

LA PROBLEMÁTICA DE LOS ABUSOS SEXUALES: UNA MIRADA ANTROPOLÓGICA Y EL ABORDAJE INTERDISCIPLINARIO A TRAVÉS DE UN CASO REAL

CÁMARA GESELL: MÉTODO 'SUI GENERIS' EN LA BÚSQUEDA DE LA VERDAD

Su eficacia probatoria y el posible agravio a la defensa en juicio.

por **Michelle Orleans**

Resumen: A lo largo del presente proyecto, se hará un recorrido por los diferentes aspectos que conforman y hacen al Sistema de Cámara Gesell, a través de un análisis crítico - comparativo de su regulación en Nación y Provincia de Buenos Aires- intentando dar ,desde esta perspectiva, con las bondades de un método probatorio aún hoy, controvertido. También, se analizará su eficacia para hacer frente a posturas históricamente antagónicas, respecto de los testimonios de niños, niñas y adolescentes, que han sido abusados sexualmente en la intimidad del espacio intrafamiliar; y su posible colisión con el Derecho de Defensa en Juicio, internacional y constitucionalmente protegido.

Voces: Abuso Sexual Infantil ~ Derechos Del Imputado ~ Derechos Del Menor ~ Interés Superior del Niño ~ Revictimización

Abstract: Throughout the present project, there will be done a look through the different aspects that make and give shape to the kind of system known as Camera Gesell, always with a critical point of view – comparing its regulation in Nation and Buenos Aires Province- trying to reach, from a critical perspective, to the benefits of this method, that is still controversial today. Also, it will be analyzed its efficiency to cope with the historically antagonistic positions, regarding children’s testimonial evidence, that have been sexually abused in the intimacy of intrafamiliar space, and its possible collision with the Right of Defense at trial, internationally and constitutionally protected.

Keywords: Child sexual abuse ~Secondary Victimization~ Rights of the Accused ~ Children's Rights ~ Best Interests of the Child ~

Introducción.

Delimitación de la problemática.

El objetivo de esta investigación será, dentro de la vasta gama de problemáticas, interrogantes y cuestionamientos que judicialmente genera un hecho semejante como el abuso sexual de niños, niñas y adolescentes – en adelante NNA-, con sus rasgos de clandestinidad por el entorno privado en el que ocurren, prolongación en el tiempo, secreto, impunidad, consecuencias físicas y psíquicas a largo plazo, entre otros; el de focalizar en lo que considero un gran avance respecto de la protección que internacionalmente se exige brindar a éstos niños víctimas, en estado de vulnerabilidad: El método de Cámara Gesell.

Lo interesante de este aspecto es ver cómo, necesariamente van a confluir y por momentos chocar, el universo de la Psicología con el del Derecho; lo esperable y recomendable en términos de psicología infantil, respetando los mandatos de la ética profesional; y lo que efectivamente fue regulado en materia procesal, que, a mi entender, en el caso de la Provincia de Buenos Aires, dista mucho de ser un modelo ejemplar.

A partir de la aplicación de este método con características que, según creo y expondré más adelante, lo enrolan dentro de una categoría 'sui generis' - aclarando desde el inicio, que ha sido regulado de diferentes maneras en cada jurisdicción provincial, con aplicación de distintos criterios y participación de diversos agentes-, han ido apareciendo diferentes casos jurisprudenciales de donde emergen distintos cuestionamientos, que a lo largo de este trabajo se intentará responder.

La pregunta que en primer lugar surge y que motiva la realización de esta investigación es, si es posible realmente, llegar a dar con la verdad de los hechos a través del método de Cámara Gesell, del modo en que fuera regulado en la Provincia de Buenos Aires, habiendo dejado en manos de los jueces una tarea para la cual no se hayan debidamente especializados.

A su vez, y no menos importante, el hecho de que generalmente se lleve a cabo en la parte instructoria ¿Es violatorio del Derecho de Defensa en juicio?

Luego, podríamos cuestionarnos si es dable optar por una visión más pesimista sostenida por largo tiempo en doctrina, y resignarnos a aceptar que los niños víctimas de abuso sexual, tienden a fantasear y deformar sus vivencias, siendo siempre sugestionados por su entorno; o más bien, entender que la clave del éxito está en el modo de realizar la operatoria y en manos de quiénes recae la misma, en la necesidad de evitar la re victimización o, también conocida como victimización secundaria, que acarrea la repitencia de las declaraciones de los NNA, causales muchas veces de la generación de contradicciones que luego redundan en favor del posible victimario.

Finalmente, y a modo de ver reflejado en la realidad lo que en este trabajo pretendo demostrar, analizaremos dos fallos, cada uno aplicado según la diversa regulación que rige en el lugar del dictamen: uno de Nación y el otro, de la Provincia de Buenos Aires, surgiendo la siguiente incógnita ¿Es posible, pese a la diversa regulación vigente en estos lugares, la adopción finalmente, por parte de los magistrados de similares criterios a la hora de enfrentarse a similares problemáticas?

