avasallamientos. La finalidad de este protocolo es ésa: evitar que el niño victima sea revictimizado, sea violentado, una vez más.

No es tarea fácil actuar frente a un NNyA víctima de un delito, indefenso, con miedo de hablar –más aún cuando el delito se comete en el seno de su propia familia-, con culpa –el niño siempre se responsabiliza por lo sucedido-, con instituciones defectuosas y sin experiencia para acoger al niño, tomar su relato y acompañarlo en la reconstrucción de su historia.

A pesar de que la tarea no es nada fácil, nuestros NNyA exigen esfuerzos y respuestas. Es por ello que con este protocolo se pretende acercar las herramientas necesarias para el adecuado tratamiento y acompañamiento de

todos los NNA víctimas de delitos, evitar el maltrato institucional y su revictimización. Se busca la adopción y puesta en marcha de las distintas medidas, tendientes a garantizar un proceso respetuoso y de esta manera hacer efectivos todos y cada uno de los derechos de los NNyA.

Trabajar de manera coordinada, respetuosa y paciente será el desafío a lograr con la implementación de este protocolo, que permitan procesos responsables, en tiempos prudentes y sensibles a la realidad del NNyA.

Bajos esos lineamientos y con el apoyo de UNICEF se conformó un grupo de trabajo interinstitucional, con el Poder Ejecutivo, Ministerio de Salud, de Educación, Subsecretaria de la Niñez, Adolescencia y Familia , Policía de la Provincia, Ministerio Público de la Defensa y Ministerio Público Fiscal, Jueces del fuero Penal y de Familia, Funcionarios, Médicos y Psicólogos del Cuerpo Medico Forense, Oficina de Protección a las Víctimas de Violencia Familiar y de la Mujer y Centro Único de Capacitación del Poder Judicial , a fin de elaborar un documento que permita evitar la revictimización de NNyA. Este documento contiene las pautas mínimas d actuación para todos los actores involucrados en el proceso, diferenciándose la etapa de detección, observación o develamiento sea en centros de salud, escolar, instituciones recreativas, religiosas, deportiva, entre otras, y la etapa procesal; ambas con la intervención articulada de los organismos de protección a fin de diagramar un plan coordinado de protección y acompañamiento del NNyA y su familia.

Además, se incorpora un Modelo único de Revisación Médica del NNyA conforme a las pautas elaboradas por el Cuerpo Médico Forense del Poder Judicial, en caso que la revisación se realice en los centros de salud pública autorizados que corresponda a la jurisdicción local, como también la provisión del Kit de ASI por el Ministerio de Salud, en los casos que fuese necesario. En cuanto a la Entrevista de Declaración Testimonial (EDT), de valor fundamental en estos procesos se delinean las pautas para su realización válida.

El presente manual de actuación procura hacer efectiva la Protección de los derechos del NNyA, víctimas de violencia, abuso sexual u otros delitos y el respeto por su condición de sujeto de derecho en pleno desarrollo de su personalidad.

"Son las necesidades del niño las que definen su interés en cada momento de la historia y de la vida. Son estos reclamos de supervivencia, desarrollo y formación, de afecto y alegría, los que demandan derechos que con-

viertan los requerimientos en exigencias y realidades. El camino no es fácil; el derecho no puede vencer una lógica de exclusión, olvido y mezquindad. Las normas son sólo brújulas; se requieren el pensamiento y la mano del hombre vigilantes y activos para transformar las promesas en vivencias concretas, para que en el transcurrir de cada niño se refleje este deseo de una humanidad que se prolonga sin la violencia de la desigualdad, esto es, una humanidad más "humana" y solidaria" (Grossman, Cecilia, El interés superior del niño).

Dr. Sebastián Diego Argibay
Presidente Superior Tribunal de Justicia Santiago del Estero

ACORDADA DEL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE SANTIAGO DEL ESTERO POR LA QUE SE APRUEBA EL PROTOCOLO DE ABORDAJE DE NIÑOS/AS Y ADOLESCENTES VÍCTIMAS O TESTIGOS DE ABUSO SEXUAL Y/U OTROS DELITOS

En la ciudad de Santiago del Estero, a los veintidos días del mes de Marzo de dos mil diecisiete, reunidos en Acuerdo los Sres. Vocales integrantes de la Excma. Sala de Superintendencia del Excmo. Superior Tribunal de Justicia, quienes suscriben y ante la Secretaria de Superintendencia Autorizante, adoptaron la siguiente Resolución:- -

Y VISTO: El T.I. N°47050/17 "Neirot de Jarma Graciela y Filippi Josefina eleva proyecto de protocolo de abordaje de Niños, Niñas, adolescentes y Victimas o testigos de abuso sexual y/u otros delitos";Y CONSIDERANDO: I) Que por acuerdo de la Excma. Sala de Superintendencia de fecha 28/10/2014 y con la finalidad de evitar la revictimización de Niños, Niñas y Adolescentes, conteniendo pautas minimas de actuación para todos los actores involucrados en el proceso, se resolvió conformar un grupo de trabajo local, integrado por Jueces, Fiscales, Defensores y Funcionarios Judiciales, representen designados por los Ministerios de Salud, Educación, Seguridad y Subsecretaria de la Niñez Adolescencia y Familia para la elaboración del presente protocolo, contando además con el apoyo técnico de UNICEF Argentina y la Asociación por los Derechos Civiles (ADC); II) Que el referido proyecto interinsitucional para la atención de Niños, Niñas y Adolescentes victimas o testigos de abuso sexual infantil o violencia, responde al compromiso impuestos por la Convención sobre los Derechos del Niño o los Estados partes, como deber, entre otros de promover las adecuaciones normativas e institucionales necesarias para avanzar hacia la plen vigencia de los derechos de Niños, Niñas y Adolescentes; III) Que entre los objetivos del mencionado Protocolo se encuentran Mejorar la Atención y el abordaje de los NNyA vitimas o testigos de maltrato y asi, a traves de una intervención especializada y coordinada entre las instituciones responsables de su protección, Reducir las situaciones de victimas, primaria y secundaria, atraves de abordajes respetuosos de los dere-

chos de NnyA y Optimizar las oportunidades para obtener pruebas válidas y de calidad adecuada para una investigación eficaz de los hechos denunciados, IV) Que en el Protocolo en cuestión se encuentran las disposiciones generales para los organismos públicos frente a una situación de abuso infantil, como asi además se desarrollan las dos etapas que forman parte del mismo: una preprocesal (develamiento, observacion y detección) y otra procesal (denuncia, exámen médico, entrevista de declaración testimonial registrada en video y Juicio Oral). Además se acompaña un anexo para la revisación médica de NnyA, victimas de delitos contra la integridad sexual. Por ello, los Señores Miembros de la Sala de Superintendencia, ACORDARON: Primero) APROBAR el "Protocolo de Abordaje de Niños, Niñas, adolecentes y Victimas o Testigos de Abuso Sexual y/u otros delitos"; Segundo) COMUNÍQUESE. Dres. S. D. ARGIBAY, G. A. HERRERA Y E. F. LOPEZ ALZOGARAY.- Ante mí: Dra. A. I. NAVARRO. ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL, que se reserva p.c.

Dres. S. D. ARGIBAY.– G. A. HERRERA.- E. F. LOPEZ ALZOGARAY.- Ante mí: Dra. M. P. DANIELSEN. ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL, que se reserva por Secretaría. Doy fe.- -

ACORDADA DEL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE SANTIAGO DEL ESTERO POR LA QUE SE APRUEBA LA CONFORMACIÓN DE UN GRUPO DE TRABAJO LOCAL PARA ABORDAR LA PROBLEMÁTICA DEL ACCESO A LA JUSTICIA Y EL ABORDAJE DE NIÑOS/ AS VÍCTIMAS EN LA JUSTICIA PENAL

En la ciudad de Santiago del Estero, a los veintiocho días del mes de octubre del año dos mil catorce, reunidos en Acuerdo los Señores Vocales de la Sala de Superintendencia del Excmo. Superior Tribunal de Justicia y ante la Secretaria Autorizante, adoptaron la siguiente resolución:- Y VISTO: Los Trámites Internos 28154/2014 y 24785/2014 mediante los cuales el Lic. Mariano Nino eleva nota referidas a la propuesta de formación de un grupo de trabajo para abordar la problemática: "Acceso a la Justicia y Abordaje de Niños/as víctimas en la justicia Penal" con la asistencia técnica de profesionales especializados que integran el Equipo del Proyecto "ADC - UNICEF"; Y CONSIDERANDO: I) Que desde el Equipo del Proyecto ADC - UNICEF, el Lic. Mariano Nino, Coordinador del programa "Protección y Acceso a la Justicia y Abordaje de Niños/as Víctimas y Testigos" de la Asociación de Derechos Civi-

les, requiere al Excmo. Superior Tribunal de Santiago del Estero, la formación y el funcionamiento de un Grupo de Trabajo local para revisar el desarrollo del sistema y procedimiento actual relativos a la investigación Penal en casos con niños víctimas o testigos de delitos contra la integridad sexual y violencia. II) Que el día 03/09/14, el Centro Único de Capacitación coordinó una reunión entre los representantes de ADC-UNICEF y los Sres. Vocales del Excmo. Superior Tribunal de Justicia, el titular del Ministerio Público Fiscal, Directora del Centro Único de Capacitación, Jueces de Instrucción, de Familia, Vocales del Tribunal de Alzada en lo Penal, Jefe del Gabinete de Psicólogos y Coordinadores de la Oficina de Protección a las Víctimas de Vionlencia Familiar, acordándose la conformación de un equipo de trabajo local para la elaboración de Protocolos de actuación unificados e inter-institucionales para casos que involucren a niños/niñas y adolescentes víctimas o testigos de delitos o violencia. III) Que asimismo, se estima oportuno la selección de un Representante o Coordinador del grupo, que tendrá a su cargo la organización de las actividades y el vínculo con el equipo del Proyecto ADC-UNICEF, la organización de actividades, la elaboración de actas de reuniones y la sistematización de documentos. IV) Que resulta oportuno que el equipo de trabajo aborde el diagnóstico sobre la práctica actual: A) Funcionamiento del Sistema y Procedimiento actual en las distintas instancias del proceso, con el objetivo de identificar situaciones problemáticas. B) Exposición de las recomendaciones incluidas en la Guía de las Buenas Prácticas, experiencias en otras provincias y paises, discusión con expertos en la temática. C) Plan de reformas: Elaboración participativa de propuesta de cambios y solución de las problemáticas identificadas, discusión sobre las propuestas presentadas y elaboración de un plan de reformas, discusión del plan de reformas y construcción de acuerdos, presentación del plan de reformas a las autoridades para su aprobación. V) Que se considera oportuno, una vez aprobadas las reformas, realizar el monitoreo de las mismas mediante la realización de reuniones periódicas para supervisar su ejecución, sistematización de la experiencia para favorecer su replicación en otras provincias. VI) Que en base a lo requerido, el Excmo. Superior Tribunal de Justicia, encomendará que en representación de los órganos judiciales sugeridos por el equipo técnico del proyecto ADC-UNICEF, el Grupo de Trabajo se integre con los siguientes Magistrados y Funcionarios: 1 (uno) Vocal de la Cámara de Juicio Oral en lo Criminal y Correccional, 1 (uno) Juez de Intrucción en lo Criminal y Correccional, 1 (uno) Juez de Familia, 2 (dos) representantes del Ministerio Público (un Fiscal y un Defensor), 1 (uno) represen-

tante del Gabinete de Psicólogos Forenses, 1 (uno) representante de la Oficina de Violencia Doméstica, 1 (uno) representante del Cuerpo Médico Forense, 1 (uno) representante de la SUBNAF, 1 (uno) representante de la Secretaría de Educación, 1 (uno) representante del CEPSI (Ministerio de Salud), y 1 (uno) representante de la Policía de la Provincia, estando facultados los miembros de la comisión a ampliar el número de integrantes, en caso de ser necesario. VII) A los fines de coordinar y articular las actividades a realizarse, intervendrá el Centro Único de Capacitación, el que está a cargo de su Directora Dra. Graciela Neirot de Jarma y Coordinadora Dra. Josefina Filippi. Por ello, y en uso de sus atribuciones, los Señores Vocales de la Sala de Superintendencia; ACORDARON: Primero) CONFORMAR un grupo de trabajo local con el apoyo técnico del equipo de proyecto ADC-UNICEF, para abordar la problemática del Acceso a la Justicia y Abordaje de niños/as victimas en la justicia penal. Segundo) ENCOMENDAR que en representación de los órganos judiciales de Santiago del Estero, el grupo de trabajo se integre con los Magistrados, Funcionarios y demás representantes de los distintos organismos a designar, de conformidad a lo expresado en el considerando VI). Tercero) DESIGNAR Coordinador del equipo de trabajo al Dr. Juan Carlos Storniolo. Cuarto) COMUNICAR al Centro Único de Capacitación a los fines de coordinar y articular las actividades a realizarse por el grupo de trabajo designado. Quinto) NOTIFÍQUESE.- Fdo.: Dres. G. A. HERRERA – E. J. R. LLUGDAR – R. A. JUAREZ CAROL. Ante mí: Dra. M. P. DANIELSEN.- ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL, que se reserva por Secretaría. Doy fe.- - - v.d.

I. PRESENTACIÓN

El protocolo interinstitucional para la atención de niños, niñas y adolescentes (NNyA) víctimas y testigos de abuso sexual infantil (ASI) o violencia responde a los compromisos impuestos por la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)[1] a los Estados partes. La CDN establece como compromiso, entre otros, promover las adecuaciones normativas e institucionales necesarias para avanzar hacia la plena vigencia de derechos de NNyA.

Se han implementado en nuestro país y en las jurisdicciones provinciales numerosos cambios normativos e institucionales a veinticinco años de la entrada en vigencia de la CDN[2]. Las reformas establecen que corresponde a los operadores del sistema de protección integral de derechos liderar las transformaciones necesarias que promuevan mejores estándares de protección.

El Poder Judicial de Santiago del Estero y el Poder Ejecutivo de la Nación, a través de diferentes organismos[3], con el asesoramiento y orientación de UNICEF Argentina y la Asociación por los Derechos Civiles (ADC), comenzaron a trabajar desde 2014 en este proceso. Estas instituciones trabajaron en la conformación de una comisión de trabajo local que debatiera y revisara los procedimientos y sistemas vigentes para que luego concluyera en la redacción y acuerdo de este protocolo interinstitucional que aquí se presenta.

El protocolo elaborado por la comisión tiene como objetivo establecer un camino que sea menos traumático para los NNyA que sufrieron violencia, abuso sexual u otros delitos conexos. El protocolo tiende a la mayor protección posible de sus derechos y, a la vez, a obtener pruebas válidas y de calidad suficiente para la investigación que apunta a aclarar lo sucedido.

1. La CDN fue aprobada por la Asamblea de Naciones Unidas en 1989, nuestro país la incorpora como legislación nacional a través de la Ley 23.849 el 16 de Octubre de 1990. En el año 1994 la CDN se incorpora a la Constitución Nacional. En el año 2004 se incorpora en el Código Procesal Penal de la Nación el artículo 250 bis, 250 ter instituyendo por primera vez en nuestro país la declaración testimonial del niño en cámara Gesell para garantizar los derechos del niño a ser oído en el proceso penal a víctima de abusos sexuales. La ley nacional 26.061 de Protección Integral de los Derechos del Niño, Niña y Adolescente rige desde el 29 de Octubre de 2005 y su homónima en nuestra provincia bajo el N| 6915, rigen desde el 28 de Octubre de 2008. El Código Procesal Penal de la provincia Ley 6941 (BO Dic 2009), modificada por 6986 (BO 02.08.2010), en los artículos 118 y 267 dispone, al igual que el código de rito nacional, un mecanismo especial para recibir las declaraciones de menores de edad víctimas de delitos para que no se los expongan a situaciones traumáticas.
2. A modo de ejemplo se citan la ley nacional Nº 26.061 de Protección Integral de los derechos de NNYA y su decreto reglamentario 415/416 de 2006, ley provincial Nº 6915 de Protección de Niñas Niños y Adolescentes.

El procedimiento que involucra a un NNyA víctima se inicia con el develamiento y concluye recién varios meses después con el dictado de la sentencia. En el ínterin, los NNyA atraviesan una ruta interinstitucional con muchas intervenciones que pueden incluir un examen médico forense, una entrevista de declaración testimonial registrada en video, una evaluación psicológica, entre otras. Es necesario prevenir situaciones re-victimizantes y estigmatizantes, a través de redes de trabajo conjuntas fundadas en el principio de la corresponsabilidad.

A tales fines, conviene recordar que el ASI es un fenómeno delictivo con características propias, que lo diferencian de la mayoría de los delitos contemplados en el Código Penal. Por ello, como bien señala Juan Pablo Gallegos "ya no es posible actuar judicialmente aplicando los "cliches" del derecho penal tradicionales, sin tener en cuenta las características y singularidades de este fenómeno"[4].

Siendo el ASI un delito con características particulares, resulta pertinente que el Estado a través de sus organismos administrativos y judiciales proporcione una protección especial para los NNyA.

Ello supone:

• Tener en cuenta las singularidades del ASI (asimetría de poder, existencia de amenazas, secreto, confusión, culpabilización al niño, y que, en general, ocurre en ámbitos intrafamiliares, de proximidad y confianza).

• La necesidad de conocer que las situaciones de ASI suelen implicar un proceso de conductas abusivas en el que se va incrementando la confianza e intimidad en la relación abusador-abusado.

• La posibilidad de retractación del NNyA en virtud de las presiones y crisis familiar que el develamiento suele generar en dicho ámbito.

• Importancia de evitar culpabilizar al niño/a y a su familia. • Escuchar al niño/a de modo adecuado.

• Actuar de modo articulado a fin de evitar situaciones re-victimizantes.

Como lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Fornerón e hija vs Argentina: "En vista de la importancia de los intereses en cuestión, los procedimientos administrativos y judiciales que conciernen a

4. Gallego Juan Pablo "Niñez Maltratada y Violencia de Género" Primera Edición Bs As. 2007 5. CIDH Forneron e hija vs Argentina 2012.

la protección de los derechos humanos de personas menores de edad…. deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcionales por parte de las autoridades. La observancia de las disposiciones legales y la diligencia en los procedimientos judiciales son elementos fundamentales para proteger el interés superior del niño. Por otra parte, no puede invocarse el interés superior del niño para legitimar la inobservancia de requisitos legales, la demora o errores en los procedimientos judiciales"[5].

Finalmente, este protocolo posee principios y pautas orientativas mínimas para una intervención respetuosa hacia los derechos de NNyA, ajustables por los operadores, de acuerdo a las circunstancias particulares de cada caso. El punto de partida será el reconocimiento de sus necesidades especiales, el respeto por su condición de sujetos en pleno desarrollo de la personalidad, la implementación de medidas de protección no restrictivas de sus derechos y garantías. Además, se plantea evitar en todos los casos que esto fuera posible la separación de su grupo familiar.

Este protocolo entonces es el resultado de una construcción colectiva entre una diversidad de actores involucrados y comprometidos con la problemática. Su objetivo principal es que sirva para orientar el trabajo de los efectores del sistema y que éstos puedan sacarle provecho. Sin embargo, los participantes de la comisión de trabajo esperan que este protocolo sobre todo pueda reparar la violencia sufrida por los NNyA de nuestra Santiago del Estero.

II. PRINCIPIOS RECTORES

El abordaje en esta ruta crítica debe tener como norte los siguientes principios de derecho:

1º) Interés superior del niño.

Este principio emerge de la CDN (Artículo 3.1), la cual conduce inexorablemente a pensar al NNyA como "sujeto de derecho". No es una noción en abstracto, sino que debe aplicarse y fundamentarse jurídicamente en el caso concreto. Además, el interés superior del niño debe interpretarse desprovisto de mitos y prejuicios en torno al abuso sexual y de manera respetuosa de las diferentes formas de organización familiar y de la perspectiva de género.

5. CIDH Forneron e hija vs Argentina 2012.

"Cuando se trata de resguardar el interés superior del niño, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia y la naturaleza de las pretensiones, encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con particular tutela constitucional …, atento la especial naturaleza de los derechos que se encuentran en juego y los eventuales perjuicios que una solución tardía o desprovista de la premura que las particulares circunstancias del caso requieren, podría provocar en la salud psico-físico del menor"[6]. Una correcta interpretación del precepto lleva a entender que en todas las decisiones que involucren a los derechos de NNyA estos deben ser considerados de manera prioritaria.

Si bien los derechos de los NNyA no pueden anular los derechos del imputado, sí pueden llegar a limitar sus alcances en algunas circunstancias, en función del interés superior del niño.

Asimismo, la protección de la integridad psicofísica del niño es el objetivo central del protocolo en todas las etapas – preprocesales y procesales- en las que interviene el NNyA. Ello implica reducir la victimización institucional en todos los ámbitos. Es importante remarcar que un modo de proteger integralmente al niño/a es resguardar aquellos indicios, evidencias y pruebas que acrediten el hecho traumático que motivó la denuncia, que se sustenta en el relato y posterior testimonio del niño/a.

2º) Derecho a ser escuchado

Por su parte, el derecho a ser escuchado emerge de la CDN en el artículo 12. Esta norma garantiza al niño NNyA el derecho de expresar su opinión en todos los asuntos que lo afecten, debiéndose tener en cuenta su edad, desarrollo cognitivo y madurez. La escucha del NNyA debe darse de un modo adecuado. Para esto el protocolo establece en principio un procedimiento para realizar una entrevista única y registrada, a través del Sistema de Cámara Gesell (CG) o Circuito Cerrado de Televisión (CCTV), por profesionales especializados, siguiendo pautas específicas, a los pocos días del develamiento del hecho. A su vez, se recomienda evitar que el NNyA sea interrogado sobre el hecho traumático en cada instancia que atraviesa de manera previa o posterior a la entrevista única.

6. "(S.T.J., sent. del 11-12-06, en autos: "Martinez María Marcela de Luján y Otros/ Guarda Judicial con Fines de Adopción del Menor Ibarra Francisco Agustín Cuadernillo de Apelación Medida Cautelar Casación")

De darse una declaración espontánea del NNyA en una instancia previa o posterior a la entrevista única, se recomienda dejar al NNyA expresarse, sin interrogarlo, y registrar de manera textual y lo más fidedignamente posible, tanto sus dichos, como los gestos, actitudes o estado emocional del NNyA, como ser silencio, llanto, angustia, tristeza, etcétera.

Estos elementos pueden resultar importantes para posteriormente facilitar el relato del NNyA o como corroboración.