Desarrollo de la propuesta:

Breve análisis sobre la pertinencia de la Ley 25.087:

Entiendo importante para dar inicio a este trabajo,- sin perjuicio de que nuestra investigación va a estar centrada en los niños y niñas víctimas de abuso sexual- comenzar por el análisis de la concepción del delito en este caso abordado. Más allá de los numerosos cambios en su redacción que ha tenido hasta el presente el artículo 119 de nuestro Código Penal, y de los defectos que genera a nivel interpretativo por su notable imprecisión, la modificación en la denominación al Título III, de la Parte Especial, que implicó la llegada de la Ley 25.087- 4 de abril de 1999-, vino a significar un cambio de perspectiva, principalmente en la concepción de lo que debe entenderse por víctima.

“En su versión original, este título se rubricaba Delitos contra la honestidad, pero dicho rótulo ha sido modificado por la ley 25.087 que lo denominó Delitos contra la integridad sexual. El legislador fundó el cambio sosteniendo que se ha redefinido el bien jurídicamente protegido, que pasa a ser la integridad sexual de la persona y no un concepto público de honestidad o la honra de los varones allegados a la víctima.

En este sentido se ha sostenido que “Una percepción de las agresiones sexuales acorde con el estado actual de nuestra cultura debe considerar el crimen sexual estrictamente como una injuria a la integridad física y psíquica y a la libre decisión de la víctima, y no una injuria a la pureza o castidad de ella, ni al honor de algún varón”. (DONNA: 11)

De esta manera, comienzan a ser abandonados arraigados prejuicios sociales; lo que podía considerarse una víctima “esperable” o “aceptable”, eliminando un concepto por demás nebuloso, como el de *honestidad*- que originariamente refería a la conservación de la virginidad por parte de las mujeres- para pasar a dejar de lado la cuestión moral y adoptar una concepción abarcativa de la integridad tanto física como psíquica. Coincido de todos modos con la crítica que a este respecto ofrece Donna, señalando la conveniencia de haber hecho uso del término “libertad sexual”, en lugar de “integridad sexual”, haciendo hincapié así, en la defensa de la libertad de determinación en este ámbito.

De todos modos, creo que a partir de aquí y muy lentamente, se observa una evolución que hoy en día se sigue dando, comenzando a centrarse la mirada en las víctimas de estos delitos, sujetos que parecían ser siempre olvidados, sin importar las consecuencias que los abusos producían sobre su persona.

Partimos de aquí, para arribar a los intentos que normativamente, tanto a nivel nacional como internacional, se han dado para la construcción de un proceso en mejor resguardo de los derechos de las víctimas de abuso sexual, para ser contemplados por igual y equilibradamente con los del imputado.

Marco normativo internacional desde una visión interdisciplinaria:

Sabido es que gracias a los paulatinos avances en materia de Derechos Humanos, y más específicamente Derechos del niño, se ha ido formando un nuevo concepto de lo que debe ser considerado “Niño/a”.

Históricamente y de la lectura del relato de numerosos doctrinarios, se obtienen dos posturas antagónicas, que derivaban luego en la visión que tenían los operadores jurídicos respecto de los NNA: “los niños mienten, o los niños no mienten nunca”

“Existe, por decirlo de alguna forma, una tercer opción que debe ser tenida en cuenta, que es la sugestionabilidad para la construcción del relato, que consiste en la incorporación de cierta información de manera distorsionada debido a la existencia de diversos condicionantes”. (BUJÁN, FERNANDO Y ALE, SEBASTIÁN ALEJANDRO: 104)

Coincido en este caso, con la visión que al respecto ofrecen los autores de la mentada investigación, y me permito agregar una opinión personal. En primer lugar, muy cierto es, y a la luz de los casos puede fácilmente comprobarse, que un aspecto muy importante a tener en cuenta es la mayor facilidad de influir sobre el comportamiento y decisión de un NNA. Recordemos que en estos casos, al trauma que implica el solo hecho de ser abusado sexualmente, hay que sumarle el aspecto vincular, el uso y abuso de poder que los mayores ejercen sobre estos menores, y el círculo vicioso que se genera a nivel familia, muchas veces naturalizando y apañando estos hechos de violencia.

Sin perjuicio de ello, me pregunto hasta qué punto podemos decir que sólo los menores pueden ser sugestionados y así alterar su relato de los hechos, y por qué no también los mayores de edad, cuando exista algún vínculo fuerte de dependencia, debilidad, miedo, etc.

“Los niños generalmente no mienten cuando se refieren a situaciones abusivas. Bibliografía confiable en salud mental (Garbarino- Stott, 1989) enseña: ‘Los niños alteran los hechos al relatar un acontecimiento por muchas de las razones que también mueven al adulto a hacerlo: para protegerse a sí mismos y sus seres queridos, para evitar castigos y para conseguir algo que desean. Las mentiras no siempre están al servicio de uno mismo; los sentimientos de lealtad para con los padres, el deseo de mantener unida a la familia y de evitar a los padres el dolor de saber ciertas experiencias determinan lo que acaban diciendo. Asimismo, reacciones de incredulidad o de enfado por parte de los adultos pueden modificar lo que digan...” (GARROTE: 116).

Es por ello que creo que, lejos de subestimar el intelecto de un niño, su capacidad de expresarse y de demostrar con pequeños indicios sus padecimientos, deberíamos poner el foco de atención en los mecanismos que integran el proceso; cómo son aplicados y por quiénes, en qué momento, y con qué cuidados. Sin dudas, allí estará la clave del éxito, al brindarle al niño víctima un ámbito de confianza tal, para poder expresarse libremente y sin temor a represalias.

“Los niños tienen conocimientos básicos sobre la reproducción humana, pero desconocen las modalidades de la sexualidad adulta, que se caracteriza por su genitalidad explícita. Este es un indicador clave: los relatos de los NNyA abusados sexualmente incluyen un conocimiento de la genitalidad adulta desfasado y anómalo para la edad, que se suma a la presencia de un estado emocional negativo”. (BERLINERBLAU, VIRGINIA: 12)

Como surge de este extracto y en respaldo de lo que vengo sosteniendo, viene a escena otro aspecto por demás importante a la hora de pensar en un método eficiente para develar la realidad del caso y poder escindir “la mentira” de la realidad, hasta qué punto puede llegar la influencia del mayor referente, y dónde asoma la verdad del niño. Es, ni más ni menos que la idoneidad del responsable de realizar las entrevistas con los NNA, su capacidad de discernir según las reglas que rigen su ciencia, hasta qué punto llega ese posible relato influenciado, y en qué momento comienzan a aparecer señales de un conocimiento inadecuado a la edad del niño, incompatible con su grado de desarrollo y madurez.

Es esta nueva visión de los NNA como sujetos de derechos, merecedores de un trato digno y de ser escuchados en todo en cuanto atañe a sus intereses, lo que ha constreñido a los diferentes Estados firmantes de los Tratados en esta materia, a modificar un sistema procesal arcaico e inquisidor, que no reparaba en las consecuencias de la revictimización de los niños y personas vulnerables, sometiéndolos a reiterados interrogatorios que los hacían revivir constantemente sus más traumáticas vivencias.

Tal el caso, de la **Convención sobre los Derechos del Niño**, sancionada en 1990, y aprobada por ley 23.849 en la Argentina, que en su Art.12 dispone, la obligación de los Estados Parte de garantizar a aquel niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afecten, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de la edad y madurez del niño.

También, es dable mencionar la importancia que han tenido las **Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos**, donde se reconoce que *“los niños que son víctimas y testigos de delitos son especialmente vulnerables y requieren protección especial, asistencia y apoyo, apropiados para su edad, nivel de madurez, y necesidades especiales a fin de evitar que su participación en el proceso de justicia penal les cause perjuicios y traumas adicionales”*.

Y destaco dentro de sus objetivos el punto 4, en el cual resalta que *“Al aplicar las directrices, cada jurisdicción deberá asegurarse de que cuenta con procedimientos adecuados de capacitación, selección y de otra índole a fin de proteger y satisfacer las necesidades especiales de los niños víctimas y testigos de delitos, cuando la naturaleza de la victimización afecte de distinta manera a una categoría de niños, como sucede, cuando los niños, y en especial las niñas son objeto de agresión sexual”*.

Respecto de este párrafo me permito realizar dos observaciones: en primer lugar, no puedo menos que poner en duda que la Resolución 903/12, configurativa del Protocolo para la aplicación de la Cámara Gesell en la Provincia, efectivamente garantice esa capacitación de los distintos actores que toman contacto en las declaraciones de los NNA, aspecto sobre el que ahondaré más adelante.

Y, en segundo lugar, no puede pasar desapercibida la parte final del párrafo en cuanto destaca que las niñas en especial, son víctimas de agresión sexual. Frente a esta afirmación, y desde una mirada antropológica y cultural, sin dudas es dable pensar que en el caso de los niños, hay una gran exigencia social que pesa sobre ellos, una especie de exigencia que se fue alimentando a lo largo de la historia, suerte de machismo que permanece hasta nuestros días, y que seguramente en muchos casos, sea un factor determinante para optar por el ocultamiento y la no-denuncia, de los abusos perpetuados contra los mismos. Incluso, estos mismos niños, al pasar el tiempo y convertirse en adultos, difícilmente decidan dar a la luz este tipo de hechos con el impacto social que acarrea, y con las dificultades probatorias que conlleva el paso del tiempo.

Siguiendo esta línea de análisis y tratando de salir del marco meramente jurídico, encuentro interesante la referencia a investigadoras como Giberti Y Monzón que realizan Olga Salanueva y Manuela Gonzales:

“Giberti, Monzón (2002) y otras investigadoras abordan el problema del abuso sexual en la niñez y la adolescencia haciendo un recorrido histórico y teórico sobre qué se ha afirmado y probado científicamente a partir del psicoanálisis.