3º) Derecho a la protección y bienestar del NNyA

La protección y el bienestar de los NNyA deben ser asumidos como valores primordiales a alcanzar en todo el proceso. Por esto el trabajo de los funcionarios y operadores dentro del sistema de protección y el Poder Judicial con injerencia en la problemática, deben estar orientados a minimizar el estrés experimentado por los NNyA. También se deben maximizar las oportunidades para obtener pruebas válidas, confiables y de calidad. Este principio general supone el respeto y garantía de otros principios y derechos que deben ser tenidos en cuenta durante todo el abordaje de los NNyA, a saber:

a. Derecho a un trato digno: ello supone que el NNyA debe ser tratado con cuidado y sensibilidad, teniendo en cuenta su edad y su grado de madurez.

b. Protección de la salud: en todo momento se debe priorizar el cuidado, respeto y protección de los NNyA, garantizando el más alto nivel posible de salud física y psíquica y el acceso a servicios de salud.

c. Derecho a la seguridad: se deben adoptar todas las medidas de protección necesarias para garantizar la integridad psicofísica de los NNyA, durante y después del proceso judicial. Esto supone que se tomen medidas que tiendan a evitar la revictimización, represalias, venganza, intimidación o amenazas, así como también todo perjuicio que pueda causarle el proceso judicial.

d. Derecho a la privacidad: toda información relativa a la participación del NNyA dentro del proceso debe ser cuidadosamente protegida, asegurándose la confidencialidad y restringiendo la divulgación de cualquier información que permita su identificación o utilización para fines inapropiados.

4º) Debido proceso legal

Por proceso se entiende al método pacífico de debate entre dos partes antagónicas, en igualdad de condiciones, que se compone de una serie lógica y

consecuencial de instancias bilaterales, conectadas entre sí por la autoridad judicial. El debido proceso legal supone el derecho a la jurisdicción; implica el libre acceso al tribunal; la posibilidad plena de audiencia; que el proceso se desarrolle con un procedimiento eficaz y sin dilaciones; adecuado a la naturaleza del caso justiciable y público; con asistencia letrada eficiente; el derecho de probar , partiendo de la premisa que "evidencia y "prueba" son conceptos diferentes; la primera representa todo aquel indicio que, una vez sometido a los estudios correspondientes, se comprueba que corresponde al hecho investigado y aporta mayor información. Y para que esa evidencia se convierta en prueba –confirmación de una hipótesis- debe ser controlada por las partes involucradas en el proceso. Finalmente, el juzgador debe atenerse sólo a lo regular y legalmente demostrado en las actuaciones.

Este principio supone que se cumplan los siguientes requisitos:

Protocolos interinstitucionales de abordaje de niños/as, adolescentes víct

a. Igualdad de las partes: significa paridad de oportunidades y de audiencia, garantizando la bilateralidad o contradicción. Es imprescindible que se tomen los recaudos procesales y técnicos necesarios al momento de la declaración testimonial en CG o CCTV. Al tomar estos recaudos no sólo se debe asegurar la protección integral de los NNYA, sino también garantizar el derecho de defensa del imputado.

b. Imparcialidad del juzgador: supone ausencia de prejuicios, independencia de cualquier opinión del juez y que sus fallos sean según su propio conocimiento del asunto.

c. Transitoriedad de la serie consecuencial: La duración del proceso como medio de debate debe estar adecuadamente equilibrado para lograr que actúe como remedio sin ocasionar nuevo conflicto.

d. Eficacia de la serie procedimental: La serie consecuencial del proceso debe ser apta para que en ella se desarrolle armónicamente el dialogo requerido por el legislador.

e. Moralidad del debate. La regla moral ha de presidir el desarrollo del proceso y de los actos procedimentales que lo componen. Los derechos de NNyA no pueden anular los derechos del imputado, aunque sí se pueden limitar sus alcances en función del interés superior del niño.

f. Respeto de los derechos y garantías de la persona imputada. En un proceso penal los derechos del imputado se garantizan con la posibilidad de con-

trol de la producción y defensa técnica –asesor jurídico- en todas las instancias procesales en las que se introduzca una prueba de cargo.

4º) Profesionalismo en los operadores jurídicos.

La capacitación, compromiso y profesionalismo de los operadores del sistema es un objetivo ineludible para lograr la protección integral del niño NNyA, objetivo que pregona la CDN desde hace un cuarto de siglo. Ello implica adquirir conocimientos profesionales y científicos, no sólo de las incumbencias de cada área que correspondan a la profesión y oficio de cada operador, sino de las distintas disciplinas o ciencias que intervienen.

5º) Registro de las intervenciones.

El develamiento podría acaecer en el seno familiar, vecinal, escolar, centro de salud público o privado, policía, etcétera. Como se ha dicho, lo aconsejable es no preguntar o interrogar al NNyA en detalle sobre lo sucedido. No obstante, de existir un relato espontáneo, estado emocional o actitudes del NNyA como el silencio, angustia, llanto, tristeza, etcétera, es importante que el operador que sea testigo de esta situación deje constancia de ello, de manera textual y lo más fiel posible.

El profesionalismo apuntado en el párrafo anterior debe llevar a los operadores jurídicos a documentar cada paso de la ruta dolorosa que transita el NNyA –víctima en el conflicto- desde que se produce el develamiento hasta la culminación del proceso.

6º) Supervisión y monitoreo constantes

Para que este Protocolo se implemente adecuadamente y se realicen los ajustes necesarios a las modificaciones que puedan surgir en términos de recursos, operadores, disposiciones normativas, entre otras, se debe establecer un sistema de procedimientos de revisión y monitoreo periódicos.

De esta manera se podrán identificar inconvenientes en la implementación y realizar las mejoras que sean necesarias en los distintos procedimientos e intervenciones. Este trabajo puede ser realizado al interior de cada organismo interviniente y estar dirigido por una comisión de trabajo interdisciplinario

similar a la que produjo este Protocolo. Por otra parte, se recomienda que los organismos intervinientes dispongan de mecanismos para registrar elementos que permitan obtener información estadística sobre la problemática que luego sirva para diseñar políticas e intervenciones sobre la problemática con mayor eficiencia. Por ejemplo, la cantidad de denuncias, causas o intervenciones por ASI, las principales características de las víctimas, los imputados y de los hechos, entre otros.

III. OBJETIVOS DEL PROTOCOLO

1. Mejorar la atención y el abordaje de los NNyA víctimas o testigos de maltrato y ASI, a través de una intervención especializada y coordinada entre las instituciones responsables de su protección. 2. Reducir las situaciones de victimización, primaria y secundaria, a través de abordajes respetuosos de los derechos de NNyA. 3. Optimizar las oportunidades para obtener pruebas válidas y de calidad adecuada para una investigación eficaz de los hechos denunciados.

IV. MARCO NORMATIVO

El marco jurídico de referencia utilizado para la realización del presente Protocolo incluye los siguientes instrumentos normativos:

1. Constitución Nacional de la República Argentina.

2. Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (1989) y con rango constitucional en nuestro país desde 1994.

3. Convención Americana sobre Derechos Humanos.

4. Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (párrafo 1 art 10)

5. Corpus iuris de los derechos humanos conformado por numerosos instrumentos internacionales y regionales, entre ellos: a. Reglas mínimas de Naciones Unidas para la Administración de Justicia (Reglas de Beijing). Resolución 40/33 de Naciones Unidas de 1985. b. Directrices de Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad). Resolución de Naciones Unidas de 1990. c. Directrices sobre la Justicia en asuntos concernientes a los NNyA víctimas y testigos de delitos. Aprobadas por el Consejo

Económico y Social de Naciones Unidas en su resolución 2005/20 del 2005. d. Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad. Aprobada por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana en 2008.

6. Ley Nacional Nº 26.061 de "Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes" sancionada el 28 de Septiembre de 2005. 7. Constitución de la Provincia de Santiago del Estero. 8. Código Procesal Penal de Santiago del Estero, Ley 6941. 9. Ley Provincial Nº 6915 de "Protección Integral de Niñas Niños y Adolescentes" sancionada en 14 de Octubre de 2008 10. Ley Nacional Nº 25.673/03 Ley Provincial Nº 6579 de adhesión a la Ley Nacional. 11. Resolución Ministerial Nº 2649/09. Para que resulten efectivos los derechos consagrados por las convenciones y leyes vigentes contra la violencia en cualquiera de sus formas es necesaria la participación activa, coordinada y comprometida de todos los efectores que toman contacto con las víctimas.

V. DISPOSICIONES GENERALES PARA LOS ORGANISMOS PÚBLICOS FRENTE A UNA SITUACIÓN DE ABUSO SEXUAL

El enfoque integral de derechos para la infancia propone una mirada superadora de las intervenciones sectoriales y aisladas, a fin de avanzar hacia un escenario de co-responsabilidad, en donde se identifiquen los distintos actores vinculados al trabajo con NNyA.

De esta manera, se puede pensar en dispositivos de acción conjunta tendientes a reparar derechos vulnerados. Es necesario distinguir algunas etapas por las que los NNyA vulnerados en su integridad sexual y sus familias han de transitar.

Desde el develamiento hasta la sentencia existen etapas pre-procesales en los ámbitos de la familia, vecinales, escolares, centros de salud, policiales, oficinas de la niñez, etcétera, que se denominaran (A) Etapa de Detección, Observación o Develamiento y luego la (B) Etapa Procesal, que abarca distintas intervenciones en los ámbitos judiciales.

En esta última Etapa Procesal, se identifican tres momentos bien definidos:

1º) investigación penal preparatoria (IPP), 2º) proceso intermedio (PI) y 3º) juicio oral (JO). En la Etapa Procesal intervienen jueces –juez de control o garantías, tribunales colegiados o unipersonales-, fiscales, defensores, querellantes, entre otros magistrados. Es importante remarcar que la figura del fiscal adquirirá mayor protagonismo en la provincia durante los próximos años, como

titular de la acción penal, encargándose de la puesta en marcha y estrategia de la investigación penal. Estos momentos procesales dan cuenta de la complejidad del tema por su inter-disciplinariedad e inter-institucionalidad. Ambas etapas requieren de una intervención articulada con los Organismos de Protección a fin de que se diagrame un (C) "Plan Coordinado de Protección y Acompañamiento del NNyA y su familia". Esta intervención es la actuación como una tercera etapa simultánea que atraviesa a las dos etapas mencionadas.

Teniendo en cuenta los Principios Rectores de este Protocolo enumerados en la sección II se detallan a continuación una serie de pautas generales comunes a todas las instancias e intervenciones:

• La develación de un hecho presuntamente delictivo puede ocurrir en distintos organismos y situaciones. En todos los casos se debe dar inmediata intervención a la justicia además de procurar que el NNyA reciba una asistencia inmediata.

• Se debe evitar interrogar al NNyA sobre los detalles de los hechos sufridos. En caso de que el NNyA se presente acompañado, las preguntas se deben dirigir al adulto y el NNyA debe mantenerse en una sala separada con el fin de evitar que su relato se contamine con aquello que declare el adulto sobre lo que habría sucedido. Si el NNyA se presenta solo, se deberá intentar identificar a un adulto responsable y de confianza del NNyA.

• El relato que el NNyA pudiera hacer de manera espontánea debe ser registrado de manera textual y entre comillas y el NNyA debe ser escuchado y contenido. • Se debe asegurar que el NNyA espere y sea atendido en espacios adecuados, que favorezcan su bienestar y seguridad en las distintas intervenciones, sin posibilidades de cruzarse con otras personas ni escuchar el relato que hace el adulto responsable.

• En todo momento se debe abordar el caso con la mayor urgencia posible, dada la especial naturaleza de los derechos que están en juego, la especial condición de las víctimas y los eventuales perjuicios que una respuesta tardía podría ocasionar. Esto aplica a las distintas intervenciones e instancias. Por ejemplo, es de especial importancia que la entrevista única y registrada en video mediante el sistema de CG o CCTV se haga a la mayor brevedad posible, específicamente en menos de 7 o 10 días desde que el hecho es conocido por la Fiscalía de turno.

• Asimismo, se debe procurar que los actos en los que los NNyA deban parti-

cipar se celebren sin retrasos. Se debe priorizar a los NNyA, realizando los actos de manera puntual a la hora convenida y, en la medida de lo posible, en horarios que no se interpongan con las actividades cotidianas del NNyA (como el horario escolar).

• Toda información sobre la participación del NNyA dentro del proceso debe ser protegida. Se debe asegurar la confidencialidad, restringiendo su divulgación, de cualquier información que permita identificar a los NNyA o que sea utilizada para fines inapropiados.

• El NNyA debe ser protegido contra todo perjuicio que pueda causarle el proceso de justicia. Para ello, es necesario que se tomen todas las medidas mencionadas para evitar su trato inadecuado y la revictimización. Además, se debe priorizar el cuidado, el respeto y la protección integral del NNyA y de su salud física y psíquica.

V.A. ETAPA PREPROCESAL: DEVELAMIENTO, OBSERVACIÓN Y DETECCIÓN (ETAPA UNO)

Como se dijo en párrafos anteriores, el develamiento, observación y detección de situaciones de ASI puede tener lugar en el ámbito privado de la familia, en los contextos escolares, en los centros de salud y en los diferentes espacios donde los NNyA desarrollan sus actividades culturales, deportivas, recreativas y religiosas.

Frente a una evidencia o sospecha de ASI, los distintos actores del sistema de protección integral de derechos de NNyA deben asumir la responsabilidad y disponer de información acerca de los indicadores específicos e inespecíficos y del camino a seguir a fin de lograr la protección y acompañamiento adecuado. Según Carlos Rozanski, el objetivo de la intervención ha de ser, en primer lugar, la protección y, en segundo lugar, la investigación. (Rozanski, Carlos Alberto, "Abuso Sexual Infantil ¿denunciar o silenciar?". Ediciones B. Argentino S.A. 2003. Pág 106/107).

Partiendo de esa premisa es posible distinguir algunas situaciones:

1. El develamiento, detección u observación ocurre en la escuela

Es menester diferenciar aquellas situaciones evidentes que surgen del relato del NNyA, de las manifestaciones de otros compañeros o de indicadores físicos, de aquellas situaciones de sospecha que surgen de indicadores ines-

pecíficos (ej indicadores de conducta, psicológicos, rendimiento y vida social escolar). En todos los casos y, luego de observar, consultar y evaluar cada situación, el equipo docente, directivos y supervisores debe citar a los referentes familiares e informar acerca de los indicadores observados, instando y/o acompañando a la familia en la realización de la denuncia. En caso de existir intereses contrapuestos entre los familiares y el niño (ejemplo: familia rehúsa a denunciar, familia naturalizando el abuso), las instituciones deben efectuar la puesta en conocimiento ante la justicia penal (Fiscalías, Comisarías) para la implementación de las medidas procesales vinculadas a la investigación y sanción del delito[7]. Asimismo se debe comunicar (ART. 18 y 19 ley 6915) esta circunstancia al Organismo de Protección para que implemente las medidas de protección ordinarias, esto es, que acompañe y oriente a las familias como grupo fundamental y necesario para la protección del NNyA. Las instituciones educativas al recibir el relato espontáneo del NNyA deben registrar sus expresiones textuales, recuperando sus palabras, manifestaciones y demás datos que permitan oportunamente al Juzgador contar con un medio probatorio idóneo[8].

2. El develamiento, detección u observación ocurre en un centro de salud (público o privado)

En casos de abuso sexual reciente en los que la víctima ingrese a un hospital o centro médico[9] y sea necesaria su asistencia y atención médica en la emergencia, se priorizará en todo momento el resguardo de la salud del NNyA, brindándole el tratamiento médico integral aconsejado para el caso.

Es imprescindible que el personal médico que intervino en su atención preserve los medios utilizados, durante dicha asistencia o intervención, en so-

7. El art 72 del código Penal de la Nación establece que son acciones dependientes de instancia privada, entre otros, los delitos previstos en los art 119,120 y 130 del CP (delitos contra la integridad sexual) cuando no resultare la muerte de la persona ofendida o lesiones; y las lesiones sean dolosas o culposas. En ese sentido prescribe que "en los casos de este artículo no se procederá a formar causa sino por acusación o denuncia del agraviado, de su tutor o representantes legales. Sin embargo, se procederá de oficio cuando el delito fuere cometido contra un menor que no tenga padres, tutor o guardador. Cuando existieren interese gravemente contrapuestos entre algunos de estos y el menor, el Fiscal podrá actuar de oficio cuando así resultare más conveniente para el interés superior de aquel"
8. Ver Guía Conceptual Por qué, cuándo y cómo intervenir desde la escuela frente al Abuso sexual Infantil. Unicef.
9. Se entiende por centro médico a las unidades primarias de atención (UPAS), centro de atención primaria de salud (CAPS), consultorios particulares.

bres de papel madera (gasas, algodones, hisopos, residuos patológicos, ropa interior, vestimenta, entre otros). Estos elementos se resguardarán, según lo indicado, en muestras de rutina y serán puestos a disposición de la Fiscalía o Juzgado que interviene, quien definirá las medidas de resguardo y custodia de dichas muestras. Como en los ámbitos escolares, se debe involucrar a la familia en las distintas etapas del proceso penal. Nuevamente, en caso de existir intereses contrapuestos, el centro de salud o profesional interviniente deberá poner en conocimiento ante la Fiscalía de Turno o Comisaría del Menor y la Mujer en caso de que exista en la localidad, o en la dependencia policial más próxima, a fin de activar la investigación[10].

En casos de abuso sexual reciente en los que la víctima ingrese en un hospital o centro médico y no sea urgente la asistencia y atención médica, la revisación médica podrá realizarse en dependencias del hospital. En estos casos se deberá seguir el Protocolo único de examen de víctimas de violencia sexual, incluido en el anexo I. Tal como se detalla en la sección B2 "Examen médico", si el hecho hubiera ocurrido en un plazo inferior a las 72 horas, la revisación médica se llevará a cabo en el centro de salud público autorizado que corresponda a la circunscripción judicial[11], salvo que el NNyA se encontrara hospitalizado en otro centro de salud autorizado para llevar a cabo tal revisación, y el Juez o Fiscal así lo disponga. En la medida de lo posible el examen médico será realizado en conjunto con un médico legista de la Policía. En caso que hubieran pasado más de 72 horas de ocurrido el hecho, el examen se realizará en el Cuerpo Médico Forense del Poder Judicial.

3. El develamiento, detección u observación ocurre en otros ámbitos institucionales

En caso de recibirse la noticia por primera vez en Defensorías, OVD, Centros de mediación Judicial, Comisarías, Dirección de Niñez Adolescencia y Familia, audiencias judiciales, el empleado o funcionario debe comunicar a su

10. Consultar modelo de nota sobre puesta en conocimiento, y protocolo del cuerpo médico forense
11. A los fines del presente protocolo se encuentran autorizados para la revisación medica los siguientes centros de salud: Centro Provincial de Salud Infantil, Centro Integral de Salud Banda, Hospital Zonal de Termas de Rio Hondo Dr Emilio Mera, Hospital Zonal de Añatuya, Hospital Zonal de Frias y Hospital Zonal de Monte Quemado, y/o todo centro de salud que cumpla con las exigencias de infraestructura y /o capacitación de Recursos Humanos para la aplicación del Protocolo Único de Examen de Víctimas de Violencia Sexual del Cuerpo Médico Forense del Poder Judicial de Santiago del Estero.

superior. El superior debe comunicarse con la Fiscalía o Juzgado de turno para que lleven adelante las medidas de investigación o de prueba urgentes que correspondiere disponer, inclusive el secuestro de objetos cuando el hecho hubiere sido reciente. Si el develamiento, detección u observación se da en instituciones sociales, deportivas, religiosas o recreativas, éstas deberán poner en conocimiento de la situación al Organismo administrativo de protección de la ley provincial 6915.

V.B. ETAPA PROCESAL[12] (ETAPA DOS)

El esquema aproximado del proceso especial para NNyA abusados sexualmente o víctimas de delitos conexos es el siguiente:

1. Denuncia penal/ puesta en conocimiento de noticia criminis en los casos del art 72 del Código Penal
2. Revisación médica: única y voluntaria
3. Entrevista de declaración testimonial (EDT) registrada en video
4. Plan Coordinado de Protección y acompañamiento.
5. Elevación de la Causa a Juicio/ Desestimación
6. Juicio Oral 1.

DENUNCIA

El proceso penal se iniciará ante la sospecha de abuso sexual con la denuncia pertinente efectuada ante la Fiscalía o Comisaria, por familiar, representantes legales, referentes afectivos y/o toda otra persona o institución que haya tomado conocimiento del hecho.

Si al momento de efectuar la denuncia, el NNyA estuviese acompañado/a por un adulto, se trabajará con el adulto y no se interrogará al NNyA, aunque sí deberán registrarse aquellos relatos espontáneos y/o lenguaje para-verbal (conductas, actitud, llantos, silencios) que pudiera manifestar.

Si el NNyA concurre solo, luego de registrar su relato espontáneo y textual

12. Al momento de la confección del presente protocolo existe en nuestra provincia un proceso penal inquisitivo en transición al sistema acusatorio, con aplicación este último en las jurisdicciones de Frías, Añatuya, Banda y Termas De Río Hondo.

en acta, se debe convocar a un adulto legalmente responsable y/o de confianza del NNyA, para que se presente en la Fiscalía y lo acompañe en el proceso. Asimismo, se requerirá la intervención de oficio del Ministerio Público pupilar o fiscal, quien instará la acción penal. Este mismo criterio se utilizará si la presentación espontánea del NNyA se da en la OVD o en la Subsecretaria de Niñez, Adolescencia o Familia.

En ambos casos, la Fiscalía indicará las medidas procesales urgentes y pertinentes, según el caso, ordenando el examen físico-médico y la entrevista de declaración testimonial (EDT). En todo momento, brindará asesoramiento, tanto al NNyA como a su familia, acerca del proceso penal y los derechos en su condición de sujeto de derecho, víctima de un delito. En los casos que corresponda, la Fiscalía o el Juez de Instrucción dispondrá otras diligencias y medidas probatorias urgentes.

Casos en los que se deba dar intervención médica inmediata. Si el caso amerita, el Juez o Fiscal a cargo de la investigación y en articulación con el Órgano de Protección, por recomendación médica, podrá disponer el traslado del NNyA al centro de salud más cercano, dando inmediato conocimiento al adulto responsable del NNyA.

Excepcionalmente, en caso de que las agresiones y/o violencia se originen en el seno de la familia, se dará intervención al Ministerio Público (103 CCyC). La Subsecretaria de Niñez se encuentra facultada a identificar la familia ampliada y/o implementar las medidas ordinarias de protección, como se especifica en la etapa (C) "Plan Coordinado de Protección y Acompañamiento del NNyA y su familia".

Siempre que resulte necesario el Poder Judicial coordinará junto a los Órganos de Protección local, las medidas de protección teniendo en cuenta los factores de riesgo del caso particular.

2. EXAMEN MÉDICO

Tal como quedó expresado en la sección II de Principios rectores de este protocolo, todas las actuaciones sobre el NNyA deben tener, entre sus objetivos principales, asegurar la protección de su bienestar e integridad psíquica y física. En especial, con relación a la intervención de los médicos que examinan al NNyA para identificar las posibles consecuencias o rastros por originados en el supuesto ASI. En este sentido, la buena práctica médico-legal impone un

asesoramiento al órgano jurisdiccional que no excluye el deber de sugerir o recomendar el procedimiento más adecuado para el abordaje de las situaciones bio-psico-social de la persona a quien se le practicará el examen médico forense. Uno de los principales problemas consiste en la repetición de revisaciones médicas las que, por la utilización de lenguajes diferentes, provocan pedidos de aclaraciones de las instancias judiciales, sometiendo a los NNyA a nuevas violaciones de su intimidad y privacidad.

De ahí que se debe procurar que la revisación médica ha de ser única y voluntaria, no debiéndose presionar al NNyA para llevarla a cabo. Por estos motivos, se han definido las siguientes directrices, para que la revisación sea llevada a cabo en los centros de salud públicos autorizados más próximos al domicilio del NNyA. Se deberá tener en cuenta el tiempo en que ocurrió el ASI y siguiendo las Pautas establecidas en el Protocolo único de examen de víctimas de violencia sexual del Cuerpo Médico Forense del Poder Judicial de Santiago del Estero incluido en el anexo I. a. Dentro de las 72 horas de ocurrido el hecho La revisación médica se llevará a cabo lo antes posible (en el mismo día o en un máximo de 48 horas) en el Centro de Salud Público autorizado que corresponda a la jurisdicción.

b. Pasadas las 72 horas Se llevará a cabo en el Cuerpo Médico Forense. Capacitación, Protocolo e informes. Los profesionales que realicen el examen deben estar específicamente capacitados y seguir las indicaciones establecidas en el Protocolo único de examen de víctimas de violencia sexual del CMF, del cual surgen aquellos aspectos fundamentales del examen. Este Protocolo es una herramienta que, más allá de su corrección metodológica científica, tiene por finalidad complementar los recursos disponibles con los que se inicia el proceso reparador de la experiencia traumática. Este objetivo es reclamado por el derecho que le asiste a la víctima a recibir un servicio de justicia oportuno, eficiente y eficaz. Los informes o peritajes donde se vierta la información recabada y las conclusiones deben ajustarse a las pautas detalladas en el Protocolo referido. Decisión sobre procedencia y necesidad del examen. La autoridad a cargo de la causa deberá decidir sobre la necesidad y procedencia de realizar un examen médico forense. Al solicitarlo es importante que especifique el tipo de examen requerido según

Protocolos interinstitucionales de abordaje de niños/as, adolescentes víctimas o testigos de abuso sexual y otros delitos el hecho presunto (lesiones genitales, para-genitales, extra-genitales, golpes, ataduras, ginecológico) y el

plazo dentro del cual éste precisa ser realizado, de acuerdo a protocolos estandarizados específicos. Espacio físico y trato prioritario. El espacio en el que se realice el examen debe asegurar absoluta privacidad al NNyA, sin posibilidad de que existan interrupciones y, en lo posible, con una decoración cálida y amigable. Asimismo, es recomendable que el caso del NNyA sea tratado como prioritario y, por lo tanto, se reduzca al mínimo posible el tiempo de espera hasta el examen. Equipamiento y materiales.

Se recomienda que cada centro de salud público autorizado cuente con una cámara fotográfica y/o de video-filmación para registrar lo observado, así como el equipamiento médico necesario para hacer un examen ginecológico y genital. Además, se recomienda que cuenten con materiales para asegurar el tratamiento y la conservación adecuada de las muestras biológicas obtenidas, según las indicaciones del Ministerio Público Fiscal o Poder Judicial. Medicación anti-conceptiva y retroviral. En los casos que se considere pertinente se debe proveer el Kit de ASI entregado por el Ministerio de Salud de la Pcia. (Resolución Ministerial Nº 2649/09 y 25673/03 "Ley de Salud Sexual y Procreación Responsable"; Establece la responsabilidad del Estado de asegurar el acceso a los métodos anticonceptivos, incluida la anticoncepción hormonal de emergencia). Leyes provinciales 6759 de adhesión a la Ley Nacional de SsyPR, y Ley 6915 de Protección Integral Ninos/as y adolescentes.

3. ENTREVISTA DE DECLARACIÓN TESTIMONIAL (EDT)

El testimonio del NNyA adquiere un valor fundamental como prueba en el proceso porque en la mayoría de los casos de ASI los hechos ocurren en la intimidad, no existen testigos y a veces son pocas -o difíciles de obtener- las pruebas que puedan confirmar lo sucedido. El objetivo de la entrevista es obtener información precisa, confiable y lo más completa posible sobre los hechos denunciados, cuidando en todo momento que el NNyA sufra el menor estrés posible. Por estos motivos, es fundamental que la entrevista sea realizada lo antes posible, en un ambiente adecuado y por profesionales especialmente capacitados. Así, se establece que el NNyA preste declaración testimonial, en lo posible, dentro de los siete (7) días siguientes a que el hecho fuera conocido por la Fiscalía de turno. Este plazo no podrá extenderse por más de diez (10) días, salvo imposibilidad material o informe del psicólogo a cargo de la entrevista preliminar que recomiende su postergación, la imposibilidad o

inconveniencia de llevarla a cabo por motivos fundados en la preservación de la salud del NNyA. La EDT se realizará conforme a los lineamientos que seguidamente se exponen.

1. Entrevista o encuentro preliminar con el NNyA

Previamente a la EDT, el profesional psicólogo a cargo efectuará una Entrevista o Encuentro preliminar tendiente a evaluar exclusivamente las aptitudes cognitivas y el estado emocional del NNyA y la posibilidad de que éste pueda declarar. En dicho encuentro o entrevista preliminar el profesional psicólogo procederá también a informarle en forma clara, sencilla, acorde con su edad y grado de madurez suficiente, (y a sus progenitores o responsables) sobre las características de la declaración testimonial. De esta forma, el psicólogo procurará disminuir la ansiedad o angustia que podría generarse. Este encuentro se realizará de manera previa al día de la declaración, o en su defecto, el mismo día de la declaración.

2. Ámbito físico y procedimiento para la recepción de la EDT

La EDT prevista en el art. 267 del CPP de Santiago del Estero se llevará a cabo mediante el uso de Cámara Gesell (CG), sistema de videograbación, circuito cerrado de televisión (CCTV) o cualquier otro sistema tecnológico. El uso de estos sistemas tienen el objetivo de que la entrevista realizada por el psicólogo/a pueda ser observada en simultáneo desde otra sala por las partes y se obtenga la videograbación que permita utilizar la entrevista a lo largo del proceso, evitando que se deba volver a interrogar al NNyA sobre lo sucedido. La EDT debe ser realizada en un espacio especialmente acondicionado para este fin que en lo posible, sea silencioso, con aislamiento de ruidos externos y sin posibilidad de interrupciones de ningún tipo. Se deben asegurar los elementos técnicos necesarios que permitan una videograbación con imagen y sonido de calidad adecuada, como así también con los recursos técnicos necesarios para la labor de los psicólogos intervinientes.

3. Decisión Fiscal. Notificación a las partes

La resolución del Funcionario Judicial que disponga la realización de la EDT se elevará al Gabinete de Psicología Forense, el cual fijará fecha y hora de rea-

lización de la EDT, conforme a las directivas de la Fiscalía. El Gabinete de Psicología Forense notificará de dicha fecha a los dos psicólogos que deberán intervenir conforme los mecanismos de funcionamiento interno (turnos) de los profesionales del plantel. También notificará a la Fiscalía solicitante, quien a su vez deberá notificar al Defensor/a de Menores actuante, persona imputada, Defensa Técnica de la persona imputada y a la querella en el caso de existir. Si la identidad del supuesto autor del hecho fuese aún desconocida o éste tuviera un domicilio desconocido se deberá notificar al Defensor/a Oficial quien suplirá este rol de Defensa Técnica. Se notificará de la realización de la entrevista al adulto/a responsable, bajo cuya guarda se encuentre el NNyA, en su domicilio o residencia actual por el medio más rápido disponible, a los fines de su concurrencia a la EDT junto al NNyA. En los casos urgentes, se notificará verbal y/o telefónicamente, dejándose constancia de ello en el expediente o en acta que se labre al respecto. La persona responsable de la Cámara Gesell o sistema de CCTV, deberá ocuparse de coordinar con los técnicos y psicólogos la agenda de entrevistas, a fin de tomar todas las previsiones operativas para el correcto desarrollo de éstas.

4. Encuentro previo de planificación

El mismo día de realización de la EDT, con, por lo menos, una hora de anticipación, se llevará a cabo en sede de Cámara Gesell o CCTV, un encuentro previo de planificación al que acudirán: psicólogo/as intervinientes, Defensor de menores, Defensa Técnica del imputado/a; Defensa Oficial en caso de autor identificado con domicilio desconocido o desconocimiento de la identidad del autor del hecho, querella.

En esa oportunidad, las partes aportarán un pliego de preguntas para elaborar el plan de la entrevista. Dicho encuentro previo de planificación tiene como fin el conocimiento y planteo de las preguntas que cada parte propondrá al psicólogo entrevistador para formular al NNyA. Se podrá elaborar un plan escrito de la entrevista que identifique temas y áreas de exploración, y que funcione como orientador para los profesionales a su cargo la EDT.

Las partes del proceso deben acompañar un pliego de preguntas de modo previo a la realización de lacámara Gesell, a fin de ordenar y planificar el proceso de entrevista de declaración testimonial. Dicho pliego debe presentarse hata una hora antes de la audiencia.

Si en el transcurso de la audiencia preliminar, el Fiscal o defensor interviniente no permite la formulación de ciertas preguntas o abordar ciertos temas a una parte para resguardar los derechos de la víctima y su intimidad, la oposición de la parte respectiva deberá ponerla a conocimiento al Juez de Instrucción. Las partes también pondrán a conocimiento del Juez de instrucción la denegación de preguntas que formule el fiscal o defensor interviniente por criterios de pertinencia y utilidad. Se hará conocer al Juez en forma sucinta la cuestión para que se resuelva de inmediato y la comunique a las partes. De todo esto deberá dejarse constancia en acta labrada a tal fin.

5. Presencia del imputado/a en la EDT

Se garantizará la intervención de la persona imputada en la EDT, en tiempo real bajo asistencia y comunicación con su Defensor/a técnico. Ello garantiza el ejercicio de su derecho de control de la prueba. Se garantizará la intervención de la persona imputada a la EDT con la notificación fehaciente, dejando constancia de ello en el acta.

Sin embargo, si una vez notificado el defensor no se hiciera presente, la entrevista se realizará de todas maneras y habrá perdido la oportunidad de intervenir en esa instancia. Se dispondrá, si fuere necesario o conveniente, un horario diferenciado de comparecencia ante la Fiscalía a fin de evitar cualquier tipo de encuentro con el NNyA (art. 8.2.f de la Convención Americana de los Derechos Humanos y art. 14.3.e del Pacto Internacional de Los Derechos Civiles y Políticos; arts. 31 y 75.22 de la Constitución Nacional, y art. 267, del CPPde Santiago del Estero).

EDT con sistema de CG

En los casos en que la EDT se desarrolle mediante el sistema de Cámara Gesell se deben tomar todos los recaudos necesarios para evitar que la víctima pueda tener algún contacto con la persona acusada. Esa situación podría evocar en el NNyA el momento traumático vivido, afectar su salud e intimidarlo a la hora de expresarse durante la EDT. En este sentido, el imputado sólo podrá ingresar a la sala de observaciones cuando el NNyA ya se encuentre en la sala de entrevistas, a fin de evitar el contacto visual entre ambos. Finalizada la EDT, el NNyA permanecerá en la sala contigua a aquella en la que se realiza, hasta que el imputado se retire del lugar. En todo momento, la persona acusada debe

seguir las pautas indicadas por el funcionario que esté a cargo del procedimiento. Por ejemplo, permanecer en absoluto silencio para evitar que el NNyA lo pueda reconocer y así se interfiera con el normal desarrollo de la entrevista.

Entrevista por medio de CCTV

Con el fin de evitar los inconvenientes referidos anteriormente y posibilitar que la persona acusada pueda presenciar la entrevista cuando ésta se está desarrollando, sin que haya posibilidades de tomar contacto con la víctima, se sugiere la utilización de sistemas de CCTV. Estos sistemas permiten observar la entrevista desde una sala no contigua a la sala donde el NNyA participa de la entrevista.

6. Información sobre la EDT al NNyA

Desde el abordaje inicial, realizado en la entrevista preliminar o encuentro preliminar, se deberá informar al NNyA, en lenguaje adecuado a su edad y desarrollo, el procedimiento que se seguirá, las características de la entrevista, sus objetivos y el tiempo aproximado que llevará.

7. Desarrollo de la EDT

El NNyA tiene, en todos los casos, derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta, aún en el supuesto en que quiera prestar declaración testimonial en presencia de un adulto que lo acompañe, según lo dispone el art. 12 de la CDN, art.75 inc. 22 de la Constitución Nacional, art. 27 de la Ley 26061; art.102 y 118 del CPP. En este último supuesto, deberá dejarse constancia en el acta y su valoración probatoria quedará para la etapa correspondiente. Se debe recordar que esta situación resulta excepcional y en principio debería evitarse, siempre que esto sea posible dado su estado emocional. La experiencia indica que lo recomendable es que el NNyA sea entrevistado por el psicólogo a solas. En los casos en los que sea recomendable y se acepte el acompañamiento por parte de un adulto durante la EDT, se tomará la previsión de, en lo posible, ubicar al adulto que acompaña al NNyA dentro de la sala de entrevista fuera del campo visual del niño/a, a fin de evitar el contacto visual entre ambos. Se debe tener en cuenta que esta situación sólo puede aceptarse bajo condiciones sumamente estrictas. El adulto debe mantener

una actitud neutral y comprometerse a no tener ninguna intervención que pudiera afectar el relato del NNyA. Por ejemplo, hacer comentarios, sonidos confirmatorios o de rechazo, gestos, incitaciones a hablar, entre otras.

El desarrollo de la EDT estará cargo de dos psicólogos, uno de ellos será quien entreviste directamente al NNyA y el otro realizará un monitoreo de la entrevista desde la sala de observación. Estos psicólogos (entrevistador y observador) pueden estar comunicados mediante un intercomunicador o comunicarse en un intervalo que haga el psicólogo entrevistador en el momento que considere oportuno y que le permita salir de la sala de entrevistas por unos instantes. Este sistema permite que el psicólogo observador pueda hacer un seguimiento de la entrevista, asegurando que no queden cuestiones por tratar en función de la planificación previa y se respeten las necesidades de la NNyA. También permite que el psicólogo observador pueda interactuar con la autoridad a cargo de la EDT (Fiscal o Juez) durante su desarrollo, aclarando dudas y corroborando que, en la medida de lo conveniente, sus pretensiones e interrogantes sean tenidas en cuenta. El Fiscal o Juez debe estar presente en el acto y dirigir el desarrollo de la audiencia preliminar y luego la EDT desde la sala de observación, labrándose acta con constancia de las partes que estuvieron presentes en la EDT. Las partes pueden canalizar nuevos interrogantes o cuestiones a tratar a través del Fiscal o Juez, quien debe decidir sobre su pertinencia y eventualmente comunicarlas al psicólogo observador. El psicólogo observador le transmite los nuevos interrogantes o cuestiones para que éste las transmita al psicólogo entrevistador en el momento que lo considere oportuno.

8. Obtención y Preservación de la videograbación de la EDT.

Custodia Chequeo del equipamiento. El operador técnico, previo al inicio de la EDT, deberá realizar un chequeo del equipamiento para determinar si funciona adecuadamente y que la calidad de la imagen y audio cumplan con los requisitos exigidos. Copia a DVD. Finalizada la grabación de la EDT, el operador técnico transferirá el archivo a soporte DVD y/o cualquier otro instrumento tecnológico apropiado a tal fin, en tres copias. Estas deberán estar correctamente identificadas, con felpa indeleble, con el número de causa, nombre del imputado/a y fecha de la EDT (aa,mm,dd).

Deberá entregar dos copias a las Fiscalía o Juzgado interviniente, una será enviada cuando la autoridad jurisdiccional lo requiera, y otra como primera copia de respaldo. Ambas deberán guardarse en Secretaría, en la caja fuerte

de la Fiscalía. La tercera copia queda en manos del técnico, como copia de respaldo, la que deberá ser resguardada en archivo creado a tal efecto bajo estrictas normas de seguridad. Prueba de calidad previa de las copias. Deberán probarse las copias obtenidas y luego, comprobada su calidad, se deberá eliminar la grabación guardada en la Cámara o PC, dependiendo de las características del equipo, para evitar el acceso a ese material de personas no autorizadas. Conservación. Los discos deberán preservarse con máximo cuidado, en estuche adecuado, colocados en un mueble seguro, con llave y cerradura en correcto funcionamiento. Condiciones de reserva de la copia de respaldo. La copia de respaldo debe ser guardada en un lugar de acceso restringido en sobre lacrado. Se utilizará únicamente para hacer una nueva copia en caso de que hubiere sufrido un daño irreparable la copia remitida oportunamente a la unidad judicial. Acceso a la videograbación en poder de la Fiscalía. Por pedido escrito y/o tribunal de las partes, se autorizará su exhibición sólo en el ámbito de la Fiscalía y/o Juzgado interviniente.

9. Disposiciones de actuación específicas para el profesional psicólogo entrevistador del NNyA

Encuentro preliminar

En principio esta entrevista previa estará a cargo del mismo psicólogo a cargo de entrevistar al NNyA. Esto tiene como objetivo aumentar la confianza o rapport, fundamentales para el adecuado desarrollo de la EDT. Esta entrevista podrá hacerse en una fecha distinta y previa a la EDT o el mismo día unos minutos antes. El psicólogo informará si el NNyA está en condiciones de participar de la EDT al Fiscal y a los Defensores intervinientes. Si el estado afectivo-emocional o cognitivo del niño, niña o adolescente no es el óptimo para proceder con la EDT, se informará a todos los actores dicha situación, constándose en acta correspondiente tales motivos.

Planificación de entrevista

El psicólogo a cargo de entrevistar al NNyA participará de la planificación de la entrevista que, como se dijo anteriormente, se realizará en forma conjunta con el Fiscal de Instrucción, el/la Defensor/a de Menores, el/la Defensor/a del imputado/a y con la Querella cuando hubiera.

Modelo de entrevista

Se recomienda que el psicólogo/a utilice el modelo de entrevista en etapas aceptado internacionalmente. Este modelo se fundamenta en la importancia de construir una situación de rapport o confianza y, una vez conseguida, en facilitar el recuerdo libre del NNnyA, con la menor cantidad de intervenciones posibles por parte del entrevistador. Este modelo sigue la siguiente secuencia: a) establecimiento del rapport; b) narración libre; c) clarificación; d) cierre. Para más información al respecto se recomienda la lectura de la Guía de Buenas Prácticas para el abordaje de niños/as, adolescentes víctimas o testigos de abuso sexual y otros delitos editada por Unicef Argentina y ADC.

Monitoreo del estado del NNyA durante la declaración

Si surgiera alguna dificultad para dar continuidad a la EDT, los psicólogos intervinientes (entrevistador y observador) estarán en condiciones de indicar y solicitar la suspensión de la medida, de lo que deberá dejar constancia debidamente fundada en acta.

10. Entrevista de Declaración Testimonial adicional

La entrevista de declaración testimonial será única salvo casos excepcionales debidamente fundados.

Para disponer de la realización de una EDT adicional, ésta debe ser debidamente justificada, y solicitada por escrito; contar con el informe favorable del profesional entrevistador a cargo, quien debe dictaminar sobre su conveniencia e impacto en la salud mental del NNyA. Eventualmente podrá evaluarse la pertinencia y utilidad de una entrevista adicional en los siguientes supuestos:

a. El NNyA indica a alguien que tiene información significativa, que no fue expuesta en la EDT realizada. b. Los psicólogos intervinientes consideren la conveniencia para el NNyA de continuar con la EDT en otro momento, o de realizarla en más de un encuentro (suele ser el caso de niños o niñas pequeños/as con quienes se requiere más tiempo de trabajo). c. Durante la EDT realizada, el NNyA involucra en un hecho de abuso sexual a una o varias personas que no están imputadas en el proceso. En este caso, el relato del NNyA no

debe ser interrumpido, sino que se debe permitir su continuidad aunque luego el nuevo imputado/a solicite la realización de una nueva entrevista para precisar o aclarar cuestiones no expresadas. Modalidad de la EDT adicional. Para el caso de que se autorice una EDT adicional se procederá sólo con pliego de preguntas debidamente presentado por la parte solicitante y previamente verificado por la Fiscalía o Juzgado interviniente, como también por los profesionales psicólogos. Estas EDT adicionales deben seguir los lineamientos establecidos para las EDT en general establecidos en el presente apartado 3 (Entrevista de Declaración Testimonial).

11. Realización de un Psicodiagnóstico

Si la Fiscalía o Juzgado lo considerara de utilidad, después de la EDT, ordenará la realización de un psicodiagnóstico para evaluar la salud psíquica del NNyA y la presencia de algún signo de trauma o victimización sexual. Se debe resaltar que esta medida de prueba es diferente e independiente de la EDT que tiene como objetivo obtener un relato del NNyA, lo más completo y confiable posible, sobre los hechos que habrían sucedido.

4. JUICIO ORAL

Durante el debate de juicio oral se exhibirá el DVD del testimonio del niño, niña o adolescente llevado a cabo en la Instrucción Penal Preparatoria (IPP) siempre que se haya garantizado la presencia de la defensa material y técnica del imputado.

La notificación fehaciente al imputado garantiza su derecho de defensa aunque el mismo no estuviese presente. En casos en que se haya declarado la exclusión probatoria o nulidad de la declaración testimonial del NNyA durante la etapa intermedia o juicio oral; o, aparezca una nueva información que éstos quisieran contar durante el juicio oral, con carácter excepcional, a los fines de garantizar el derecho del niño a ser oído, previo dictamen favorable del psicólogo forense, se llevará a cabo una nueva declaración testimonial del NNyA en Cámara Gesell.

El tribunal dirigirá el acto debiendo garantizar la presencia de las partes del proceso y, en especial, del Defensor del Niño. La declaración testimonial del

NNyA en esta etapa de juicio oral estará precedida por una reunión entre las partes y psicólogo forense, con la presencia del tribunal, a los fines de determinar el pliego interrogatorio al que será sometido el NNyA.

En el caso de que el NNyA haya adquirido la mayoría de edad el testimonio se realizará en la sala de audiencia pudiendo la víctima solicitar que el imputado sea retirado a una sala contigua donde escuchará el testimonio y podrá mantener contacto con su defensa técnica a los fines de ejercer el derecho de defensa. No se recomienda la realización de un careo entre el NNyA y el imputado o algún testigo debido a que afecta el interés superior del niño y la necesidad de protección integral. Sólo podrían realizarse careos entre NNyA, previo dictamen psicológico sobre la posibilidad de realizar esta medida sin efectar la salud del NnyA.

V.C. PLAN COORDINADO DE PROTECCIÓN Y ACOMPAÑAMIENTO DEL NNYA Y SU FAMILIA (ETAPA TRES)

La intervención y o articulación con el Organismo Administrativo de Niñez resulta importante a los fines de implementar medidas ordinarias de protección (atención médica, psicológica, social, educativa), evitando en la medida de lo posible la separación del NNyA de su familia. Esta necesaria articulación entre ambos actores del sistema puede darse en cualquier momento del proceso penal, de acuerdo a las circunstancias que rodeen la situación.