Giberti, (2005) en distintas publicaciones y, en trabajos de campo ha manifestado que la violencia y maltrato a la niñez, incluyendo los abusos sexuales y el incesto, son datos permanentes de la historia humana y se relacionan, más que con patologías familiares, con las pautas culturales internalizadas transmitidas de padres a hijos, respaldadas en la necesidad adulta de expresar la agresividad y aceptada comunitariamente como forma de educación.

Además, señala que existe todavía una elusión desde los psicoanalistas y psicólogos para abordar los problemas y causas de los abusos sexuales en la niñez víctima. Coincidentemente Monzón (2002) afirma, ‘que en la antigüedad se consideraba natural tomar a los niños como objeto sexual... hoy, la pornografía y la prostitución infantil navegan impunemente por internet’ y continúa ‘Desde que el psicoanálisis nació hasta hoy que cumple su primer siglo de vida, los psicoanalistas hemos oscilado entre reconocer la realidad del abuso sexual contra menores, haciendo una multiplicidad de ricos aportes a la comprensión de este problema y, paralela o posteriormente, negar su existencia’” (SALANUEVA, OLGA; MANUELA GONZALES: 22)

Parándonos ahora desde la perspectiva de los imputados, conocido por todos es que, en virtud del carácter inquisitorio que a lo largo de los siglos caracterizó al derecho procesal penal, históricamente se partía de la presunción de culpa del sospechado, para que luego este pudiese demostrar su inocencia, objetivo claro, que nunca lograba, y menos a través de los métodos empleados para que confesase su delito a toda costa.

Pues bien, con el desarrollo del concepto de derechos humanos, la proliferación de tratados a nivel mundial, con carácter vinculante para los Estados firmantes y el surgimiento de las corrientes garantistas, entre otras, el principio pasó a ser precisamente el inverso. Para partir, entonces del *in dubio pro reo*, con un proceso que asegure al imputado el máximo resguardo de sus derechos de defensa, a ser oído, poder controlar y proponer medidas probatorias que hagan a su defensa, dejando de ser así un mero objeto de persecución penal.

La posible violación a la defensa en juicio es el tema que más debates ha suscitado en lo relativo a la realización de la Cámara Gesell, en aparente colisión con normas supranacionales como el artículo 14, incisos 3.º d) y, “e” PIDCP:

“Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...)

d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a

tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;

e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo”. (...).

Y, en el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos, entraría en contradicción con su artículo 8, inciso 2.º”f”:

“2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

f). Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos”. (...)

Tengamos en cuenta esto, como un mero ejemplo de la multiplicidad de normativas que intentan dotar de garantías en favor del imputado, el proceso penal.

Es esencial entiendo, tener presente que sabiendo que cada caso es único, seguramente sigan apareciendo constantemente casos intrincados, que se presenten como de difícil o imposible resolución, sin tener que obligadamente hacer prevalecer un derecho por sobre el otro. Sostengo y pretendo demostrar, que en el caso de la prueba aquí analizada, no tiene por qué ocurrir aquello.

Pueden perfectamente protegerse, por un lado, el derecho del NNA víctima de abuso sexual, a no ser objeto de una victimización secundaria, afectando con ello su psiquismo, haciendo todo lo necesario para preservar y permitir (teniendo en cuenta que, esencialmente y en principio, nos hallamos ante una prueba irreproducible) posteriormente y en otra etapa del proceso, el derecho del imputado a ejercer el correspondiente contralor sobre la misma.

Nación Vs. Provincia de Buenos Aires: mismo sistema, distinta regulación.

Sin lugar a dudas, y a riesgo de resultar reiterativa, insisto en que es menester destacar el gran avance que ha significado para nuestro ordenamiento jurídico y sistema procesal penal, la incorporación de la Cámara Gesell, a partir del reconocimiento de la necesidad de dar una protección integral y evitar la constante revictimización a la que se veían sometidos inevitablemente aquellos menores que iniciaban la denuncia penal.

Es en el marco de esta prueba, *sui generis*, -modo en que la concibo por no poder encasillarla completamente como una prueba testimonial o pericial-, en donde se puede apreciar mayormente la influencia y la necesidad de una labor interdisciplinaria: operadores del derecho por un lado, peritos psicólogos por el otro, ambos motivados por un mismo fin, que no es otro que la búsqueda de la verdad histórica del caso, pero al mismo tiempo, regidos por ciencias completamente diferentes, lo cual dificulta el consenso respecto de los pasos a seguir.

En este sentido, los jueces a la hora de evaluar los testimonios, deberán aplicar las reglas de la sana crítica, teniendo por supuesto, en consideración, los informes vertidos por los psicólogos intervinientes.

Por otro lado, tenemos al perito, que se va a regir por las reglas de su ciencia, al momento de entrevistarse con el menor víctima, y cuyo abordaje y análisis no va a circunscribirse a lo atañente al niño como un ente aislado, sino que lo evaluará sin olvidar su entorno, de dónde viene, cómo se conforma su grupo familiar, hasta qué punto ese relato puede verse de alguna manera modificado por presiones externas, etc. – Con esta serie de ejemplos, pretendo dar apoyo a lo que entiendo un elemento central en esta prueba; la labor del perito psicólogo, irremplazable en este sentido por la tarea que puede llegar a ofrecernos un letrado, cuyos conocimientos en este campo impedirían un trato adecuado e ideal con el menor víctima.-

Pero, en dicha entrevista nada puede dejarse librado al azar, y también existe, como no podría ser de otra manera en el mundo del derecho, el **Protocolo indicativo para recibir el testimonio del niño abusado**, creado por la Federación argentina de Colegios de Abogados, sentando las bases para que la tarea que allí despliegue el profesional, se efectúe de manera tal de poder luego ser tomada como prueba vinculante y válida en el proceso, evitando futuras nulidades. Cabe destacar, que dicho protocolo resulta aplicable y vinculante únicamente en Nación.

A modo de sintetizar lo allí dispuesto, se destacan una serie de indicaciones como, por ejemplo, la necesidad de una evaluación interdisciplinaria de la estrategia previa a implementar; insiste sobre la video-grabación de la entrevista efectuada en sala acondicionada, destacando que aquella filmación deberá realizarse de manera tal que pueda utilizarse en adelante como la ÚNICA prueba testimonial del niño a todos los efectos legales, cualquiera sea la naturaleza del proceso.

Todo aquello, permite destacar la importancia transversal a todo el proceso que tiene este tipo de prueba puesto que los dichos de la propia víctima constituyen un relato por demás importante, que muchas veces termina siendo el único elemento probatorio integrante de toda

la causa, dadas las características que hacen a este delito, rodeado de secretos, omisiones, las más de las veces con un testigo único, etc.

Único relato, que si es obtenido conforme a derecho, con una labor interdisciplinaria llevada a cabo respetando los conocimientos y aportes de cada una de las áreas, puede perfectamente constituir prueba suficiente para una eventual sentencia condenatoria, cuando en el peor de los casos, no pueda recurrirse a prueba adicional. Será el juez quien a través de esas pericias, y apelando a la sana crítica deberá hacer su evaluación final y elaborar el veredicto.

“Surge de la lectura del veredicto, con respecto a las pruebas, que no existe un criterio objetivo y técnico de valoración de las mismas. Aparecen frases propias del discurso del juez mezcladas con una selección poco clara de los informes producidos por los profesionales especialistas en el tema y valoraciones personales que obviamente son producto del lugar que los jueces ocupan dentro del campo jurídico y social.

Daich (2004: 376) afirma que ‘la psicología, la psiquiatría y las demás disciplinas funcionan atendiendo a su status científico, como discursos de verdad y de esa manera ejercen el poder en una sociedad que valora esa noción de verdad y al proclamar el status de científicidad, descalifican otros saberes y, de esa manera, nacen con un acto de poder’. Esta idea sostenida por la autora permite entender cómo el juez al fundar su decisión sobre los dichos del psicólogo, del psiquiatra, del médico, valiéndose de que esos discursos son técnicos y están valorados positivamente en la sociedad, legitima su decisión” (SALANUEVA, OLGA; MANUELA GONZALES: 82)

Veamos ahora, brevemente, cómo fue concebida esta etapa del proceso en Nación y Ciudad de Buenos aires: aquí, a partir de la sanción de la ley 25.852 en 2003, surge el **art. 250 bis** del Código Procesal de la Nación.

“Cuando se trate de víctimas de los delitos tipificados en el Código Penal, libro II, título I, capítulo II, y título III, que a la fecha en que se requiriera su comparecencia no hayan cumplido los 16 años de edad se seguirá el siguiente procedimiento:

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

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

Artículo 250 quáter: *“Siempre que fuere posible, las declaraciones de las víctimas de los delitos de trata y explotación de personas serán entrevistadas por un psicólogo designado por el Tribunal que ordene la medida, no pudiendo en ningún caso ser interrogadas en forma directa por las partes.*

Cuando se cuente con los recursos necesarios, las víctimas serán recibidas en una “Sala Gesell”, disponiéndose la grabación de la entrevista en soporte audiovisual, cuando ello pueda evitar que se repita su celebración en sucesivas instancias judiciales. Se deberá notificar al imputado y a su defensa de la realización de dicho acto. En aquellos procesos en los que aún no exista un imputado identificado los actos serán desarrollados con control judicial, previa notificación al Defensor Público Oficial.

Las alternativas del acto podrán ser seguidas desde el exterior del recinto a través de vidrio espejado, micrófono, equipo de video o cualquier otro medio técnico con que se cuente. En ese caso, previo a la iniciación del acto, el Tribunal hará saber al profesional a cargo de la entrevista el interrogatorio propuesto por las partes, así como las inquietudes que surgieren durante el transcurso de la misma, las que serán canalizadas teniendo en cuenta las características del hecho y el estado emocional de la víctima”.

En lo que a protección al menor respecta, sin adentrarnos aún en el análisis desde la perspectiva del imputado, creo que este artículo es el que más acabadamente recepta las disposiciones contenidas en los artículos 40 y 41 de las *Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos*, al prescribir expresamente que los menores sólo podrán ser entrevistados por un psicólogo especialista en niños y/o adolescentes, impidiendo que en algún caso sean interrogados en forma directa por el tribunal.