La Subsecretaria de Niñez Adolescencia y familia cuenta con Áreas de Intervención estratégica (Integridad Psicofísica y Área Coordinación del Interior), y con Centros Zonales en el interior provincial dependientes de la Dirección de Niñez a fin de diagramar un PLAN COORDINADO DE PROTECCIÓN Y ACOMPAÑAMIENTO del NNyA y su familia.

Este plan implica la elaboración de un dispositivo de trabajo articulado de implementación de medidas ordinarias de protección, consistente en asistencia y orientación psicosocial. También incluye asesoramiento jurídico gratuito y acompañamiento a la familia para lograr el ACCESO A LA JUSTICIA. Es así que se involucran Servicios de Salud, Servicios Sociales y Educativos y otros

actores cercanos al domicilio del NNyA y su familia integrantes del Sistema de Protección integral y corresponsables de la protección[13.] Vale recalcar que cualquier organismo de protección del sistema puede implementar tales medidas (hospitales, UPA, escuelas, etc.), y en el caso particular se debe ponderar la necesidad de intervención del Organismo de Niñez, según existan factores de riesgo en el contexto familiar y comunitario.

VI. MONITOREO Y REVISIÓN INTERNA DE LA IMPLEMENTACIÓN DEL PROTOCOLO Y SISTEMATIZACIÓN DE DATOS ESTADÍSTICOS

Es importante que exista un sistema de revisión y monitoreo que periódicamente revise la aplicación, el adecuado funcionamiento y los resultados de este Protocolo. Por ejemplo, es aconsejable que se realice un monitoreo en torno a los abordajes e intervenciones en función de una muestra de los expedientes judiciales iniciados durante el transcurso de un año.

A su vez, también se recomienda la realización de reuniones para la revisión interna de las EDT que las/os psicólogas/os realizan en el ámbito del Poder Judicial de la que participen jueces y otros actores relevantes. Este trabajo puede ser realizado por una comisión de trabajo interdisciplinario similar a la que produjo este Protocolo.

De esta forma se podrán identificar mediante encuentros periódicos y en función de la información obtenida mediante distintos mecanismos de monitoreo los posibles problemas y necesidades de realizar ajustes y mejoras. Por otra parte, desde el Poder Judicial se implementará un mecanismo que permita

13. ARTICULO 32 Ley 26061. El Sistema de Protección Integral de Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes está conformado por todos aquellos organismos, entidades y servicios que diseñan, planifican, coordinan, orientan, ejecutan y supervisan las políticas públicas, de gestión estatal o privadas, en el ámbito nacional, provincial y municipal, destinados a la promoción, prevención, asistencia, protección, resguardo y restablecimiento de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, y establece los medios a través de los cuales se asegura el efectivo goce de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional, la CDN, demás tratados de derechos humanos ratificados por el Estado argentino y el ordenamiento jurídico nacional. La Política de Protección Integral de Derechos de las niñas, niños y adolescentes debe ser implementada mediante una concertación articulada de acciones de la Nación, las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los Municipios. Para el logro de sus objetivos, el Sistema de Protección Integral de Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes debe contar con los siguientes medios: a) Políticas, planes y programas de protección de derechos; b) Organismos administrativos y judiciales de protección de derechos; c) Recursos económicos; d) Procedimientos; e) Medidas de protección de derechos; f) Medidas de protección excepcional de derechos.

registrar la cantidad de denuncias ingresadas por ASI y ciertas características de las víctimas.

También se implementará un Registro Único de Denuncias de Abuso Sexual Infantil que posibilite registrar el número de denuncias que se formulan a nivel provincial y el resultado del proceso penal. Esto permitirá obtener información que sirva para establecer distintas variables que posibiliten a los distintos Poderes del Estado generar políticas públicas, programas y acciones de prevención y protección. También permitirá la asignación de recursos humanos y materiales necesarios para atender esta problemática.

Anexo I

Cuerpo médico forense

Protocolo para la revisación médica de NNyA, víctimas de delitos contra la integridad sexual

Nº de Protocolo

A.- Registro Hospitalario

Hospital _____

Fecha ...../...../..... Hora .....:.....

Apellidos _____

Nombres _____

Edad _____ DNI Nº _____ Fecha de nacimiento _____ (dd/mm/aa)

Domicilio _____

Teléfono _____ Nacionalidad _____

Escolaridad _____ Obra Social _____

Grupo familiar conviviente _____

Nombre y apellido del acompañante, tutor, curador o apoyo

_____

Edad _____ DNI Nº _____ Vínculo _____

Domicilio _____

Teléfono _____

La demanda se genera:

- ☐ Demanda espontánea de la familia
- ☐ Familiar
- ☐ Derivación de la escuela
- ☐ Derivación de otro profesional
- ☐ Justicia: Fiscalía _____ Causa Nº _____
- ☐ Policial
- ☐ Otra

N° de Protocolo

B.- Examen de la víctima

I. Relato de los hechos denunciados:

Los profesionales encargados de la revisación médica deben tratar a los NNYA con tacto y sensibilidad, respeto y rigor **"tomando en consideración su situación personal, sus necesidades inmediatas, su edad, su sexo, impedimentos físicos y nivel de madurez y respetando plenamente su integridad física, mental y moral"**[14]. La injerencia en la vida privada de NNYA en el contexto de la entrevista clínica o forense deberá limitarse al mínimo necesario. A esos efectos es importante transcribir textualmente los dichos del NNYA vinculados al ofensor, circunstancias de tiempo, modo y lugar que surjan del **relato espontáneo del NNY**.

a) A cargo del menor (destacar sus palabras y sus dichos):

_____

_____

_____

_____

_____

_____

_____

_____

_____

_____

Victimario

Nombre y Apellido _____

Edad _____

- ☐ Desconocido
- ☐ Padre
- ☐ Padrastro
- ☐ Abuelo
- ☐ Vecino
- ☐ Amigo
- ☐ Maestro
- ☐ Hermano
- ☐ Hermanastro
- ☐ Cuñado
- ☐ No identificado
- ☐ Tío
- ☐ Primo
- ☐ Novio
- ☐ Otros

14. Resolución ECOSOC 2005/20 – Directrices sobre la Justicia en www.unicef.org

N° de Protocolo

b) A cargo del familiar o el acompañante (relato espontaneo)

Ha notado cambios en el:

a) Habito alimentario	☐ No	☐ Si
b) En el sueño (pesadillas, temores nocturnos, llanto nocturno, etc.)	☐ No	☐ Si
c) La conducta habitual (temores, irritabilidad, furia, tristeza, etc.)	☐ No	☐ Si
d) La conducta y el rendimiento escolar	☐ No	☐ Si

Ha observado la presencia de sangrado genital/anal, flujo, dolor abdomino-pelviano, irritación o prurito vulvar, enuresis, disuria, incontinencia de materia fecal o dolor rectal? ☐ No ☐ Si

Nº de Protocolo

Tiempo transcurrido

< de 72 hs del hecho **> de 72 hs del hecho**

LUEGO DE OCURRIDO EL HECHO:

¿Se higienizó? ☐ Sí ☐ No

En caso afirmativo, ¿de qué manera?

¿Quedaron ropas u otras prendas con manchas de sangre o semen? ☐ Sí ☐ No

En caso afirmativo, recolectar la vestimenta portable y detallarlas:

Esta pregunta se efectuará para el caso de tratarse de adolescentes

¿Mantuvo relaciones sexuales dentro de las 72 hs posteriores al hecho? ☐ Sí ☐ No

Comentarios

Nº de Protocolo

Antecedentes personales

Clínicos quirúrgicos

_____

_____

_____

_____

_____

_____

Ginecológicos

Menarca | Ritmo menstrual | FUM

Medicación habitual

☐ Si ☐ No

¿Cuál? _____

Status HIV

☐ Desconocido ☐ No sabe ☐ Negativo ☐ Positivo

Tratamiento antirretroviral ☐ No ☐ No sabe ☐ Si

Medicación _____

Otros factores de riesgo: (NBI, ausencia de factores de protección, carencia afectiva, crecimiento en un entorno de relaciones violentas, condiciones de aislamiento, carencia de redes familiares y sociales de apoyo, ausencia prolongada de los padres, insuficientes ingresos económicos y condiciones laborales precarias e inestables, falta de escolarización, falta de vivienda o vivienda que no reúne condiciones adecuadas, consumo problemático de sustancias, ETS entre otros)

_____

_____

_____

Consentimiento informado

Yo .....

.....

D.N.I.: ..... en uso pleno de mis facultades mentales, con discernimiento, intención y libertad manifiesto haber comprendido y entendido en su totalidad todo aquello previamente explicado en relación a lo consultado, por lo que autorizo al/los Doctor/es

.....

.....

a efectuar el examen físico general y en particular en la región genital y paragenital, y que además, se me informa que de hallar lesiones estas podrán ser descriptas y documentadas por medio de fotografías.

Consiento también que, se tomen las muestras de diferentes secreciones para su cultivo, análisis de laboratorio para diagnóstico y tratamiento.

Comprendo que, si la autoridad judicial lo requiere y/o ante mi propia solicitud se entregarán las copias certificadas del presente informe.

Firma del paciente, acompañante, tutor, curador responsable	Firma del profesional actuante
D.N.I.	M.N./M.P.

N° de Protocolo

Examen físico

Edad: Peso: Talla: TA: FC: FR:

Estado general

Cabeza y Cuello: _____

Tórax: _____

Ap. Cardiovascular: _____

Ap. Respiratorio: _____

Abdomen: _____

Sistema Nervioso: _____

Extremidades: _____

Comentarios:

_____

_____

Firma y sello

Reacción emocional general

- ☐ Sudor
- ☐ Mutismo
- ☐ Oposicionismo
- ☐ Irritabilidad
- ☐ Taquicardia / palpitaciones
- ☐ Dolor precordial
- ☐ Llanto / Crisis de angustia
- ☐ Rubor facial
- ☐ Excitación psicomotriz
- ☐ Indiferencia / Pasividad
- ☐ Síntomas tóxicos
- ☐ Temor
- ☐ Nauseas
- ☐ Tenesmo recta/vesical

Cualquier otro dato de interés:

_____

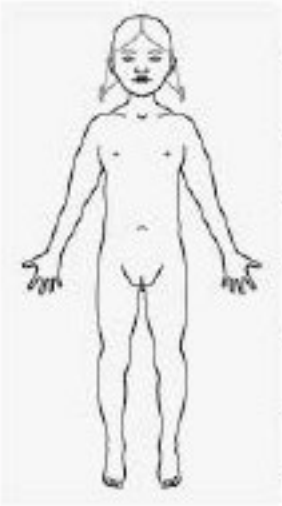
_____

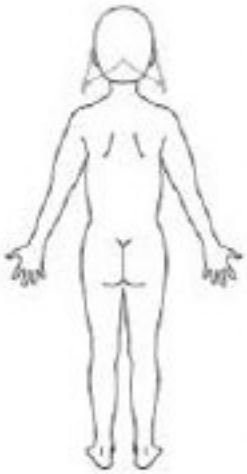
Firma y sello

N° de Protocolo

Registro de lesiones (dibujar y describir)

☐ Sin lesiones corporales ☐ Con lesiones corporales





N° de Protocolo

Registro de lesiones (dibujar y describir)

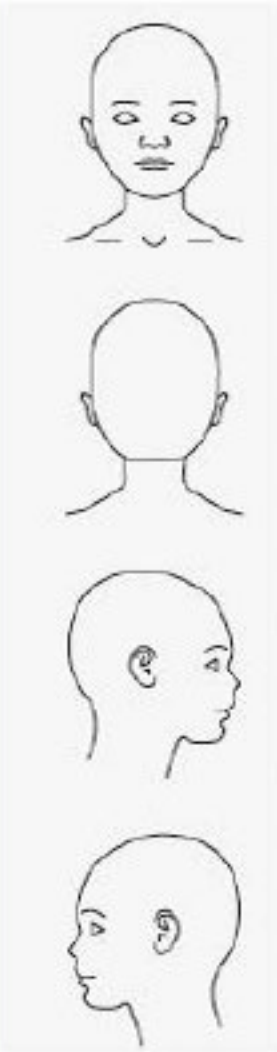
☐ Sin lesiones corporales ☐ Con lesiones corporales

Provincia de Santiago del Estero

N° de Protocolo

Registro de lesiones (dibujar y describir)

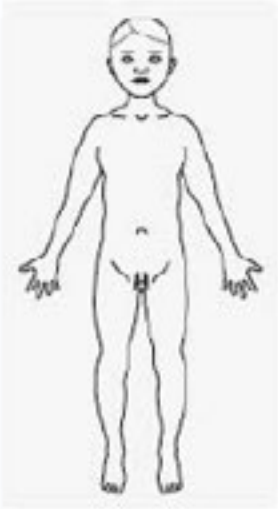
☐ Sin lesiones corporales ☐ Con lesiones corporales

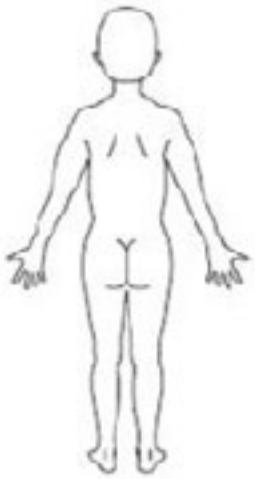


N° de Protocolo

Registro de lesiones (dibujar y describir)

☐ Sin lesiones corporales ☐ Con lesiones corporales





Provincia de Santiago del Estero

N° de Protocolo

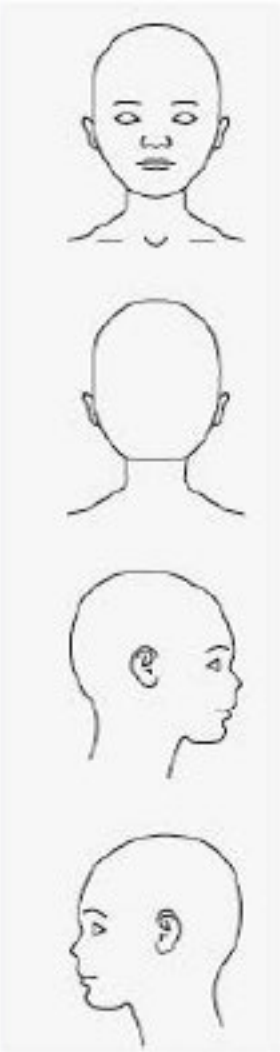
Registro de lesiones (dibujar y describir)

☐ Sin lesiones corporales ☐ Con lesiones corporales

N° de Protocolo

Registro de lesiones (dibujar y describir)

☐ Sin lesiones corporales ☐ Con lesiones corporales

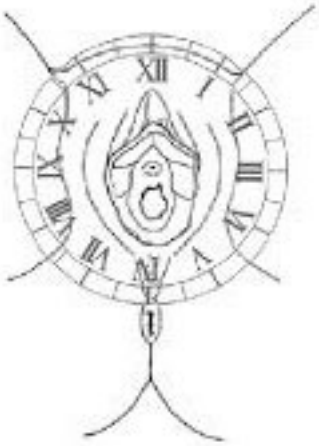


N° de Protocolo

Examen genitales femeninos

☐ Visualización directa	☐ Lupa de mano	☐ Colposcopio
Posición para el examen:	☐ Supina	☐ Genupectoral
Labios Mayores:	☐ Sin lesión	☐ Con lesión
Labios Menores:	☐ Sin lesión	☐ Con lesión
Tejido periuretral:	☐ Sin lesión	☐ Con lesión
Meato uretral:	☐ Sin lesión	☐ Con lesión
Maniobra:	☐ Separación lateral	☐ Tracción
Himen:	☐ Anular	☐ Circular Otro:
	☐ Fino	☐ Engrosado
Diámetro orificio himeneal:	☐ Agrandado para la edad	☐ Adecuado a la edad
Borde himeneal:	☐ Regular	☐ Irregular
Atenuación del borde:	☐ Si ☐ No	☐ Localización: Hs. Hs. Hs.
Desgarro o disrupción:	☐ Si ☐ No	☐ Completo ☐ Incompleto
Localización:	Hs. Hs.	☐ Reciente ☐ Antiguo
Horquilla:	☐ Sin lesión	☐ Con lesión
Vagina:	☐ Sin lesión	☐ Con lesión

Comentarios:



N° de Protocolo

Examen genitales masculinos

Pene:	☐ Sin lesión	☐ Con lesión
Meato uretal:	☐ Normal	☐ Anormal
Escroto:	☐ Sin lesión	☐ Con lesión
Testículo:	☐ Normal	☐ Anormal

Comentarios:

Examen anal

Piel perianal:	☐ Sin lesión	☐ Con lesión	
Pliegues anales:	☐ Sin lesión	☐ Con lesión	
Tono del esfínter:	☐ Normal	☐ Aumentado	☐ Disminuido
Espasmo anal:	☐ Si	☐ No	
Dilatación anal:	☐ Si (cm)	☐ No	
Materia fecal en la ampolla:	☐ Si	☐ No	
Fisuras:	☐ Si	☐ No	
Desgarros:	☐ Si	☐ No	Localización:
Hemoroides, plicas o apéndices:	☐ Si	☐ No	Localización:
Equimosis:	☐ Si	☐ No	Localización:
Escoriaciones:	☐ Si	☐ No	Localización:
Método de examen del tono anal:	☐ Observación	☐ Examen digital	
Posición del examen:	☐ Supina	☐ Genupectoral Lateral	

Comentarios:

Nº de Protocolo

Sumario de lesiones

Extragenitales:	☐ Si	☐ No		
Paragenitales:	☐ Si	☐ No		
Lesión genital:	☐ Si	☐ No	☐ aguda o reciente	☐ antigua
Lesión himenal:	☐ Si	☐ No	☐ aguda o reciente	☐ antigua
Lesión:	☐ Si	☐ No	☐ aguda o reciente	☐ antigua
Lesión anal:	☐ Si	☐ No	☐ aguda o reciente	☐ antigua

Otras:

N° de Protocolo

Laboratorio

1- Toma de hisopados para búsqueda de semen: ☐ Si ☐ No

Sitio de la toma: Vestíbulo ☐ Vagina ☐ Ano ☐ Boca ☐ Otro:

2- Investigación de ETS en sede asistencial: ☐ Si ☐ No

Toma de hisopados para ETS: ☐ Vaginal ☐ Anal ☐ Otros:

Neisseria Gonorrhoeae: ☐ Si ☐ No

Chlamydia Trachomatis: ☐ Si ☐ No

Tricomonas vaginalis: ☐ Si ☐ No

3- Test de embarazo en sede asistencial: ☐ Si ☐ No

4- Prendas con manchas: ☐ Si ☐ No

Cuáles:

5- Extracción de sangre para:

☐ Hepatitis A	☐ Hepatitis C – anti HVC (ELISA)	☐ Hepatograma
☐ Hepatitis B	☐ HIV – ELISA	☐ Uremia
☐ HBs Ag	☐ Sífilis– VDRL cuantificada	☐ Creatininemia
☐ Anti core	☐ Hemograma	☐ Test de Embarazo (Subunidad b HCG)
☐ Anti HBs	☐ Grupo sanguíneo	☐ Vacuna Hepatitis B

Otros:

Serología del Agresor: ☐ HA ☐ HB ☐ HC ☐ HIV

Fotografías: ☐ Si ☐ No

Examinado por:

Fecha y hora del examen: / / -

Firma y sello (profesional asistencial) Firma y sello (cadena de custodia)

Recolección vestimenta peritable

Se recomienda que la recolección de las ropas se realice con guantes de látex descartables, colocándose éstas dentro de un sobre de papel, o entre dos cartones u hojas de diario, debiendo estar aireada y seca. Luego el sobre se lacre y/o se firme y selle por el/los médico/s actuante/s, un testigo hábil, un familiar/tutor, etc. Y se identificará al personal de la Policía que lo retire mediante los datos filiatorios, dependencia la que pertenece y el N° de Legajo o Placa Identificadora.

Descripción de vestimenta colectada y forma de la obtención:

Firma del Médico	Firma del Testigo
D.N.I	D.N.I
Firma del Familiar	Firma del Oficial de Policía
D.N.I	D.N.I

d) Si se encontrara Pelo. Recomendación: debe recolectarlo y envolverlo en papel, lacrado o sellado. Firmado por médico/s, 1 testigo hábil, 1 familiar y Oficial de policía que retira. (identificado con el N° de Legajo o placa)

Descripción del tipo de pelo y lugar de obtención:

Firma del Médico Firma del Testigo

Firma del Médico	Firma del Testigo
D.N.I	D.N.I.
Firma del Familiar	Firma del Oficial de Policía
D.N.I	D.N.I.

Historia Clínica N°

Planilla de cadena de custodia

Apellido y Nombre: _____

D.N.I.: _____

Datos y descripción de la muestra

1 Descripción de la Muestras:

2 Modo de Conservación: 0° a 4° C ☐ Freezer ☐ Lugar frío y seco ☐ Otro: ☐

3. Zona o Región de Toma e Identidad de la Muestra:

4 Perito que intervino (primer Eslabón de la Cadena de Custodia):

Datos Personales: _____

Legajo N°: _____

Firma _____ Aclaración _____

5 Fecha de la recolección: ..../..../20.... Hora de la recolección: ..... : .....

6 Lugar donde se efectuó la recolección:

7. Observaciones:

Responsables en la cadena de custodia

Firma	Datos personales	Dependencia	Fecha	Hora	Observaciones

N° de Protocolo

Impresión diagnóstica del profesional asistencial

Firma y sello

Impresión diagnóstica del profesional asistencial

Se realizó toma de muestras: ☐ Si ☐ No

Detalle de las muestras biológicas remitidas al Laboratorio

Detalle de las prendas con manchas remitidas al Laboratorio

Firma y sello

Nº de Protocolo

Tratamiento y seguimiento

Tratamiento

Procedimientos Médicos y Tratamiento: ☐ Si ☐ No

Atención de las lesiones:

Anticoncepción de emergencia antes de las 72 hs:

Suero y Vacuna antitetánica:
(Si no tiene vacunación actualizada, según normas)

Vacuna anti-HB:
(Si no tiene vacunación actualizada, según normas)

Tratamiento ETS
Ceftriaxona 250 mg IM o Ciprofloxacina 500mg VO +Azitromicina 1 gr VO + Metronidazol 2 gr VO

Tratamiento Antiretroviral
AZT 600 + 3TC 300/día. Presentación Comp. 300/150 mg. Indicar 1 Comp. cada 12 hs
o Tenofovir 300 mg/día.-
+ Emtricitabina 200mg/día. Presentación Comp. 300/200.-
Indicar 1 Comp./día + Lopinavir 800/ Ritonavir 200/día. Presentación 200/100 mg. Indicar 2 tabletas cada 12 hs.-

Alternativas:

- Atazanavir 400 mg. Indicar 2 caps. de 200 cada 24 hs.-
- Efavirenz 600 mg/día. Frente a intolerancia a IP, NO embarazadas.-
- Nelfinavir 2500 mg/día. Indicar 5 Comp. de 250 mg cada 12 hs.-

Iniciar tratamiento dentro de las 2 horas de la exposición o hasta 72 hs.-
Duración de la profilaxis: 4 semanas.-

N° de Protocolo

Interconsultas

Intervención psicológica

Intervención trabajadora social

Otras interconsultas

N° de Protocolo

Seguimiento

Vacunación HBV — 1° dosis — 2° dosis — 3° dosis

Fecha: dd/mm/aa — dd/mm/aa — dd/mm/aa

Comentarios:

Tratamiento antirretroviral

Inició tratamiento antirretroviral: ☐ Si ☐ No

Motivo por el que no lo inicia: ☐ Negativa a recibirla ☐ Falta de oportunidad ☐ Fuente Negativa ☐ Sin riesgo

Completó 4ª semana de tratamiento: ☐ Si ☐ No

Motivo de la suspensión: ☐ Fuente Negativa ☐ Efectos adversos ☐ Abandono

Registrar Efectos Adversos:

Controles Serológicos:

Fecha de realización: 6 semanas dd/mm/aa — 3 meses dd/mm/aa — 6 meses dd/mm/aa

VDRL:

HBs Ag:

Anti core:

Anti HBs:

HCV:

HIV (ELISA):

Fecha que trae resultados:

dd/mm/aa — dd/mm/aa — dd/mm/aa

N° de Protocolo

Consentimiento informado

En la presente consulta médica se me han propuesto los siguientes tratamientos y análisis

1.- Tratamiento adecuado de las lesiones que presento.-

2.- Anticoncepción de emergencia.-

3.- Extracción de muestra de sangre para diagnóstico de hepatitis B, hepatitis C, HIV, sífilis, hemograma, hepatograma.-

4.- Toma de muestra para cultivos de flujo.-

5.- Triple esquema antibiótico.-

6.- Tratamiento antirretroviral.-

7.- Aplicación en caso de ser necesario de suero y vacuna antitetánica y vacuna antihepatitis B.-

Se me ha explicado y he comprendido los efectos adversos más frecuentes de los fármacos por recibir y los riesgos y beneficios de los tratamientos a implementar.-

Acepto y doy mi consentimiento para la aplicación del citado protocolo

a) En todos sus ítem.-

b) Solamente para lo señalado en los ítem.-

☐ 1 ☐ 2 ☐ 3 ☐ 4 ☐ 5 ☐ 6 ☐ 7

c) No acepto

.....

Firma

Nombre/s y Apellido/s: _____

DNI N°: _____

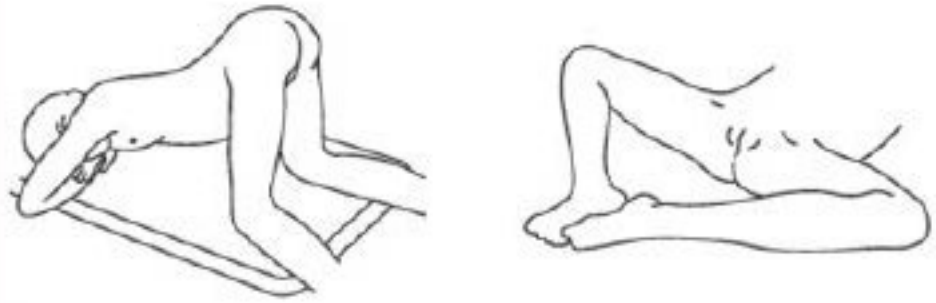
Fecha dd/mm/aa - hh:mm

Protocolo único de examen

Glosario

I).- POSICIONES DE EXAMEN:

Supina y genupectoral



Recomendación:

En las niñas, la posición genupectoral facilita la visualización del borde posterior del himen que, de este modo, cae y se despliega.-

Se recomienda comenzar el examen con la posición supina y continuar con la genupectoral.- Esta última posición permite el examen de himen y ano.-

II).- TÉCNICA DE EXAMEN:

Examen genital:

1).- Maniobra de separación supina:
Separar los labios mayores con la punta de los dedos en sentido lateral y hacia abajo hasta que el introito quede expuesto.-

2).- Maniobra de tracción supina:
Traccionar con suavidad y firmeza el extremo inferior de los labios mayores hacia fuera y ligeramente hacia abajo (maniobra de las riendas).-

3).- Indicar a la persona examinada que realice la acción de pujar para que el orificio se dilate y la membrana himenal se despliegue.-

4).- No está indicado el examen digital (tacto vaginal) salvo circunstancias excepcionales validadas por el examinador.-

Examen anal

1).- Puede realizarse en posición supina, lateral (ambas rodillas flexionadas en contacto con el tórax) y genupectoral.-

2).- Realizar separación suave en sentido lateral con las palmas de ambas manos sobre los glúteos.-

3).- Realizar presión y separación suave del margen anal con ambos pulgares.

4).- No está indicado el examen digital (tacto anal) salvo circunstancias excepcionales validadas por el examinador.-

Protocolo único de examen

Glosario

III.- BREVE DESCRIPCIÓN ANATÓMICA:

1) - Labios mayores:

Pliegues cutáneos externos que cubren el tejido adiposo subyacente y proporcionan la "arquitectura de la vulva". Se unen con los muslos lateralmente y con los labios menores en su cara medial. En su parte anterior se fusionan formando el Monte de Venus y en su cara posterior se aplanan y fusionan con el perineo.-

2) - Labios menores:

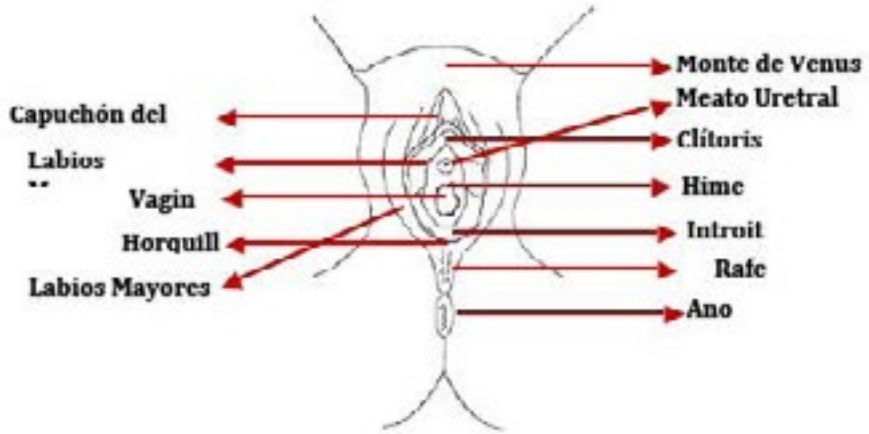
Pliegues cutáneos delgados internos que en su parte anterior se dividen y forman el prepucio y el frenillo del clítoris, y en su parte posterior se aplanan y fusionan con los labios mayores y el perineo.-

3) - Vestíbulo:

Zona que descansa entre los labios menores y se extiende, en sentido anterior hasta el Clítoris, y en sentido posterior hasta el perineo. Es el receptáculo de los orificios vaginal y uretral en la línea media y de los conductos de varias glándulas que están muy cerca de la uretra y la vagina.-

4) - Horquilla o comisura posterior:

Parte posterior del vestíbulo, que lo limita y constituye la fusión de los labios menores desvanecidos.-



Glosario

IV).- LESIONES QUE PUEDEN OBSERVARSE EN CUALQUIER ZONA CORPORAL

1) - Equimosis (hematoma):

Contusión superficial, con piel indemne -

Es importante describir su coloración (morada, negruzco, azul, verdosa, amarilla, etc), forma, tamaño y localización -

2) - Excoriaciones (raspaduras):

Contusión superficial, por roce o fricción, con levantamiento de la piel -

Es importante describir la ausencia o presencia de costra, forma, tamaño y localización.-

3) - Herida contusa:

Solución de continuidad de la piel y tejidos subyacentes producida por la violencia ejercida -

4) - Otras:

Punzantes, punzo cortantes, mordeduras, etc -

Es importante describir la forma, tamaño y localización -

V).- LESIONES TRAUMÁTICAS QUE PUEDEN OBSERVARSE EN LA ZONA GENITAL

Se pueden observar todas las lesiones mencionadas (equimosis, excoriaciones, mordeduras, etc) -

Además:

1) - Desgarros del himen (disrupción o laceración):

Se clasifican en:

» Completos: Interesan todo el himen, desde el borde libre hasta la base -

» Incompletos: Interesan parcialmente el borde, sin llegar a la base -

» Únicos o múltiples.-

» Borde irregular.-

» Ángulo agudo -

» Localización: Según el cuadrante horario -

» Recientes: No alcanzan la etapa de cicatrización completa. Muestran presencia de sangrado activo, coágulos en el borde, tumefacción de los bordes, etc -

» Antiguos: Cicatrizados.

2) - Otros signos físicos (abuso sexual crónico):

» Atenuación del himen (hora 6).-

» Aumento de los diámetros del orificio himeneal (transversal o antero-posterior) -

» Laxitud anal y borramiento de sus pliegues -

» Dilatación anal de diámetro mayor a 1,5 cm., sin materia fecal en la ampolla rectal.-

Anexo II

Resolución Ministerial N° 2649/09.

Ministerio de Salud y Desarrollo Social
SANTIAGO DEL ESTERO

RESOLUCIÓN N° 2.649.-

SANTIAGO DEL ESTERO, 22 de SEPTIEMBRE de 2009.

Visto: El Convenio Marco suscripto entre este Ministerio de Salud y Desarrollo Social y la Subsecretaría de Derechos Humanos dependiente del Ministerio de Justicia, Trabajo y Derechos Humanos.

CONSIDERANDO: Que en virtud del mismo, las áreas involucradas se comprometen a implementar tareas de Articulación recíproca con el objetivo de brindar tratamiento específico a la problemática planteada por el incremento de denuncias de mujeres víctimas de violencia sexual que recurren a los distintos servicios de salud y a la Subsecretaría de Derechos Humanos en busca de la atención y contención que se les desconocieran en otros ámbitos.

Que a pesar del sensible incremento estadístico de casos, la temática carece a la fecha de reglamentación que facilite realizar tareas de capacitación a los efectores de salud en lo que al tema de violencia sexual se refiere.

Que dentro de la estructura orgánico funcional del Ministerio de Salud y Desarrollo Social se encuentra el programa provincial de VIH, entre cuya finalidad se plantea la implementación de estrategias de prevención y profilaxis de las mujeres víctimas de violencia sexual.

Que, por ello, se hace necesaria la implementación de un Protocolo Único de Atención Integral para víctimas de violencia sexual en cualquiera de sus manifestaciones, que brinde pautas globales para el abordaje de tal problemática en los efectores Públicos de la Provincia;

Que es política integral en materia de salud pública establecer pautas que garanticen la asistencia integral y oportuna de las mujeres que padecen violencia, asegurando el acceso rápido, gratuito, transparente y eficaz a servicios creados a tal fin, en un todo conforme con expresos Dispositivos de la Constitución de la Provincia.-.

Que la ley 26.061 de Protección Integral de Niños, Niños y Adolescentes, además de sancionar la violencia sexual contra la mujer, garantiza a la misma el derecho a la salud, a la integridad física y psicológica, el respeto por su dignidad y un trato respetuoso, evitando toda conducta, acto u omisión que produzca re victimización.

Por ello, y en uso de las facultades que le son propias,

EL MINISTRO DE SALUD Y DESARROLLO SOCIAL DE LA PROVINCIA DE SANTIAGO DEL ESTERO
RESUELVE:

Art. 1°.- APRUEBASE, el Protocolo de ATENCION A VICTIMAS DE VIOLENCIA SEXUAL que como Anexo I forma parte integrante de la presente, cuya aplicación será obligatoria en todos los efectores de Salud radicados en la Provincia de Santiago del Estero, tanto del sector público como privado.

Art.-2°.- ESTABLÉCESE con carácter obligatorio la utilización de la Ficha, Marco Legal y Flujograma correspondientes que como Anexo II forman parte del presente y que deberán anexarse a la Historia Clínica de la paciente "Víctimas de Violencia Sexual", tanto por los efectores públicos como privados.

Ministerio de Salud y Desarrollo Social
SANTIAGO DEL ESTERO

Art.3°.- DETERMINASE que en una primera etapa contarán con kit de Profilaxis los siguientes Centros Asistenciales: *Hospital Regional Dr. "Ramón Carrillo"; CEPSI; Maternidad "Faustino Herrera"; Hospital Independencia; Hospital Zonal de Frías; Hospital distrital de Monte Quemado ; Hospital Zonal de Añatuya; Hospital Zonal de Ojo de Agua; Hospital Zonal de Pinto y Hospital Zonal de Termas de Río Hondo.* .-

Art. 4°.-Publíquese en el Boletín Oficial de la Provincia de Santiago del Estero.

ART. 5-Comuníquese a la Subsecretaría de Salud, Dirección de APS, Dirección del Interior , Dirección de Atención Médica, Programa Materno Infantil, USM. Y DEASE. para su posterior circularización a los efectores de salud.

Grupo de Trabajo

Poder Judicial

Dr. Juan Carlos Stomiolo
Vocal de la Cámara de Juicio Oral en lo Penal.

Dra. Graciela del Valle Neirot de Jama
Vocal de la Cámara Civil y Comercial de 2da. Nominación y Directora de Centro Único de Capacitación para magistrados, funcionarios y empleados del Poder Judicial "Dr. José Benjamín Gorostiaga".

Dra. Josefina Maria Filippi
Coordinadora Ejecutiva del Centro Único de Capacitación para magistrados, funcionarios y empleados del Poder Judicial "Dr. José Benjamín Gorostiaga.

Dra. Natalia Susana Taboada
Juez de Familia, Jurisdicción Banda.

Dra. Cecilia Laportilla
Coordinadora de la Oficina de Protección a las Víctimas de Violencia Familiar y de la Mujer.

Dr. Dario Alejandro Alarcón
Juez de Transición Nro 2, Jurisdicción Capital.

Dr. Julio Enrique Roldan
Jefe del Cuerpo Médico Forense.

Lic. Hugo Ortiz
Ex Jefe del Gabinete Psicológico – Psicopedagógico del cuerpo médico Forense (periodo 2008-2014).

Lic. Fernando Castro
Jefe del Gabinete Psicológico – Psicopedagógico del cuerpo médico Forense (periodo 2015 hasta la fecha).

Ministerio Público Fiscal

Dra. Erika Leguizamón
Fiscal de Crimen de II Nominación. Circunscripción Capital.

Ministerio Público de la Defensa

Dra. Elba del Valle Mendoza
Defensora en lo Penal de 1ra. Nominación.

Poder Ejecutivo

Dr. Felix Demasi
Ex Subsecretario de la Niñez, Adolescencia y Familia (Periodo 2010-2016).

Dra. Maria Eugenia Ávila
Directora, Dirección de Niñez, Adolescencia y Familia.

Dr. Leandro Gamba
Director Médico de Cepsi. Ministerio de Salud de Santiago del Estero.

Dr. Hugo Arturo Feraud
Asesor y Coordinador de la Unidad del Sr. Ministro de Salud.

Dr. Pedro Roberto Carrizo
Director del Programa Materno Infanto-Juvenil. Ministerio de Salud.

Dra. Teresita Lucia Santillán
Directora de Atención Primaria de la Salud. Ministerio de Salud.

Lic. Evelia Lazzarone
Subsecretaria. Ministerio de Educación.

Of. Inspector Graciela Dorado
Comisaría del Menor y la Mujer.

Observación General Nº 12 (2009) del Comité de Naciones Unidas para los Derechos del Niño. El derecho del niño a ser escuchado

12

NACIONES UNIDAS **CRC**

Convención sobre los Derechos del Niño

Distr. GENERAL / CRC/C/GC/12 / 20 de julio de 2009

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

51º período de sesiones

Ginebra, 25 de mayo a 12 de junio de 2009

OBSERVACIÓN GENERAL Nº 12 (2009)

El derecho del niño a ser escuchado

EL DERECHO DEL NIÑO A SER ESCUCHADO

El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño estipula lo siguiente:

"1. Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional."

I. INTRODUCCIÓN

1. El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño ("la Convención") es una disposición sin precedentes en un tratado de derechos humanos; apunta a la condición jurídica y social del niño, que, por un lado, carece de la plena autonomía del adulto pero, por el otro, es sujeto de derechos. En el párrafo 1 se garantiza a todo niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. El párrafo 2 afirma, en particular, que debe otorgarse al niño el derecho a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte.

2. El derecho de todos los niños a ser escuchados y tomados en serio constituye uno de los valores fundamentales de la Convención. El Comité de los Derechos del Niño ("el Comité") ha señalado el artículo 12 como uno de los cuatro principios generales de la Convención, junto con el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida y el desarrollo y la consideración primordial del interés superior del niño, lo que pone de relieve que este artículo no solo establece un derecho en sí mismo, sino que también debe tenerse en cuenta para interpretar y hacer respetar todos los demás derechos.

3. Desde que se aprobó la Convención en 1989, se ha logrado progresar notablemente a nivel local, nacional, regional y mundial en la elaboración de leyes, políticas y metodologías destinadas a promover la aplicación del artículo 12. En los últimos años se ha ido extendiendo una práctica que se ha conceptualizado en sentido amplio como "participación", aunque este término no aparece propiamente en el texto del artículo 12. Este término ha evolucionado y actualmente se utiliza por lo general para describir procesos permanentes, como intercambios de información y diálogos entre niños y adultos sobre la base del respeto mutuo, en que los niños puedan aprender la manera en que sus opiniones y las de los adultos se tienen en cuenta y determinan el resultado de esos procesos.

4. Los Estados partes reafirmaron su compromiso respecto del cumplimiento del artículo 12 en el vigésimo séptimo período extraordinario de sesiones de la Asamblea General, celebrado en 2002[1]. Sin embargo, el Comité observa que, en la mayoría de las sociedades del mundo, la observancia del derecho del niño a expresar su opinión sobre la amplia gama de cuestiones que lo afectan y a que esa opinión se tenga debidamente en cuenta sigue viéndose obstaculizada por muchas prácticas y actitudes inveteradas y por barreras políticas y económicas. Si bien muchos niños experimentan dificultades, el Comité reconoce especialmente que determinados grupos de niños, sobre todo los niños y niñas más pequeños, así como los niños que pertenecen a grupos marginados y desfavorecidos, enfrentan obstáculos particulares en la realización de ese derecho. El Comité también sigue estando preocupado sobre la calidad de muchas de las prácticas que sí se están realizando. Es necesario comprender mejor lo que implica el artículo 12 y cómo se puede aplicar plenamente para todos los niños.

5. En 2006 el Comité celebró un día de debate general sobre el derecho el niño a ser escuchado para estudiar el significado y la importancia del artículo 12, su vinculación con otros artículos y las lagunas, buenas prácticas y cuestiones prioritarias que debían abordarse para fomentar el disfrute de ese derecho[2]. La presente observación general es resultado del intercambio de

1 Resolución S-27/2, "Un mundo apropiado para los niños", aprobada por la Asamblea General en 2002.

2 Véanse las recomendaciones del día de debate general de 2006 sobre el derecho del niño a ser escuchado, que pueden consultarse en: http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/discussion/Final_Recommendations_after_DGD.doc

información que tuvo lugar ese día con participación de niños, la experiencia acumulada del Comité en el examen de los informes de los Estados partes y el considerable volumen de conocimientos y experiencia sobre la puesta en práctica del derecho consagrado en el artículo 12 por parte de gobiernos, organizaciones no gubernamentales (ONG), organizaciones comunitarias, organismos de desarrollo y los propios niños.

6. En la presente observación general se expondrá en primer lugar un análisis jurídico de los dos párrafos del artículo 12 y a continuación se explicarán las condiciones imprescindibles para que se haga realidad plenamente este derecho, en particular en los procedimientos judiciales y administrativos (sec. A). En la sección B se estudiará la vinculación del artículo 12 con los otros tres principios generales de la Convención, así como su relación con otros artículos.

Las condiciones y los efectos del derecho del niño a ser escuchado en diferentes situaciones y ámbitos se examinan en la sección C. En la sección D se resumen las condiciones básicas para la observancia de este derecho, y en la sección E figuran las conclusiones.

7. El Comité recomienda que los Estados partes difundan ampliamente la presente observación general en las estructuras gubernamentales y administrativas y entre los niños y la sociedad civil. Para ello habrá que traducirla a los idiomas pertinentes, ofrecer versiones adaptadas a los niños, celebrar talleres y seminarios para estudiar sus consecuencias y el modo en que puede aplicarse con más eficacia e incorporarla a la formación de todos los profesionales que trabajen para los niños y con niños.

II. OBJETIVOS

8. El objetivo principal de la observación general es apoyar a los Estados partes en la aplicación efectiva del artículo 12. En virtud de ese propósito pretende:

- Aumentar la comprensión del significado del artículo 12 y sus consecuencias para los gobiernos, las partes interesadas, las ONG y la sociedad en general;

- Abundar en el alcance de las leyes, las políticas y las prácticas necesarias para lograr la plena aplicación del artículo 12;

- Destacar los enfoques positivos en la aplicación del artículo 12, teniendo presente la experiencia del Comité en las labores de seguimiento;

- Proponer los requisitos básicos que deben cumplir los métodos adoptados para que se tengan debidamente en cuenta las opiniones de los niños en todos los asuntos que los afecten.

III. EL DERECHO A SER ESCUCHADO COMO DERECHO DE CADA NIÑO Y COMO DERECHO DE LOS GRUPOS DE NIÑOS

9. La observación general está estructurada de acuerdo con la distinción que hace el Comité entre el derecho a ser escuchado de cada niño individualmente y el derecho a ser escuchado aplicable a un grupo de niños (por ejemplo, los alumnos de una clase, los niños de un barrio o de un país, los niños con discapacidades o las niñas). La distinción es pertinente porque la Convención estipula que los Estados partes deben garantizar el derecho del niño a ser escuchado en función de la edad y madurez del niño (véase a continuación el análisis jurídico de los párrafos 1 y 2 del artículo 12).

10. Las condiciones de edad y madurez pueden evaluarse cuando se escuche a un niño individualmente y también cuando un grupo de niños decida expresar sus opiniones. La tarea de evaluar la edad y la madurez de un niño se ve facilitada cuando el grupo de que se trate forma parte de una estructura duradera, como una familia, una clase escolar o el conjunto de los residentes de un barrio en particular, pero resulta más difícil cuando los niños se expresan colectivamente. Aunque se encuentren con dificultades para evaluar la edad y la madurez, los Estados partes deben considerar a los niños como un grupo que debe ser escuchado, por lo que el Comité recomienda enérgicamente que los Estados partes hagan el máximo esfuerzo por escuchar a los niños que se expresan colectivamente o recabar sus opiniones.

11. Los Estados partes deben alentar al niño a que se forme una opinión libre y ofrecer un entorno que permita al niño ejercer su derecho a ser escuchado.