40. Se deberá impartir a los profesionales que trabajen con niños víctimas y testigos de delitos capacitación, educación e información adecuadas a fin de mejorar y mantener métodos, actitudes y enfoques especializados con objeto de proteger a los niños víctimas y testigos de delitos y de tratarlos con efectividad y sensibilidad.

41. Los profesionales deberán ser capacitados para que puedan proteger a los niños víctimas y testigos de delitos y atender de manera efectiva sus necesidades incluso en unidades y servicios especializados.

Destaco además de la adecuada redacción de la norma - ya que habla de “entrevista” del psicólogo, y no de interrogatorio, conceptos que muchas veces son utilizados indistintamente de manera errónea-; el hecho de no dejar en manos de los jueces una tarea tan sensible como es la de entrevistarse con un menor víctima de estos delitos.

Más allá de las mejores intenciones que puedan tenerse, nunca se logrará el mismo resultado dejando en manos de los letrados una prueba con estas características; por lo que considero

por demás acertado en estos casos, dejar al profesional experto actuar en base a sus conocimientos en la materia, siempre, por supuesto, con el contralor de las preguntas hecho previamente por el tribunal y las partes.

Un aspecto de posible debate, es la ruptura del secreto profesional al cual deben responder, en virtud del código de ética de la profesión, estos expertos. Porque, si bien se prevé la elaboración de un informe en el cuál el perito psicólogo vuelque las conclusiones a las que arribe luego de la entrevista, no olvidemos por otro lado, el Derecho de defensa en juicio que corresponde al imputado –actor que, en muchos casos, todavía resulta desconocido por la etapa del proceso en la que se lleva a cabo esta prueba- el cual obliga a la video filmación de la entrevista; sumando la posibilidad de observar en directo el proceso desde el exterior.

Esta posibilidad de observar sin ser vistos, como también la Video- grabación, a todas luces y a primera vista, parecerían ser violatorias de este secreto profesional. Aquí, entran en juego una vez más, regulaciones que chocan y parecen incompatibles unas con otras.

En este caso, y dado el rango de protección supra constitucional del que gozan, por un lado, los NNA, y por el otro el Derecho de Defensa en Juicio del imputado, entiendo que la exigencia del secreto deberá ceder, o de alguna manera flexibilizarse, para poder tornar operativo y eficaz a este medio de prueba. Volviendo a remarcar la necesidad de cubrir a este acto y realizarlo de manera tal, de no dar lugar luego a nulidades, que no sólo harían inútil esta prueba, sino que someterían al menor nuevamente a seguir recordando momentos traumáticos de su vida; con la consecuente deformación del relato primigenio que se va produciendo como consecuencia natural del paso del tiempo, y de la repitencia del mismo en distintas ocasiones y frente a diferentes actores.

Posición que sostengo y que encuentra reparo en las **100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad**, cuyo artículo 37 referente al anticipo jurisdiccional de la prueba dispone:

“Se recomienda la adaptación de los procedimientos para permitir la práctica anticipada de la prueba en la que participe la persona en condición de vulnerabilidad, para evitar la reiteración de declaraciones, e incluso la práctica de la prueba antes del agravamiento de la discapacidad o de la enfermedad. A estos efectos, puede resultar necesaria la grabación en soporte audiovisual del acto procesal en el que participe la persona en condición de vulnerabilidad, de tal manera que pueda reproducirse en las sucesivas instancias judiciales”.

En lo atinente a la actuación que debe seguirse en la Ciudad de Buenos Aires, la Resolución 58/10 del 3 de marzo del 2010 emitida por la Fiscalía general, integrante del Ministerio Público Fiscal de la Provincia de Buenos Aires, podemos decir que se ajusta adecuadamente a lo

normado a nivel supranacional, resaltando por ejemplo, la necesidad de evitar un entorno hostil, dejar de lado los rigorismos formales creando un ambiente distendido para afectar o al menos reducir al mínimo posible, el daño psicológico del menor.

Y en este sentido, permito preguntarme hasta qué punto puede llegar a afirmarse que, la creación de este espacio adaptado, no afecta de ninguna manera la psiquis del niño, o yendo más lejos aún, su intimidad y seguridad.

No olvidemos, que tal y como fue concebida esta metodología, uno de sus rasgos característicos es la posibilidad de observancia desde el exterior, por las partes y entre estas se encuentran, el imputado o el defensor oficial. Sin dudas aquí se estaría resguardando el constitucionalmente reconocido principio de defensa en juicio, pero, ¿Dónde queda la intimidad y seguridad del menor víctima? ¿No se vería condicionado su relato al advertírsele cuál es el proceso al que va a ser sometido?