12. Las opiniones expresadas por niños pueden aportar perspectivas y experiencias útiles, por lo que deben tenerse en consideración al adoptar decisiones, formular políticas y preparar leyes o medidas, así como al realizar labores de evaluación.

13. Esos procesos se denominan habitualmente participación. El ejercicio del derecho del niño o los niños a ser escuchados es un elemento fundamental de esos procesos. El concepto de participación pone de relieve que incluir a los niños no debe ser solamente un acto momentáneo, sino el punto de partida para un intenso intercambio de pareceres entre niños y adultos sobre la elaboración de políticas, programas y medidas en todos los contextos pertinentes de la vida de los niños.

14. En la sección A (Análisis jurídico) de la presente observación general, el Comité se ocupa del derecho a ser escuchado que tiene individualmente cada niño. En la sección C (La observancia del derecho a ser escuchado en diferentes ámbitos y situaciones), el Comité examina el derecho a ser escuchado tanto de cada niño individualmente como de los niños considerados como grupo.

A. Análisis jurídico

15. El artículo 12 de la Convención establece el derecho de cada niño de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan y el subsiguiente derecho de que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta, en función de la edad y madurez del niño. Recae así sobre los Estados partes la clara obligación jurídica de reconocer ese derecho y garantizar su observancia escuchando las opiniones del niño y teniéndolas debidamente en cuenta. Tal obligación supone que los Estados partes, con respecto a su respectivo sistema judicial, deben garantizar directamente ese derecho o adoptar o revisar leyes para que el niño pueda disfrutarlo plenamente.

16. El niño, sin embargo, tiene derecho a no ejercer ese derecho. Para el niño, expresar sus opiniones es una opción, no una obligación. Los Estados partes deben asegurarse de que el niño reciba toda la información y el asesoramiento necesarios para tomar una decisión que favorezca su interés superior.

17. El artículo 12 establece como principio general que los Estados partes deben esforzarse por lograr que la interpretación y la observancia de todos los demás derechos incluidos en la Convención estén guiados por lo que ese artículo dispone[3].

3 Véase la Observación general Nº 5 (2003) del Comité sobre las medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (CRC/GC/2003/5).

18. El artículo 12 pone de manifiesto que el niño tiene derechos que ejercen influencia en su vida, que no son únicamente los derechos derivados de su vulnerabilidad (protección) o su dependencia respecto de los adultos (provisión)[4]. La Convención reconoce al niño como sujeto de derechos, y la ratificación casi universal de este instrumento internacional por los Estados partes pone de relieve esta condición del niño, que está expresada claramente en el artículo 12.

1. Análisis literal del artículo 12

a) Párrafo 1 del artículo 12

i) "Garantizarán"

19. El párrafo 1 del artículo 12 dispone que los Estados partes "garantizarán" el derecho del niño de expresar su opinión libremente. "Garantizarán" es un término jurídico de especial firmeza, que no deja margen a la discreción de los Estados partes. Por consiguiente, los Estados partes tienen la obligación estricta de adoptar las medidas que convengan a fin de hacer respetar plenamente este derecho para todos los niños. Esa obligación se compone de dos elementos destinados a asegurar que existan mecanismos para recabar las opiniones del niño sobre todos los asuntos que lo afectan y tener debidamente en cuenta esas opiniones.

ii) "Que esté en condiciones de formarse un juicio propio"

20. Los Estados partes deben garantizar el derecho a ser escuchado a todo niño "que esté en condiciones de formarse un juicio propio". Estos términos no deben verse como una limitación, sino como una obligación para los Estados partes de evaluar la capacidad del niño de formarse una opinión autónoma en la mayor medida posible. Eso significa que los Estados partes no pueden partir de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones.

Al contrario, los Estados partes deben dar por supuesto que el niño tiene capacidad para formarse sus propias opiniones y reconocer que tiene derecho a expresarlas; no corresponde al niño probar primero que tiene esa capacidad.

4 A menudo se hace referencia a las "tres pes" de la Convención: provisión, protección y participación.

21. El Comité hace hincapié en que el artículo 12 no impone ningún límite de edad al derecho del niño a expresar su opinión y desaconseja a los Estados partes que introduzcan por ley o en la práctica límites de edad que restrinjan el derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que lo afectan. A ese respecto, el Comité subraya lo siguiente:

- En primer lugar, en sus recomendaciones a raíz del día de debate general sobre la realización de los derechos del niño en la primera infancia celebrado en 2004, el Comité subrayó que el concepto del niño como portador de derechos está "firmemente asentado en la vida diaria del niño" desde las primeras etapas[5]. Hay estudios que demuestran que el niño es capaz de formarse opiniones desde muy temprana edad, incluso cuando todavía no puede expresarlas verbalmente[6]. Por consiguiente, la plena aplicación del artículo 12 exige el reconocimiento y respeto de las formas no verbales de comunicación, como el juego, la expresión corporal y facial y el dibujo y la pintura, mediante las cuales los niños muy pequeños demuestran capacidad de comprender, elegir y tener preferencias.

- En segundo lugar, el niño no debe tener necesariamente un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos del asunto que lo afecta, sino una comprensión suficiente para ser capaz de formarse adecuadamente un juicio propio sobre el asunto.

- En tercer lugar, los Estados partes también tienen la obligación de garantizar la observancia de este derecho para los niños que experimenten dificultades para hacer oír su opinión. Por ejemplo, los niños con discapacidades deben tener disponibles y poder utilizar los modos de comunicación que necesiten para facilitar la expresión de sus opiniones. También debe hacerse un esfuerzo por reconocer el derecho a la expresión de opiniones para los niños pertenecientes a minorías, niños indígenas y migrantes y otros niños que no hablen el idioma mayoritario.

- Por último, los Estados partes deben ser conscientes de las posibles consecuencias negativas de una práctica desconsiderada de este derecho, especialmente en casos en que los niños sean muy pequeños o en que el niño haya sido víctima de delitos penales, abusos sexuales, violencia u otras formas

5 CRC/C/GC/7/Rev.1, párr. 14.

6 Véase Lansdown, G., "The evolving capacities of the child", Centro de Investigaciones Innocenti, UNICEF/Save the Children, Florencia (2005).

de maltrato. Los Estados partes deben adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que se ejerza el derecho a ser escuchado asegurando la plena protección del niño.

iii) "El derecho de expresar su opinión libremente"

22. El niño tiene el "derecho de expresar su opinión libremente". "Libremente" significa que el niño puede expresar sus opiniones sin presión y puede escoger si quiere o no ejercer su derecho a ser escuchado. "Libremente" significa también que el niño no puede ser manipulado ni estar sujeto a una influencia o presión indebidas. "Libremente" es además una noción intrínsecamente ligada a la perspectiva "propia" del niño: el niño tiene el derecho a expresar sus propias opiniones y no las opiniones de los demás.

23. Los Estados partes deben garantizar unas condiciones para expresar opiniones en que se tenga en cuenta la situación individual y social del niño y un entorno en que el niño se sienta respetado y seguro cuando exprese libremente sus opiniones.

24. El Comité hace hincapié en que el niño no debe ser entrevistado con más frecuencia de la necesaria, en particular cuando se investiguen acontecimientos dañinos. El proceso de "escuchar" a un niño es difícil y puede causar efectos traumáticos en el niño.

25. La realización del derecho del niño a expresar sus opiniones exige que los responsables de escuchar al niño y los padres o tutores informen al niño de los asuntos, las opciones y las posibles decisiones que pueden adoptarse y sus consecuencias. El niño también debe estar informado sobre las condiciones en que se le pedirá que exprese sus opiniones. El derecho a la información es fundamental, porque es condición imprescindible para que existan decisiones claras por parte del niño.

iv) "En todos los asuntos que afectan al niño"

26. Los Estados partes deben garantizar que el niño pueda expresar sus opiniones "en todos los asuntos" que lo afecten. Ello representa una segunda condición para este derecho: el niño debe ser escuchado si el asunto que se examina afecta al niño. Esta condición básica debe ser respetada y comprendida ampliamente.

27. El Grupo de Trabajo de composición abierta establecido por la Comisión de Derechos Humanos que redactó el texto de la Convención rechazó una propuesta para definir esos asuntos mediante una lista que limitara la consideración de las opiniones de un niño o un grupo de niños. Por el contrario, se decidió que el derecho del niño a ser escuchado debía referirse a "todos los asuntos que afectan al niño". El Comité considera preocupante que con frecuencia se deniegue a los niños el derecho a ser escuchados, incluso cuando es evidente que el asunto que se examina los afecta y que son capaces de expresar sus propias opiniones respecto de ese asunto. Aunque el Comité apoya una definición amplia del término "asuntos", que también comprende cuestiones no mencionadas explícitamente en la Convención, reconoce que le siguen los términos "que afectan al niño", que se añadieron para aclarar que no se pretendía un mandato político general. Sin embargo, la práctica, incluida la Cumbre Mundial en favor de la Infancia, demuestra que una interpretación amplia de los asuntos que afectan al niño y a los niños contribuye a incluir al niño en los procesos sociales de su comunidad y su sociedad. Así, los Estados partes deberían escuchar atentamente las opiniones de los niños siempre que su perspectiva pueda aumentar la calidad de las soluciones.

v) "Teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño"

28. Es necesario tener "debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño". Estos términos hacen referencia a la capacidad del niño, que debe ser evaluada para tener debidamente en cuenta sus opiniones o para comunicar al niño la influencia que han tenido esas opiniones en el resultado del proceso. El artículo 12 estipula que no basta con escuchar al niño; las opiniones del niño tienen que tomarse en consideración seriamente a partir de que el niño sea capaz de formarse un juicio propio.

29. Al exigir que se tengan debidamente en cuenta las opiniones, en función de su edad y madurez, el artículo 12 deja claro que la edad en sí misma no puede determinar la trascendencia de las opiniones del niño. Los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica. Se ha demostrado en estudios que la información, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo contribuyen al desarrollo de la capacidad del niño para formarse una opinión. Por ese motivo, las opiniones del niño tienen que evaluarse mediante un examen caso por caso.

30. "Madurez" hace referencia a la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado, por lo que debe tomarse en consideración al determinar la capacidad de cada niño. La madurez es difícil de definir; en el contexto del artículo 12, es la capacidad de un niño para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente.

Los efectos del asunto en el niño también deben tenerse en consideración. Cuanto mayores sean los efectos del resultado en la vida del niño, más importante será la correcta evaluación de la madurez de ese niño.

31. Debe prestarse atención a la noción de la evolución de las facultades del niño y a la dirección y orientación que proporcionen los padres (véanse párr. 84 y sec. C infra).

b) Párrafo 2 del artículo 12

i) El derecho a "ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño"

32. El párrafo 2 del artículo 12 especifica que deben darse al niño oportunidades de ser escuchado, en particular "en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño". El Comité recalca que esta disposición es aplicable a todos los procedimientos judiciales pertinentes que afecten al niño, sin limitaciones y con inclusión de, por ejemplo, cuestiones de separación de los padres, custodia, cuidado y adopción, niños en conflicto con la ley, niños víctimas de violencia física o psicológica, abusos sexuales u otros delitos, atención de salud, seguridad social, niños no acompañados, niños solicitantes de asilo y refugiados y víctimas de conflictos armados y otras emergencias. Los procedimientos administrativos típicos serían, por ejemplo, decisiones sobre la educación, la salud, el entorno, las condiciones de vida o la protección del niño. Ambos tipos de procedimientos pueden abarcar mecanismos alternativos de solución de diferencias, como la mediación o el arbitraje.

33. El derecho a ser escuchado es aplicable tanto a los procedimientos iniciados por el niño, por ejemplo denuncias de malos tratos y recursos contra la exclusión de la escuela, como a los iniciados por otras personas que afecten al niño, como la separación de los padres o la adopción. Se alienta a los Estados partes a que introduzcan medidas legislativas por las que se exija a los responsables de adoptar decisiones en los procedimientos judiciales o administrati-

vos que expliquen en qué medida se han tomado en consideración las opiniones del niño y las consecuencias para el niño.

34. No se puede escuchar eficazmente a un niño cuando el entorno sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado para su edad. Los procedimientos tienen que ser accesibles y apropiados para los niños. Debe prestarse especial atención al suministro y la transmisión de información adaptada a los niños, la prestación de apoyo adecuado para la defensa de los intereses propios, la debida capacitación del personal, el diseño de las salas de tribunal, la vestimenta de los jueces y abogados y la disponibilidad de pantallas de protección visual y salas de espera separadas.

ii) "Ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado"

35. Una vez el niño haya decidido ser escuchado, deberá decidir cómo se lo escuchará: "directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado". El Comité recomienda que, siempre que sea posible, se brinde al niño la oportunidad de ser escuchado directamente en todo procedimiento.

36. El representante puede ser uno de los progenitores o ambos, un abogado u otra persona (por ejemplo, un trabajador social). Sin embargo, hay que recalcar que en muchos casos (civiles, penales o administrativos) hay riesgo de conflicto de intereses entre el niño y su representante más obvio (progenitor(es)). Si el acto de escuchar al niño se realiza a través de un representante, es de suma importancia que el representante transmita correctamente las opiniones del niño al responsable de adoptar decisiones. El método elegido deberá ser determinado por el niño (o la autoridad competente en caso necesario) conforme a su situación particular. Los representantes deberán conocer y comprender suficientemente los distintos aspectos del proceso de adopción de decisiones y tener experiencia en el trabajo con niños.

37. El representante deberá ser consciente de que representa exclusivamente los intereses del niño y no los intereses de otras personas (progenitor(es)), instituciones u órganos (por ejemplo, internado, administración o sociedad). Deberán elaborarse códigos de conducta destinados a los representantes que sean designados para representar las opiniones del niño.

iii) "En consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional"

38. La oportunidad de ser representado debe estar "en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional". No debe interpretarse que estos términos permiten utilizar legislación de procedimiento que restrinja o impida el disfrute de este derecho fundamental. Por el contrario, se alienta a los Estados partes a que cumplan las normas básicas de imparcialidad de los procedimientos, como el derecho a la defensa y el derecho a acceder al expediente propio.

39. Cuando no se respete la reglamentación, la decisión del tribunal o de la autoridad administrativa puede ser impugnada y podrá ser anulada, sustituida o remitida a un nuevo examen jurídico.

2. Medidas para garantizar la observancia del derecho del niño a ser escuchado

40. La aplicación de los dos párrafos del artículo 12 exige que se adopten cinco medidas para hacer realidad efectivamente el derecho del niño a ser escuchado siempre que un asunto lo afecte o cuando el niño sea invitado a dar su opinión en un procedimiento oficial, así como en otras circunstancias. Estas medidas deben aplicarse de manera adecuada para el contexto de que se trate.

a) Preparación

41. Los responsables de escuchar al niño deben asegurarse de que el niño esté informado sobre su derecho a expresar su opinión en todos los asuntos que lo afecten y, en particular, en todo procedimiento judicial y administrativo de adopción de decisiones y sobre los efectos que tendrán en el resultado las opiniones que exprese. Además, el niño debe recibir información sobre la opción de comunicar su opinión directamente o por medio de un representante. Debe ser consciente de las posibles consecuencias de esa elección. El responsable de adoptar decisiones debe preparar debidamente al niño antes de que este sea escuchado, explicándole cómo, cuándo y dónde se lo escuchará y quiénes serán los participantes, y tiene que tener en cuenta las opiniones del niño a ese respecto.

b) Audiencia

42. El contexto en que el niño ejerza su derecho a ser escuchado tiene que ser propicio e inspirar confianza, de modo que el niño pueda estar seguro de que el adulto responsable de la audiencia está dispuesto a escuchar y tomar en consideración seriamente lo que el niño haya decidido comunicar. La persona que escuchará las opiniones del niño puede ser un adulto que intervenga en los asuntos que afectan al niño (por ejemplo, un maestro, un trabajador social o un cuidador), un encargado de adoptar decisiones en una institución (por ejemplo, un director, un administrador o un juez) o un especialista (por ejemplo, un psicólogo o un médico).

43. La experiencia indica que la situación puede adoptar forma de conversación en lugar de examen unilateral. Es preferible que el niño no sea escuchado en audiencia pública, sino en condiciones de confidencialidad.

c) Evaluación de la capacidad del niño

44. Las opiniones del niño deben tenerse debidamente en cuenta, siempre que un análisis caso por caso indique que el niño es capaz de formarse un juicio propio. Si el niño está en condiciones de formarse un juicio propio de manera razonable e independiente, el encargado de adoptar decisiones debe tener en cuenta las opiniones del niño como factor destacado en la resolución de la cuestión. Deben establecerse buenas prácticas para evaluar la capacidad del niño.

d) Información sobre la consideración otorgada a las opiniones del niño (comunicación de los resultados al niño)

45. Dado que el niño tiene derecho a que sus opiniones se tengan debidamente en cuenta, el encargado de adoptar decisiones debe informar al niño del resultado del proceso y explicar cómo se tuvieron en consideración sus opiniones. La comunicación de los resultados al niño es una garantía de que las opiniones del niño no se escuchan solamente como mera formalidad, sino que se toman en serio. La información puede mover al niño a insistir, mostrarse de acuerdo o hacer otra propuesta o, en el caso de un procedimiento judicial o administrativo, presentar una apelación o una denuncia.

e) Quejas, vías de recurso y desagravio

46. Es necesario disponer de legislación para ofrecer a los niños procedimientos de denuncia y vías de recurso cuando su derecho a ser escuchados y a que se tengan debidamente en cuenta sus opiniones sea pasado por alto y violado[7]. Los niños deben tener la posibilidad de dirigirse a un defensor o una persona con funciones comparables en todas las instituciones dedicadas a los niños, como las escuelas y las guarderías, para expresar sus quejas. Los niños deben saber quiénes son esas personas y cómo pueden acceder a ellas. En el caso de los conflictos familiares sobre la consideración de las opiniones de los niños, el niño debe tener la posibilidad de recurrir a una persona de los servicios de juventud de la comunidad.

47. Si el derecho del niño a ser escuchado se vulnera en relación con procedimientos judiciales y administrativos (art. 12, párr. 2), el niño debe tener acceso a procedimientos de apelación y denuncia que ofrezcan vías de recurso para las violaciones de derechos. Los procedimientos de denuncia deben proporcionar mecanismos solventes para garantizar que los niños confíen en que al utilizarlos no se exponen a un riesgo de violencia o castigo.

3. Obligaciones de los Estados partes

a) Obligaciones básicas de los Estados partes

48. El derecho del niño a ser escuchado impone a los Estados partes la obligación de revisar o modificar su legislación para introducir los mecanismos que den acceso a los niños a la información pertinente, el apoyo adecuado en caso necesario, información sobre la consideración otorgada a las opiniones del niño y procedimientos de denuncia, recurso o desagravio.

49. Para cumplir esas obligaciones, los Estados partes deben adoptar las siguientes estrategias:

- Revisar y retirar las declaraciones restrictivas y las reservas respecto del artículo 12;

7 Véase la Observación general Nº 5 (2003) del Comité sobre las medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, párr. 24,

- Establecer instituciones independientes de derechos humanos, como defensores del niño o comisionados con un amplio mandato en materia de derechos del niño[8];

- Impartir capacitación sobre el artículo 12 y su aplicación en la práctica para todos los profesionales que trabajen con niños y para los niños, como abogados, jueces, policías, trabajadores sociales, trabajadores comunitarios, psicólogos, cuidadores, oficiales de internados y prisiones, profesores de todos los niveles del sistema educativo, médicos, enfermeros y otros profesionales de la salud, funcionarios y empleados públicos, funcionarios encargados de cuestiones de asilo y dirigentes tradicionales;

- Garantizar que haya las condiciones adecuadas para apoyar y estimular a los niños para que expresen sus opiniones, y asegurarse de que estas opiniones se tengan debidamente en cuenta mediante normas y dispositivos que estén firmemente cimentados en las leyes y los códigos institucionales y sean evaluados periódicamente respecto de su eficacia;

- Combatir las actitudes negativas, que obstaculizan la plena realización del derecho del niño a ser escuchado, mediante campañas públicas que abarquen a los líderes de opinión y los medios de difusión, a fin de cambiar concepciones tradicionales muy extendidas en relación con el niño.

b) Obligaciones concretas respecto de los procedimientos judiciales y administrativos

i) El derecho del niño a ser escuchado en procedimientos judiciales civiles

50. Las principales cuestiones que exigen que el niño sea escuchado son las que se detallan a continuación.

Divorcio y separación

51. En casos de separación o divorcio, los hijos de la pareja resultan inequívocamente afectados por las decisiones de los tribunales. El juez determina

8 Véase la Observación general Nº 2 (2002) del Comité sobre el papel de las instituciones independientes de derechos humanos.

las cuestiones relativas a la manutención del niño, la custodia y el acceso, ya sea en un juicio o a través de mediación prescrita por el tribunal. Muchas jurisdicciones han incluido en sus leyes, respecto de la disolución de una relación, una disposición por la que el juez debe otorgar especial consideración al "interés superior del niño".

52. Por ese motivo, toda la legislación sobre separación y divorcio debe incluir el derecho del niño a ser escuchado por los encargados de adoptar decisiones y en los procesos de mediación. Algunas jurisdicciones, por motivos de política o de legislación, prefieren indicar una edad en que el niño es considerado capaz de expresar sus propias opiniones. Sin embargo, la Convención prevé que este asunto se determine caso por caso, ya que se refiere a la edad y la madurez, por lo que exige una evaluación individualizada de la capacidad del niño.

Separación de los padres y formas sustitutivas de cuidado

53. Cuando se adopte la decisión de apartar a un niño de su familia porque el niño es víctima de abusos o negligencia en su hogar, debe tenerse en cuenta la opinión del niño para determinar el interés superior del niño. La intervención puede iniciarse a raíz de una queja de un niño, otro familiar o un miembro de la comunidad en que se denuncie el abuso o la negligencia en la familia.

54. La experiencia del Comité es que los Estados partes no siempre tienen en cuenta el derecho del niño a ser escuchado. El Comité recomienda que los Estados partes garanticen, mediante leyes, normas y directrices de política, que se recaben y se tengan en cuenta las opiniones del niño, en particular en las decisiones relativas a su asignación a hogares de acogimiento familiar o de guarda, la elaboración y revisión de planes de guarda y las visitas a los padres y la familia.

Adopción y kafala del derecho islámico

55. Cuando se haya previsto para un niño la adopción o la kafala del derecho islámico y finalmente vaya a ser adoptado o tutelado en régimen de kafala, es de vital importancia que el niño sea escuchado. Este proceso también es necesario cuando los padres adoptivos o el hogar de guarda adopten a un niño, aunque el niño y los padres adoptivos ya hayan estado viviendo juntos durante algún tiempo.

56. El artículo 21 de la Convención estipula que el interés superior del niño debe ser la consideración primordial. En las decisiones relativas a la adopción, la kafala u otros tipos de acogimiento, el "interés superior" del niño no puede determinarse sin tomar en consideración las opiniones del niño. El Comité insta a todos los Estados partes a que informen al niño, de ser posible, sobre los efectos de la adopción, la kafala u otros tipos de acogimiento y a que garanticen mediante leyes que las opiniones del niño sean escuchadas.

ii) El derecho del niño a ser escuchado en procedimientos judiciales penales

57. En los procedimientos penales, el derecho del niño a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño debe ser respetado y observado escrupulosamente en todas las etapas del proceso de la justicia juvenil[9]*.

El niño infractor

58. El párrafo 2 del artículo 12 de la Convención implica que todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes tiene el derecho de ser escuchado. Ese derecho debe respetarse plenamente en todas las etapas del proceso judicial, desde la etapa prejudicial, en que el niño tiene derecho a guardar silencio, hasta el derecho a ser escuchado por la policía, el fiscal y el juez instructor. También es aplicable en las etapas de sentencia y resolución, así como en la aplicación de las medidas impuestas.

59. En caso de remisión a medios extrajudiciales, incluida la mediación, el niño debe tener la oportunidad de dar su consentimiento libre y voluntario y de obtener asesoramiento y asistencia jurídicos y de otro orden acerca de lo apropiado y conveniente de la remisión ofrecida.

60. Para participar efectivamente en el procedimiento, el niño debe ser informado de manera oportuna y directa sobre los cargos que se le imputan en un idioma que entienda, así como sobre el proceso de justicia juvenil* y las me-

9 Véase la Observación general Nº 10 (2007) del Comité sobre los derechos del niño en la justicia de menores (CRC/C/GC/10).

* A petición del Comité de los Derechos del Niño, se sustituye "justicia de menores" por "justicia juvenil".

didas que podría adoptar el tribunal. El procedimiento debe desarrollarse en un ambiente que permita que el niño participe en él y se exprese libremente.

61. Las audiencias judiciales y de otro tipo de un niño en conflicto con la ley deben realizarse a puerta cerrada. Las excepciones a esta norma deben ser muy limitadas y estar claramente estipuladas en la legislación nacional y guiadas por el interés superior del niño.

El niño víctima y el niño testigo

62. El niño víctima y el niño testigo de un delito deben tener la oportunidad de ejercer plenamente su derecho a expresar libremente sus opiniones de conformidad con la resolución 2005/20 del Consejo Económico y Social, "Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos"[10].

63. Eso significa, en particular, que debe hacerse todo lo posible para que se consulte a los niños víctimas y/o testigos de delitos sobre los asuntos pertinentes respecto de su participación en el caso que se examine y para que puedan expresar libremente y a su manera sus opiniones y preocupaciones en cuanto a su participación en el proceso judicial.

64. El derecho del niño víctima y testigo también está vinculado al derecho a ser informado de cuestiones tales como la disponibilidad de servicios médicos, psicológicos y sociales, el papel del niño víctima y/o testigo, la forma en que se realizará el "interrogatorio", los mecanismos de apoyo a disposición del niño cuando haga una denuncia y participe en la investigación y en el proceso judicial, las fechas y los lugares específicos de las vistas, la disponibilidad de medidas de protección, las posibilidades de recibir reparación y las disposiciones relativas a la apelación.

iii) El derecho del niño a ser escuchado en procedimientos administrativos

65. Todos los Estados partes deben incorporar a su legislación procedimientos administrativos que se ajusten a los requisitos del artículo 12 y garantizar el derecho del niño a ser escuchado junto con otros derechos procesales, como

10 Resolución 2005/20 del Consejo Económico y Social, en particular artículos 8, 19 y 20. Puede consultarse en: www.un.org/ecosoc/docs/2005/Resolution%202005-20.pdf.

el derecho a la divulgación de los expedientes pertinentes, la notificación de la vista y la representación por los progenitores u otras personas.

66. Es más probable que un niño participe en un procedimiento administrativo que en uno judicial, porque los procedimientos administrativos son menos formales, más flexibles y relativamente fáciles de establecer mediante las leyes y normas. El procedimiento tiene que estar adaptado a los niños y ser accesible.

67. Como ejemplos de procedimientos administrativos que afectan a los niños pueden mencionarse los mecanismos para abordar cuestiones de disciplina en las escuelas (como suspensiones y expulsiones), las negativas a entregar certificados escolares y las cuestiones relativas al rendimiento, las medidas disciplinarias y las negativas a otorgar privilegios en los centros de detención de menores, las solicitudes de asilo de niños no acompañados y las solicitudes de licencias de conducir. En estos asuntos, el niño debe tener el derecho de ser escuchado y disfrutar de los demás derechos "en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional".

B. El derecho a ser escuchado y sus vínculos con otras disposiciones de la Convención

68. El artículo 12, como principio general, está vinculado a los demás principios generales de la Convención, como el artículo 2 (derecho a la no discriminación) y el artículo 6 (derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo) y, en particular, es interdependiente con el artículo 3 (consideración primordial del interés superior del niño). El artículo también está estrechamente vinculado con los artículos relativos a los derechos y libertades civiles, especialmente el artículo 13 (derecho a la libertad de expresión) y el artículo 17 (derecho a la información). Además, el artículo 12 está conectado con todos los demás artículos de la Convención, que no podría aplicarse íntegramente si no se respeta al niño como sujeto con sus propias opiniones sobre los derechos consagrados en los artículos respectivos y sobre su cumplimiento.

69. La vinculación del artículo 12 con el artículo 5 (evolución de las facultades del niño y dirección y orientación apropiadas de los padres, véase el párrafo 84 de la presente observación general) es de especial relevancia, porque es fundamental que en la orientación que ofrezcan los padres se tenga en cuenta la evolución de las facultades del niño.

1. Artículos 12 y 3

70. El objetivo del artículo 3 es garantizar que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atienda sea el interés superior del niño. Eso significa que toda medida que se adopte en nombre del niño tiene que respetar el interés superior del niño. El interés superior del niño es semejante a un derecho procesal que obliga a los Estados partes a introducir disposiciones en el proceso de adopción de medidas para garantizar que se tenga en consideración el interés superior del niño.

La Convención obliga a los Estados partes a garantizar que los responsables de adoptar esas medidas escuchen al niño conforme a lo estipulado en el artículo 12. Esta disposición es obligatoria.

71. El interés superior del niño, establecido en consulta con el niño, no es el único factor que debe tenerse en consideración en la actuación de las instituciones, las autoridades y la administración. Sin embargo, es de importancia fundamental, como lo son las opiniones del niño.

72. El artículo 3 está dedicado a los casos individuales, pero también exige de manera explícita que se atienda al interés superior de los niños como grupo en todas las medidas concernientes a los niños. Por consiguiente, los Estados partes tienen la obligación de tener presente no únicamente la situación particular de cada niño al determinar su interés superior, sino también el interés de los niños como grupo. Además, los Estados partes deben examinar las medidas que adopten las instituciones privadas y públicas, las autoridades y los órganos legislativos. El hecho de que la obligación se haga extensiva a los "órganos legislativos" indica claramente que toda ley, regla o norma que afecte a los niños debe guiarse por el criterio del "interés superior".

73. No hay duda de que el interés superior de los niños como grupo definido debe establecerse de la misma manera como se hace al ponderar el interés de un niño individualmente. Si está en juego el interés superior de un gran número de niños, los jefes de instituciones, las autoridades o los órganos gubernamentales también deben brindar oportunidades de que se escuche a los niños afectados de esos grupos no definidos y se tengan en cuenta debidamente sus opiniones al planificar medidas, incluso decisiones legislativas, que los afecten directa o indirectamente.

74. No existe tensión entre los artículos 3 y 12, sino solamente complementariedad entre los dos principios generales: uno establece el objetivo de alcanzar el interés superior del niño y el otro ofrece la metodología para lograr el objetivo de escuchar al niño o a los niños. En realidad, no es posible una aplicación correcta del artículo 3 si no se respetan los componentes del artículo 12. Del mismo modo, el artículo 3 refuerza la funcionalidad del artículo 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten a su vida.

2. Artículos 12, 2 y 6

75. El derecho a la no discriminación es un derecho inherente que garantizan todos los instrumentos de derechos humanos, incluida la Convención sobre los Derechos del Niño. De conformidad con el artículo 2 de la Convención, todo niño tiene derecho a no ser discriminado en el ejercicio de sus derechos, incluidos los que se enuncian en el artículo 12.

El Comité recalca que los Estados partes deben adoptar las medidas adecuadas para garantizar a todos los niños el derecho a expresar libremente sus opiniones y a que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta sin discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, posición económica, impedimentos físicos, nacimiento o cualquier otra condición. Los Estados partes deben abordar la discriminación, en particular contra grupos de niños vulnerables o marginados, para asegurar que los niños tengan garantizado su derecho a ser escuchados y puedan participar en todos los asuntos que los afecten en pie de igualdad con los demás niños.

76. En particular, el Comité observa con preocupación que en algunas sociedades hay actitudes y prácticas tradicionales que menoscaban y limitan gravemente el disfrute de este derecho.

Los Estados partes deben tomar las medidas necesarias para concienciar y educar a la sociedad sobre los efectos negativos de esas actitudes y prácticas y fomentar los cambios de actitud para lograr la plena observancia de los derechos que asisten a todos los niños al amparo de la Convención.

77. El Comité insta a los Estados partes a que presten especial atención al derecho de la niña a ser escuchada, recibir apoyo, si lo necesita, para expresar

su opinión y para que esta se tenga debidamente en cuenta, dado que los estereotipos de género y los valores patriarcales perjudican e imponen graves limitaciones a las niñas en el disfrute del derecho enunciado en el artículo 12.

78. El Comité celebra la obligación contraída por los Estados partes conforme al artículo 7 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de asegurar que los niños con discapacidad reciban la asistencia y el equipo necesarios para que puedan expresar su opinión libremente y para que esa opinión reciba la debida consideración.

79. El artículo 6 de la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce que cada niño tiene el derecho intrínseco a la vida y que los Estados partes deben garantizar, en la máxima medida posible, la supervivencia y el desarrollo del niño. El Comité señala la importancia de promover las oportunidades en favor del derecho del niño a ser escuchado, habida cuenta de que la participación del niño es un instrumento para estimular el futuro desarrollo de la personalidad y la evolución de las facultades del niño, conforme con el artículo 6 y con los objetivos en materia de educación que se enuncian en el artículo 29.

3. Artículos 12, 13 y 17

80. El artículo 13, sobre el derecho a la libertad de expresión, y el artículo 17, sobre el acceso a la información, representan condiciones imprescindibles para el ejercicio efectivo del derecho a ser escuchado. Esos artículos establecen que los niños son sujetos de derechos y, junto con el artículo 12, afirman que el niño tiene derecho a ejercer esos derechos en su propio nombre, conforme a la evolución de sus facultades.

81. El derecho a la libertad de expresión, consagrado en el artículo 13, se suele confundir con el artículo 12. Sin embargo, aunque esos dos artículos están estrechamente vinculados, se refieren a derechos diferentes. La libertad de expresión se relaciona con el derecho a tener y expresar opiniones y a recabar y recibir información por cualquier medio. Afirma el derecho de los niños a que el Estado parte no limite las opiniones que tienen o expresan. La obligación que impone a los Estados partes es la de abstenerse de la injerencia en la expresión de esas opiniones o en el acceso a la información, protegiendo al mismo tiempo el derecho de acceso a los medios de difusión y al diálogo público. Sin embargo, el artículo 12 se relaciona con el derecho a expresar opiniones concretamente acerca de asuntos que afectan al niño y su derecho a participar

en las medidas y decisiones que afecten su vida. El artículo 12 impone a los Estados partes la obligación de introducir el marco jurídico y los mecanismos necesarios para facilitar la participación activa del niño en todas las medidas que lo afecten y en la adopción de decisiones y de tener debidamente en cuenta esas opiniones una vez expresadas. La libertad de expresión a que se refiere el artículo 13 no exige ese tipo de participación o respuesta de los Estados partes. Sin embargo, la creación de una atmósfera de respeto para que los niños expresen sus opiniones de manera consecuente con el artículo 12 contribuye también a la formación de la capacidad de los niños para ejercer su derecho a la libertad de expresión.

82. El cumplimiento del derecho del niño a la información de manera coherente con el artículo 17 es en gran medida una condición necesaria para la realización efectiva del derecho a expresar las opiniones. Los niños necesitan tener acceso a la información en formatos adaptados a su edad y capacidad respecto de todas las cuestiones que les interesan. Esto es aplicable a la información, por ejemplo, relacionada con sus derechos, las actuaciones que los afecten, la legislación, la reglamentación y las normas nacionales, los servicios locales y los procedimientos de apelación y reclamación. En forma consecuente tanto con el artículo 17 como con el artículo 42, los Estados partes deben incluir los derechos de los niños en los programas de estudios.

83. El Comité recuerda también a los Estados partes que los medios de comunicación constituyen un recurso importante tanto para fomentar la conciencia del derecho de los niños a expresar sus opiniones como para brindarles la oportunidad de expresar esas opiniones públicamente. Insta a que se dediquen más recursos en los distintos tipos de medios de comunicación para incluir a los niños en la preparación de programas y en la creación de oportunidades para que los propios niños desarrollen y dirijan iniciativas relativas a los medios de comunicación con respecto a sus derechos[11].

4. Artículos 12 y 5

84. El artículo 5 de la Convención establece que los Estados partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres, los tutores

11 Día de debate general sobre el niño y los medios de comunicación (1996): www.unhchr.ch/ html/ menu2/6/crc/doc/days/media.pdf.

o los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de impartir dirección y orientación al niño en su ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención.

Por consiguiente, el niño tiene derecho a recibir dirección y orientación, que tienen que compensar la falta de conocimientos, experiencia y comprensión del niño y estar en consonancia con la evolución de sus facultades, como se establece en ese artículo. Cuantas más cosas sepa, haya experimentado y comprenda el niño, más deben los padres, tutores u otras personas legalmente responsables del niño transformar la dirección y orientación en recordatorios y consejos y, más adelante, en un intercambio en pie de igualdad. Esta transformación no tendrá lugar en un punto fijo del desarrollo del niño, sino que se producirá paulatinamente a medida que se alienta al niño a aportar sus opiniones.

85. Esta condición se ve reafirmada por el artículo 12 de la Convención, que estipula que deberán tenerse debidamente en cuenta las opiniones del niño, siempre que el niño esté en condiciones de formarse un juicio propio. En otras palabras, a medida que los niños adquieren facultades tienen derecho a asumir un nivel cada vez mayor de responsabilidad respecto de la regulación de los asuntos que los afectan[12.]

5. El artículo 12 y la observancia de los derechos del niño en general

86. Además de los artículos examinados en los párrafos anteriores, la mayor parte de los demás artículos de la Convención exigen y promueven la intervención de los niños en los asuntos que los afectan. Para abarcar estas múltiples intervenciones, se utiliza constantemente el concepto de participación. Sin lugar a dudas, el eje de esas intervenciones es el artículo 12, pero la exigencia de planificar, trabajar y elaborar medidas en consulta con los niños está presente en toda la Convención.

87. La práctica de la aplicación del artículo se refiere a una amplia gama de asuntos, como la salud, la economía, la educación o el medio ambiente, que son de interés no solamente para el niño como individuo sino también para grupos de niños y para los niños en general.

12 Observación general Nº 5 (2003) sobre las medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Por consiguiente, el Comité siempre ha interpretado la participación de manera amplia para establecer procedimientos no solo para niños considerados individualmente y grupos de niños claramente definidos, sino también para grupos de niños, como los niños indígenas, los niños con discapacidades o los niños en general, que resultan afectados directa o indirectamente por las condiciones sociales, económicas o culturales de la vida en su sociedad.

88. Esta concepción amplia de la participación del niño se hace patente en el documento final aprobado por la Asamblea General en su vigésimo séptimo período extraordinario de sesiones y titulado "Un mundo apropiado para los niños". Los Estados partes prometieron "elaborar y aplicar programas para fomentar la genuina participación de los niños, incluidos los adolescentes, en los procesos de adopción de decisiones, incluso en las familias, en las escuelas y en los planos nacional y local" (párr. 32, apartado 1). En la Observación general Nº 5 sobre las medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, el Comité declaró: "Es importante que los gobiernos establezcan una relación directa con los niños, y no simplemente una relación por conducto de ONG o de instituciones de derechos humanos"[13].

C. La observancia del derecho a ser escuchado en diferentes ámbitos y situaciones

89. El derecho del niño a ser escuchado debe ser observado en los diversos ámbitos y situaciones en que el niño crece, se desarrolla y aprende. En esos ámbitos y situaciones existen diferentes conceptos del niño y del papel que desempeña que pueden propiciar o restringir la participación del niño en asuntos cotidianos y decisiones cruciales. Existen varias maneras de influir en la observancia del derecho del niño a ser escuchado que pueden utilizar los Estados partes para fomentar la participación del niño.

1. En la familia

90. La familia en que los niños pueden expresar libremente sus opiniones y ser tomados en serio desde las edades más tempranas supone un importante modelo y una preparación para que el niño ejerza el derecho a ser escuchado

13 Ibíd., párr. 12.

en el conjunto de la sociedad. Esa manera de ejercer la labor de los padres sirve para promover el desarrollo individual, mejorar las relaciones familiares y apoyar la socialización del niño y desempeña una función preventiva contra toda forma de violencia en el hogar y en la familia.

91. La Convención reconoce los derechos y las responsabilidades de los padres u otros tutores de los niños de impartirles dirección y orientación apropiadas (véase párr. 84 supra), pero destaca que esto tiene por objeto permitir que los niños ejerzan sus derechos y requiere que se haga en consonancia con la evolución de las facultades del niño.

92. Los Estados partes, mediante leyes y políticas, deberían alentar a los padres, tutores y cuidadores a escuchar a los niños y tener debidamente en cuenta sus opiniones en los asuntos que los conciernen. También se debería aconsejar a los padres que presten apoyo a los niños para que hagan efectivo su derecho a expresar su opinión libremente y para que se tengan debidamente en cuenta las opiniones de los niños en todos los niveles de la sociedad.

93. Con el fin de apoyar el desarrollo de estilos de crianza de los hijos que respeten el derecho del niño a ser escuchado, el Comité recomienda que los Estados partes promuevan programas de educación de los padres que se basen en conductas y actitudes positivas existentes y que difundan información acerca de los derechos del niño y de los padres consagrados en la Convención.

94. Esos programas deben abordar:

- La relación de respeto mutuo entre padres e hijos;
- La participación de los niños en la adopción de decisiones;
- Las consecuencias de tener debidamente en cuenta las opiniones de cada miembro de la familia;
- La comprensión, la promoción y el respeto de la evolución de las facultades del niño;
- Los modos de tratar las opiniones en conflicto dentro de la familia.

95. Los programas deben recalcar el principio de que las niñas y los niños tienen el mismo derecho a expresar sus opiniones.

96. Los medios de difusión deben desempeñar un papel preeminente en la tarea de comunicar a los padres que la participación de sus hijos tiene un gran valor para los propios niños, su familia y la sociedad.

2. En las modalidades alternativas de acogimiento

97. Deben introducirse mecanismos para garantizar que los niños que se encuentren en todas las modalidades alternativas de acogimiento, en particular en instituciones, puedan expresar sus opiniones y que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta en los asuntos relativos a su acogimiento, a las normas relativas al cuidado que reciban en familias u hogares de guarda y a su vida diaria. Entre esos mecanismos cabe mencionar los siguientes:

- Legislación que otorgue al niño el derecho a disponer de información acerca de todo plan de acogimiento, cuidado y/o tratamiento, así como de verdaderas oportunidades de expresar sus opiniones y de que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta en todo el proceso de adopción de decisiones.

- Legislación que garantice el derecho del niño a ser escuchado y a que sus opiniones se tengan debidamente en cuenta al organizar y establecer servicios de cuidado adaptados a los niños.

- Establecimiento de una institución competente de seguimiento, como un defensor del niño, un comisionado o una inspección, para seguir de cerca el cumplimiento de las normas y reglamentos que rigen el modo en que se ofrece cuidado, protección o tratamiento a los niños de conformidad con las obligaciones derivadas del artículo 3. El órgano de seguimiento, en virtud de su mandato, debe tener acceso ilimitado a las instituciones residenciales (incluidas las destinadas a los niños en conflicto con la ley) para escuchar directamente las opiniones e inquietudes de los niños y debe verificar en qué medida la propia institución escucha y tiene debidamente en cuenta las opiniones de los niños.

- Establecimiento de mecanismos efectivos, por ejemplo, un consejo representativo de las niñas y los niños en la institución de cuidado residencial, con atribuciones para participar en la formulación y ejecución de las políticas y de todas las normas de la institución.

3. En la atención de salud

98. La realización de las disposiciones de la Convención exige el respeto del derecho del niño a expresar su opinión y a participar en la promoción del desarrollo saludable y el bienestar de los niños. Esta norma es aplicable a cada una de las decisiones relativas a la atención de salud y a la participación de los niños en la formulación de políticas y servicios de salud.

99. El Comité señala que hay varias cuestiones distintas pero interrelacionadas que es necesario considerar respecto de la participación de los niños en las prácticas y decisiones relativas a su propia atención de salud.

100. Se debe incluir a los niños, incluidos los niños pequeños, en los procesos de adopción de decisiones de modo conforme a la evolución de sus facultades. Se les debe suministrar información sobre los tratamientos que se propongan y sus efectos y resultados, en particular de manera apropiada y accesible para los niños con discapacidades.

101. Es necesario que los Estados partes introduzcan leyes o reglamentos para garantizar el acceso de los niños al asesoramiento y consejo médico confidencial sin el consentimiento de los padres, independientemente de la edad del niño, en los casos que sea necesario para la protección de la seguridad o el bienestar del niño. Es necesario que los niños tengan ese tipo de acceso, por ejemplo, en los casos en que estén experimentando violencia o maltrato en el hogar o necesiten educación o servicios de salud reproductiva, o en caso de que haya conflictos entre los padres y el niño con respecto al acceso a los servicios de salud. El derecho al asesoramiento y consejo es distinto del derecho a otorgar consentimiento médico y no se debe someter a ninguna limitación de edad.

102. El Comité celebra que en algunos países se haya establecido una edad fija en que el derecho al consentimiento pasa al niño, y alienta a los Estados partes a que consideren la posibilidad de introducir ese tipo de legislación. Así, los niños mayores de esa edad tienen derecho a otorgar su consentimiento sin el requisito de que haya habido una evaluación profesional individual de su capacidad, después de haber consultado a un experto independiente y competente. Sin embargo, el Comité recomienda enérgicamente que los Estados partes garanticen que, cuando un niño menor de esa edad demuestre capacidad para expresar una opinión con conocimiento de causa sobre su tratamiento, se tome debidamente en cuenta esa opinión.

103. Los médicos y las instituciones de atención de salud deben suministrar información clara y accesible a los niños sobre sus derechos con respecto a su participación en la investigación pediátrica y los ensayos clínicos. Deben estar informados sobre la investigación para que pueda obtenerse su consentimiento otorgado con conocimiento de causa, aparte de otras salvaguardas de procedimiento.