Frente a esta serie de cuestionamientos, surge la perfectibilidad de un sistema, que sin dejar de significar un gran avance en la búsqueda de evitar la revictimización, sigue presentando debilidades. Por qué no pensar en la posibilidad de efectuar estas entrevistas en el consultorio particular del profesional, de alguna manera aliviando las presiones e impacto que para un niño puede significar el hecho de presentarse en sede judicial. Nada impediría, la video grabación de la entrevista, el previo control y propuesta de preguntas por las partes, de modo que en principio, seguiría en resguardo el derecho de defensa, pero esta vez, sin olvidar el cuidado de la psicología del menor.

En este sentido, y motivados por la necesidad de resguardo de las víctimas, **Las Guías de Santiago sobre la Protección de Víctimas y Testigos**, elaborada por la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos (AIAMP), señala 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”*.

Y siguiendo esta línea destaca: *“La víctima tiene derecho a vivir el ciclo del proceso en un clima sin presión para que pueda ejercitar los derechos que surgen de la nueva situación, responder adecuadamente a sus obligaciones para la mejor administración de justicia y para que no se produzca un proceso de revictimización que entorpezca la recuperación”*.

Como puede verse, a partir de estas premisas, sale a flote una de las debilidades del sistema analizado en este trabajo, respecto de lo que hace al cuidado de la seguridad, intimidad, y psiquis de la víctima. Aspecto quizás relegado, por la necesidad, no menos importante, de garantizar a la contraparte un constante control de todas y cada una de las etapas del proceso.

Y si en el análisis de lo normado en Nación, encontramos que aún el sistema muestra sus debilidades, el panorama en Provincia de Buenos Aires es mucho menos prometedor aún. Aquí se incorpora, a partir de la sanción de la ley 13.954 en el año 2009, el artículo 102bis, al Código Procesal Penal de la Provincia. El mismo dispone:

“Cuando debe prestar declaración un menor de dieciséis (16) años de edad, víctima de alguno de los delitos tipificados en el Libro II Título III del Código Penal, el niño, niña o adolescente deberá ser interrogado por un Fiscal, Juez o Tribunal quien podrá solicitar la intervención de un Psicólogo o Profesional especialista en maltrato y abuso sexual infantil, quien velará por el resguardo de la integridad psíquica y moral del niño, con facultad de sugerir la prescindencia de preguntas que puedan producir su menoscabo.

La declaración se tomará en una sala acondicionada con los elementos adecuados a la etapa evolutiva del menor, pudiendo disponerse, cuando así lo aconseje el Profesional interviniente, que las alternativas del acto sean seguidas por las partes y demás interesados desde el exterior del recinto a través de vidrio espejado, sistema de audio, equipo de video o cualquier otro medio técnico con que se cuente. A fin de evitar la necesidad de repetición de la declaración del menor en forma personal, se observarán las exigencias del Art. 274 del CPP disponiendo la video-filmación u otro medio de similares características de registración del acto, para su eventual incorporación ulterior al debate oral.

Estos registros serán confidenciales y sólo podrán ser exhibidos a las partes del proceso. (...)

En el supuesto que la medida ordenada por el Fiscal, Juez o Tribunal lo sea en contra del criterio del Profesional actuante, deberá fundar las razones de su decisión.”

Como resulta de la norma transcripta, el legislador parece haber olvidado por completo las normas anteriormente citadas respecto de la absoluta conveniencia para el NNA, de ser entrevistado por un especialista. Lo que más llama la atención, es el hecho de continuar sobrecargando la tarea de los jueces, la cual a mi criterio debería limitarse al debate del juicio oral y posterior dictado de sentencia.

Resulta por demás ambicioso pretender que de un interrogatorio formulado por un juez, pueda lograrse un resultado como mínimo esperable y cercano a la verdad histórica del caso. Y con ello, quiero decir, que se ven mezclados aquí distintas disciplinas, no puede exigirse a un magistrado que actúe con conocimientos de los cuáles carece, con trato con menores para el cual, no los prepara la Universidad ni el mundo del derecho.

Más llamativa es aún, la redacción de la norma puesto que va más lejos todavía dejando a criterio del juez la *posibilidad* de solicitar la intervención de un psicólogo o profesional especialista en maltrato y abuso sexual infantil. Cuesta hacerse la idea de la probabilidad de que en la práctica y frente a estos casos de abuso sexual infantil se actúe con total prescindencia de los conocimientos de un especialista. Pero del texto de la norma surge, que nada se contrapone a que el juez realice el interrogatorio de Cámara Gesell, sin necesidad del auxilio de otro profesional.

Otro punto importante a destacar, es que en este caso, tampoco se hace mención a la necesidad de elaborar un informe final de los resultados de la declaración en Cámara Gesell por parte del profesional, lo cual amplía mucho más la discrecionalidad del juez, la posibilidad de encontrarnos con subjetividades, prejuicios y valoraciones personales, sin tener un parámetro científico con el cuál guiar el cuerpo discursivo final.