104. Los Estados partes también deben introducir medidas para permitir que los niños aporten sus opiniones y experiencia a la planificación y programación de servicios destinados a su salud y desarrollo. Se deben recabar sus opiniones respecto de todos los aspectos de la prestación de servicios de salud, incluidos los servicios que se necesitan, la forma y el lugar en que se prestan mejor, los obstáculos discriminatorios al acceso a los servicios, la calidad y las actitudes de los profesionales de la salud y la forma de promover la capacidad de estos niños para asumir niveles mayores de responsabilidad por su propia salud y desarrollo. Esta información se puede obtener, por ejemplo, mediante sistemas de recogida de comentarios para los niños que utilicen los servicios o participen en procesos de investigación y consultivos, y puede transmitirse a los consejos o parlamentos de niños de ámbito local o nacional para preparar normas e indicadoresde servicios de salud que respeten los derechos del niño[14].

4. En la educación y la escuela

105. El respeto del derecho del niño a ser escuchado en la educación es fundamental para la realización del derecho a la educación. El Comité observa con preocupación el autoritarismo, la discriminación, la falta de respeto y la violencia continuadas que caracterizan la realidad de muchas escuelas y aulas. Esos entornos no propician que se expresen las opiniones del niño ni que se tengan debidamente en cuenta esas opiniones.

106. El Comité recomienda que los Estados partes adopten medidas para fomentar las oportunidades de que los niños expresen sus opiniones y de que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta respecto de las cuestiones que se exponen a continuación.

107. En todos los entornos docentes, incluidos los programas educativos de la primera infancia, debe promoverse el papel activo del niño en un entorno de aprendizaje participativo[15]. En la enseñanza y el aprendizaje deben tenerse en cuenta las condiciones de vida y las perspectivas vitales de los niños. Por ese motivo, las autoridades docentes deben incluir las opiniones de los niños y sus padres en la planificación de los planes de estudio y programas escolares.

14 El Comité también recuerda su Observación general Nº 3 (2003) sobre el VIH/SIDA y los derechos del niño, párrs. 11 y 12, y su Observación general Nº 4 (2003) sobre la salud de los adolescentes, párr. 6.

15 "Un enfoque de la educación para todos basado en los derechos humanos: Marco para hacer realidad el derecho de los niños a la educación y los derechos en la educación", UNICEF/UNESCO (2007).

108. Para que la enseñanza de los derechos humanos haga sentir su influencia en las motivaciones y la conducta de los niños, los derechos humanos deben practicarse en las instituciones en que el niño aprende, juega y vive junto con otros niños y adultos[16].

En particular, el derecho del niño a ser escuchado es objeto de un examen crítico por los niños de esas instituciones, en que los niños pueden observar si en efecto se tienen debidamente en cuenta sus opiniones conforme a lo declarado en la Convención.

109. La participación del niño es indispensable para que se cree en las aulas un clima social que estimule la cooperación y el apoyo mutuo necesarios para el aprendizaje interactivo centrado en el niño. El hecho de que se tengan en cuenta las opiniones del niño es especialmente importante en la eliminación de la discriminación, la prevención del acoso escolar y las medidas disciplinarias. El Comité observa con satisfacción la generalización de la enseñanza mutua y el asesoramiento entre pares.

110. La participación permanente de los niños en los procesos de adopción de decisiones debe lograrse mediante, entre otras cosas, los consejos de aula, los consejos de alumnos y la representación del alumnado en los consejos y comités escolares, en que los alumnos puedan expresar libremente sus opiniones sobre la formulación y aplicación de las políticas y los códigos de conducta de la escuela. Es necesario consagrar esos derechos en la legislación en lugar de depender de la buena voluntad de las autoridades escolares, la escuela o el director para hacerlos respetar.

111. Más allá de la escuela, los Estados partes deben consultar a los niños a nivel local y nacional sobre todos los aspectos de la política educativa, en particular sobre el fortalecimiento del carácter adaptado a los niños del sistema docente, las posibilidades de aprendizaje regladas y no regladas que brinden a los niños una "segunda oportunidad", los planes de estudios, los métodos de enseñanza, las estructuras escolares, los niveles de exigencia, los presupuestos y los sistemas de protección de la infancia.

112. El Comité alienta a los Estados partes a que apoyen la creación de organizaciones independientes de estudiantes que puedan ayudar a los niños a desempeñar de forma competente sus funciones participativas en el sistema educativo.

16 Comité de los Derechos del Niño, Observación general Nº 1 (2001) sobre los propósitos de la educación (artículo 29, párrafo 1 de la Convención) (CRC/GC/2001/1).

113. En las decisiones sobre la transición hacia el siguiente nivel escolar o la elección de grupos de alumnos según sus aptitudes, hay que asegurar el derecho del niño a ser escuchado, porque esas decisiones afectan profundamente al interés superior del niño. Esas decisiones deben estar sujetas a recurso administrativo o judicial. Además, en los asuntos de disciplina debe respetarse al máximo el derecho del niño a ser escuchado[17]. En particular, en el caso de la exclusión de un niño de la enseñanza o la escuela, esta decisión debe estar sujeta a recurso judicial, dado que contradice el derecho del niño a la educación.

114. El Comité celebra que se hayan introducido en muchos países programas escolares adaptados a los niños, que procuran crear atmósferas interactivas, atentas, protectoras y participativas que preparen a los niños y adolescentes para asumir un papel activo en la sociedad y una ciudadanía responsable dentro de sus comunidades.

5. En las actividades lúdicas, recreativas, deportivas y culturales

115. Los niños necesitan actividades lúdicas, recreativas, físicas y culturales para su desarrollo y socialización. Esas actividades deberían estar concebidas teniendo en cuenta las preferencias y las capacidades de los niños. Se debe consultar a los niños que puedan expresar sus opiniones respecto de la accesibilidad y el carácter apropiado de las instalaciones de juego y esparcimiento. Debe brindarse a los niños muy pequeños y algunos niños con discapacidad que no puedan participar en los procesos oficiales de consulta oportunidades especiales de expresar sus preferencias.

6. En el lugar de trabajo

116. Los niños que trabajen a una edad más temprana que la permitida por las leyes y por los Convenios Nos. 138 (1973) y 182 (1999) de la Organización Internacional del Trabajo tienen que ser escuchados en un entorno adaptado a ellos para comprender sus opiniones sobre la situación y su interés superior. Deben ser incluidos en la búsqueda de una solución que respete las limita-

17 Los Estados partes deben remitirse a la Observación general Nº 8 (2006) del Comité sobre el derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes (CRC/C/GC/8), en que se explican estrategias participativas para eliminar los castigos corporales.

ciones económicas y socioestructurales y el contexto cultural en que trabajan esos niños. Los niños también deben ser escuchados cuando se formulen políticas para eliminar las causas profundas del trabajo infantil, en particular en lo que respecta a la educación.

117. Los niños trabajadores tienen derecho a ser protegidos por ley contra la explotación y deben ser escuchados cuando los inspectores que investiguen la aplicación de las leyes laborales examinen los lugares y las condiciones de trabajo. Los niños y, si existen, los representantes de las asociaciones de niños trabajadores también deben ser escuchados cuando se redacten las leyes laborales o cuando se examine y evalúe el cumplimiento de las leyes.

7. En situaciones de violencia

118. La Convención establece el derecho del niño a estar protegido de todas las formas de violencia y la responsabilidad de los Estados partes de garantizar este derecho para todos los niños sin discriminación de ningún tipo. El Comité alienta a los Estados partes a que consulten con los niños en la formulación y aplicación de medidas legislativas, normativas, educacionales y de otro orden para hacer frente a toda forma de violencia. Es necesario en especial garantizar que no se excluya a los niños marginados y desfavorecidos, como los que atraviesan situaciones de explotación, los niños de la calle y los niños refugiados, de los procesos consultivos encaminados a obtener sus opiniones acerca de la legislación y los procesos normativos pertinentes.

119. A ese respecto, el Comité acoge con interés las conclusiones del estudio de las Naciones Unidas sobre la violencia contra los niños e insta a los Estados partes a que apliquen plenamente sus recomendaciones, en particular la recomendación de ofrecer el margen necesario para que los niños expresen libremente sus opiniones y tener debidamente en cuenta esas opiniones en todos los aspectos de la prevención, la presentación de informes y la vigilancia de la violencia contra los niños[18].

120. Gran parte de los actos de violencia cometidos contra niños no se enjuician, tanto porque ciertas formas de conducta abusiva son vistas por los niños como prácticas culturales aceptadas como por la falta de mecanismos

18 Informe del experto independiente para el Estudio de las Naciones Unidas sobre la violencia contra los niños (A/61/299).

de denuncia adaptados a los niños. Por ejemplo, no tienen a nadie a quien puedan informar de manera confidencial y segura de que han experimentado malos tratos, como castigos corporales, mutilación genital o matrimonio prematuro, ni disponen de canales para comunicar sus observaciones generales a los responsables de la observancia de sus derechos. Así, para que los niños estén incluidos efectivamente en las medidas de protección hace falta que estén informados de su derecho a ser escuchados y que crezcan libres de todas las formas de violencia física y psicológica. Los Estados partes deben obligar a todas las instituciones dedicadas a la infancia a que establezcan un fácil acceso a las personas y organizaciones a las que los niños puedan informar de forma confidencial y segura, por ejemplo mediante líneas de atención telefónica, y ofrecer lugares en que los niños puedan aportar sus experiencias y opiniones sobre la eliminación de la violencia contra los niños.

121. El Comité también llama la atención de los Estados partes sobre la recomendación del estudio de las Naciones Unidas sobre la violencia contra los niños de que se preste apoyo y se aliente a las organizaciones de niños e iniciativas dirigidas por ellos para abordar la violencia y se incluya a esas organizaciones en la elaboración, el establecimiento y la evaluación de programas y medidas contra la violencia, de modo que los niños puedan desempeñar un papel principal en su propia protección.

8. En la formulación de estrategias de prevención

122. El Comité observa que la voz de los niños ha pasado a ser una fuerza cada vez más poderosa en la prevención de las violaciones de los derechos del niño. Se encuentran ejemplos de buenas prácticas, por ejemplo, en el terreno de la prevención de la violencia en las escuelas, la lucha contra la explotación del niño mediante trabajos peligrosos y agotadores, la prestación de servicios de salud y educación a los niños de la calle y el sistema de la justicia juvenil*. Se debe consultar a los niños en la formulación de legislación y políticas relacionadas con esas y otras materias problemáticas y hacerlos participar en la elaboración, el desarrollo y la aplicación de los planes y programas conexos.

9. En los procedimientos de inmigración y asilo

123. Los niños que llegan a un país siguiendo a sus padres en busca de trabajo o como refugiados están en una situación especialmente vulnerable. Por ese

motivo es urgente hacer respetar plenamente su derecho de expresar sus opiniones sobre todos los aspectos de los procedimientos de inmigración y asilo. En el caso de la migración, hay que escuchar al niño en relación con sus expectativas educativas y sus condiciones de salud a fin de integrarlo en los servicios escolares y de salud. En el caso de una demanda de asilo, el niño debe tener además la oportunidad de presentar sus motivos para la demanda de asilo.

124. El Comité destaca que debe darse a esos niños toda la información pertinente, en su propio idioma, acerca de sus derechos, los servicios disponibles, incluidos los medios de comunicación, y el proceso de inmigración y asilo, para que se haga oír su voz y que su opinión se tenga debidamente en cuenta en los procedimientos. Debe designarse a un tutor o asesor a título gratuito. Los niños solicitantes de asilo también pueden necesitar datos sobre el paradero de su familia e información actualizada sobre la situación en su país de origen para determinar su interés superior. Puede ser necesario prestar asistencia especial a los niños que hayan participado en un conflicto armado para permitirles expresar sus necesidades. Además, es necesario prestar atención a garantizar que se incluya a los niños apátridas en los procesos de adopción de decisiones en los territorios en que residen[19].

10. En situaciones de emergencia

125. El Comité subraya que el derecho enunciado en el artículo 12 no pierde vigencia en situaciones de crisis o posteriores a una crisis. Existe un conjunto de pruebas cada vez mayor de la contribución importante que pueden hacer los niños en situaciones de conflicto, en la resolución de conflictos y en los procesos de reconstrucción después de las emergencias[20].

Así, el Comité recalcó en su recomendación a raíz del día de debate general de 2008 que se debía alentar y facilitar la participación de los niños afectados por emergencias en el análisis de su situación y sus perspectivas de futuro. La participación de los niños los ayuda a retomar el control de su vida, contribuye a la rehabilitación, fomenta las aptitudes de organización y fortalece el senti-

19 Véase la Observación general Nº 5 del Comité (2005) sobre el trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen (CRC/GC/2005/6).

20 "The participation of children and young people in emergencies: a guide for relief agencies" ("La participación de los niños y jóvenes en las emergencias: guía para los organismos de socorro"), UNICEF, Bangkok (2007).

miento de identidad. Sin embargo, es necesario tener cuidado de proteger a los niños de la exposición a situaciones en que probablemente resulten traumatizados o afectados.

126. En consecuencia, el Comité alienta a los Estados partes a que apoyen mecanismos que permitan a los niños, y en particular los adolescentes, desempeñar un papel activo en los procesos tanto de reconstrucción posteriores a emergencias como de resolución después de los conflictos. Deben obtenerse sus opiniones respecto de la evaluación, elaboración, ejecución, supervisión y evaluación de los programas. Por ejemplo, se puede estimular a los niños de los campamentos de refugiados a hacer una contribución a su propia seguridad y bienestar mediante el establecimiento de foros de niños. Es necesario prestar apoyo para que los niños puedan establecer esos foros, procurando a la vez que su funcionamiento sea consecuente con los intereses superiores de los niños y su derecho a la protección respecto de las experiencias que los puedan afectar.

11. En ámbitos nacionales e internacionales

127. Gran parte de las oportunidades para la participación de los niños tienen lugar en el plano de la comunidad. El Comité celebra que sea cada vez mayor el número de parlamentos locales de jóvenes, consejos municipales de niños y consultas especiales en que los niños pueden expresar su opinión en los procesos de adopción de decisiones. No obstante, esas estructuras de participación representativa oficial en el gobierno local deben ser solamente una de las muchas formas de aplicar el artículo 12 en el plano local, por cuanto solo permiten que un número relativamente reducido de niños participe en las comunidades locales. Las horas de consulta de políticos y funcionarios, las jornadas de puertas abiertas y las visitas a escuelas y jardines de infancia brindan otras oportunidades de comunicación.

128. Se debe apoyar y estimular a los niños para que formen sus propias organizaciones e iniciativas dirigidas por ellos mismos, que crearán espacio para la participación y representación auténticas. Además, los niños pueden contribuir con su punto de vista, por ejemplo, respecto del diseño de escuelas, parques, campos de juego, instalaciones de recreo y culturales, bibliotecas públicas, instalaciones de salud y sistemas locales de transporte a fin de lograr unos servicios más apropiados. Se deben incluir explícitamente las opiniones de los niños en los planes de desarrollo de la comunidad que requieran consulta pública.

129. Entretanto, en muchos países también se establecen oportunidades de participación de ese tipo a nivel distrital, regional, federal, estatal y nacional, en que los parlamentos, consejos y conferencias de jóvenes ofrecen foros para que los niños presenten sus opiniones y las den a conocer al público interesado. Las ONG y organizaciones de la sociedad civil han establecido prácticas de apoyo a los niños que salvaguardan la transparencia de la representación y evitan los riesgos de manipulación o formulismo.

130. El Comité acoge con agrado la importante contribución del UNICEF y las ONG a la promoción de la concienciación sobre el derecho del niño a ser escuchado y de su participación en todos los ámbitos de la vida del niño, y los alienta a seguir promoviendo la participación de los niños en todos los asuntos que los afecten en su entorno más cercano, la comunidad y los planos nacional e internacional para facilitar los intercambios de las mejores prácticas. Se debe estimular activamente la formación de redes entre organizaciones dirigidas por los niños para aumentar las oportunidades de que compartan conocimientos y plataformas para la acción colectiva.

131. A nivel internacional, la participación de los niños en las Cumbres Mundiales en favor de la Infancia celebradas por la Asamblea General en 1990 y 2002 y la intervención de niños en el proceso de presentación de informes al Comité de los Derechos del Niño revisten especial importancia. El Comité acoge con agrado los informes escritos y la información oral complementaria que presentan organizaciones de niños y representantes de niños en el proceso de seguimiento de la observancia de los derechos del niño por los Estados partes y alienta a los Estados partes y las ONG a que apoyen a los niños para que presenten sus opiniones al Comité.

D. Condiciones básicas para la observancia del derecho del niño a ser escuchado

132. El Comité insta a los Estados partes a evitar los enfoques meramente simbólicos que limiten la expresión de las opiniones de los niños o que permitan que se escuche a los niños pero no que se tengan debidamente en cuenta sus opiniones. Hace hincapié en que permitir la manipulación de los niños por los adultos, poner a los niños en situaciones en que se les indica lo que pueden decir o exponer a los niños al riesgo de salir perjudicados por su participación no constituyen prácticas éticas y no se pueden entender como aplicación del artículo 12.

133. Para que la participación sea efectiva y genuina es necesario que se entienda como un proceso, y no como un acontecimiento singular y aislado. La experiencia desde la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño en 1989 ha creado un consenso amplio respecto de las condiciones básicas que deben cumplirse para lograr una aplicación efectiva, ética y significativa del artículo 12. El Comité recomienda que los Estados partes integren esos principios en todas las medidas legislativas y de otro orden para la aplicación del artículo 12.

134. Todos los procesos en que sean escuchados y participen un niño o varios niños deben ser:

a) Transparentes e informativos. Se debe dar a los niños información completa, accesible, atenta a la diversidad y apropiada a la edad acerca de su derecho a expresar su opinión libremente y a que su opinión se tenga debidamente en cuenta y acerca del modo en que tendrá lugar esa participación y su alcance, propósito y posible repercusión.

b) Voluntarios. Jamás se debe obligar a los niños a expresar opiniones en contra de su voluntad y se les debe informar de que pueden cesar en su participación en cualquier momento

c) Respetuosos. Se deben tratar las opiniones de los niños con respeto y siempre se debe dar a los niños oportunidades de iniciar ideas y actividades. Los adultos que trabajen con niños deben reconocer, respetar y tomar como base los buenos ejemplos de participación de los niños, por ejemplo, en su contribución en la familia, la escuela, la cultura y el ambiente de trabajo. También es necesario que comprendan el contexto socioeconómico, medioambiental y cultural de la vida de los niños.

Las personas y organizaciones que trabajan para los niños y con niños también deben respetar la opinión de los niños en lo que se refiere a la participación en actos públicos.

d) Pertinentes. Las cuestiones respecto de las cuales los niños tienen derecho a expresar sus opiniones deben tener pertinencia auténtica en sus vidas y permitirles recurrir a sus conocimientos, aptitudes y capacidad. Además, es necesario crear espacio para permitir a los niños destacar y abordar las cuestiones que ellos mismos consideren pertinentes e importantes.

e) Adaptados a los niños. Los ambientes y los métodos de trabajo deben adaptarse a la capacidad de los niños. Se debe poner el tiempo y los recursos

necesarios a disposición de los niños para que se preparen en forma apropiada y tengan confianza y oportunidad para aportar sus opiniones. Es necesario considerar el hecho de que los niños necesitarán diferentes niveles de apoyo y formas de participación acordes con su edad y la evolución de sus facultades.

f) Incluyentes. La participación debe ser incluyente, evitar las pautas existentes de discriminación y estimular las oportunidades para que los niños marginados, tanto niñas como niños, puedan participar (véase también párr. 88 supra). Los niños no constituyen un grupo homogéneo y es necesario que la participación prevea la igualdad de oportunidades para todos, sin discriminación por motivo alguno.

Es necesario también que los programas sean respetuosos de las particularidades culturales de los niños de todas las comunidades.

g) Apoyados en la formación. Los adultos necesitan preparación, conocimientos prácticos y apoyo para facilitar efectivamente la participación de los niños, por ejemplo, para impartirles conocimientos relativos a escuchar, trabajar conjuntamente con niños y lograr efectivamente la participación de los niños con arreglo a la evolución de sus facultades. Los propios niños pueden participar como instructores y facilitadores respecto de la forma de propiciar la participación efectiva; necesitan formación de la capacidad para reforzar sus aptitudes respecto de, por ejemplo, la participación efectiva y la conciencia acerca de sus derechos y capacitación para organizar reuniones, recaudar fondos, tratar con los medios de difusión, hablar en público y hacer tareas de promoción

h) Seguros y atentos al riesgo. En algunas situaciones, la expresión de opiniones puede implicar riesgos. Los adultos tienen responsabilidad respecto de los niños con los que trabajan y deben tomar todas las precauciones para reducir a un mínimo el riesgo de que los niños sufran violencia, explotación u otra consecuencia negativa de su participación. Las medidas necesarias para ofrecer la debida protección incluirán la formulación de una clara estrategia de protección de los niños que reconozca los riesgos particulares que enfrentan algunos grupos de niños y los obstáculos extraordinarios que deben superar para obtener ayuda. Los niños deben tener conciencia de su derecho a que se les proteja del daño y saber dónde han de acudir para obtener ayuda en caso necesario. La inversión en el trabajo con las familias y las comunidades es importante para crear una comprensión del valor y las consecuencias de la participación y reducir a un mínimo los riesgos a los que de otro modo podrían estar expuestos los niños.

i) Responsables. Es esencial el compromiso respecto del seguimiento y la evaluación. Por ejemplo, en toda investigación o proceso consultivo debe informarse a los niños acerca de la forma en que se han interpretado y utilizado sus opiniones y, en caso necesario, darles la oportunidad de rechazar el análisis de las conclusiones e influir en él. Los niños tienen derecho también a recibir una respuesta clara acerca de la forma en que su participación ha influido en un resultado. Cada vez que corresponda debe darse a los niños la oportunidad de participar en los procesos o actividades de seguimiento. Es necesario que la supervisión y evaluación de la participación de los niños, cuando sea posible, se hagan con los niños mismos.

E. CONCLUSIONES

135. La inversión en la realización del derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que lo afectan y a que sus opiniones se tengan debidamente en cuenta es una obligación clara e inmediata de los Estados partes en virtud de la Convención. Es un derecho de todos los niños, sin discriminación alguna. El objetivo de lograr oportunidades de aplicar verdaderamente el artículo 12 hace necesario desmantelar las barreras jurídicas, políticas, económicas, sociales y culturales que actualmente inhiben la oportunidad de que los niños sean escuchados y el acceso de los niños a la participación en todos los asuntos que los afecten. Ese objetivo exige preparación para hacer frente a los prejuicios acerca de la capacidad de los niños y estimular la creación de entornos en que los niños puedan potenciar y demostrar su capacidad. Exige además un compromiso para destinar recursos e impartir capacitación.

136. El cumplimiento de esas obligaciones supondrá un desafío para los Estados partes.

Sin embargo, se trata de un objetivo asequible si se aplican sistemáticamente las estrategias indicadas en la presente observación general y se establece una cultura de respeto por los niños y sus opiniones,