En lo atinente al **Protocolo de Recepción de testimonio de víctimas /testigos niños, niñas y adolescentes y personas con padecimientos o deficiencias mentales**, dictado por la Suprema corte de la Provincia de Buenos Aires, mediante Resolución Nro.903/12 en base a la Ley provincial, nos encontramos con una regulación, a la cual, veo como un intento frustrado de reparar los defectos del artículo 102bis. Lo de frustrado, en virtud de que viene a proponer una entrevista previa con un profesional, en lo que considero una prolongación injustificada del proceso y un nuevo sometimiento a reiteradas entrevistas por parte del menor. Vuelven a olvidarse aquí los principios que motivaron la adopción del sistema de Cámara Gesell, concebido primigeniamente por sus virtudes de inmediatez, acotamiento de etapas procesales, etc.

Lo que nos propone dicha regulación, consiste en una entrevista previa de la víctima/testigo con el psicólogo, en un ámbito privado y dejando en manos del profesional la metodología que considere adecuada aplicar al caso. Evaluará el profesional si la persona en cuestión se halla en condiciones de afrontar una declaración o bien, si es preciso emplear el método de Cámara Gesell.

Ello quedará sentado en un informe oral o escrito del profesional, con las conclusiones a las que arribare en la evaluación; y si de las mismas resulta la necesidad de que la víctima/testigo sea interrogada directamente en cámara Gesell, prevé que la misma se efectúe el mismo día, dejándola en manos, por supuesto, del Fiscal o el Juez, según lo resuelva el juez de garantías. En este sentido, ya hice mi crítica al respecto, agregando ahora el sin sentido que resulta de esta regulación.

¿Cuál fue el derecho que se procuró garantizar al dejar en manos del Fiscal o el Juez, el interrogatorio final? ¿Por qué la necesidad de desdoblamiento de las entrevistas? El hecho de proponer 2 encuentros a realizarse el mismo día, es totalmente contrario a la salud psíquica del menor, sometiéndolo a una carga emocional y estrés innecesario; imaginemos que en el mismo día se le estaría requiriendo que efectúa el relato de los hechos quizás más traumáticos a lo largo de su vida.

Veamos lo que señalan al respecto los **Lineamientos generales y estándares internacionales para el abordaje de NNyA, víctimas o testigos**, elaborado por la UNICEF con la coordinación de la Asociación por los Derechos Civiles (ADC).

Allí señalan expresamente: *“Entre las innovaciones adoptadas durante estas últimas dos décadas sin duda una de las más significativas ha sido la video-grabación de la entrevista de declaración testimonial de las NNyA. Esto trajo aparejado una serie de cambios: (1) que la entrevista sea hecha lo antes posible luego de la exteriorización y la presentación de la denuncia; (2) que sea realizada, en principio, una única vez, evitando que la NNyA deba reiterar en distintas oportunidades y a diversos actores los detalles sobre los hechos denunciados y asegurando que la video-grabación sea utilizada en las distintas instancias y etapas del proceso judicial; (3) que sea efectuada por una profesional de la psicología u otra carrera afín, especialmente capacitada, quien aplique un modelo de entrevista investigativa específico y consensuado”*

Haciendo reparo específicamente en el segundo ítem, se ve reflejado claramente lo que intento hacer notar, parece que la Suprema Corte de Provincia, al realizar el protocolo de recepción de testimonios olvidó el objetivo primigenio de la Cámara Gesell, escindiendo la entrevista, alargando los tiempos, sometiendo al menor a constantes evaluaciones, sin pensar en el perjuicio psicológico que sin dudas, ello trae aparejado.

Pretendo señalar por último, por considerarlo de absoluta importancia y en atinencia a esta investigación el cuarto y sexto objetivo expuesto, en estos lineamientos:

“4. Límites a la indagación previa a la entrevista de declaración testimonial.

Es fundamental que en las instancias previas a la declaración testimonial las preguntas que se le realicen directamente a la NNyA sean acotadas, básicas e imprescindibles aunque suficientes como poder determinar las medidas inmediatas a tomar y evaluar los factores de riesgo. Esto supone poder determinar qué ocurrió, quién fue, dónde y hace cuánto tiempo pero no indagar más allá de esto en esta instancia. Esto aplica, por ejemplo, al policía que recibe la denuncia inicial, a la profesional a cargo de la atención inmediata, a la médica durante el examen físico, a la trabajadora social cuando realiza el informe socio-ambiental.

En caso que la NNyA, de manera espontánea, revelara información sobre el hecho, el operador o profesional actuante debe registrar las palabras exactas utilizadas por la NNyA -entre comillas y de manera completa- e incluirlas en el informe a entregar a la autoridad a cargo de la investigación. Estos dichos no deben ser analizados ni interpretados por la profesional en relación con su credibilidad, verosimilitud u otros factores.

“6. Entrevista de declaración testimonial única.

Otra medida fundamental para evitar la posible contaminación del recuerdo de la NNyA y la posibilidad de que ésta incida en el desarrollo del proceso consiste en que se realice una única entrevista de declaración testimonial con la NNyA. A pesar de esto, en ciertas circunstancias excepcionales específicas puede resultar necesaria la realización de una entrevista adicional, que precisa ser debidamente justificada. Este puede ser el caso, por ejemplo, de una NNyA intimidada, reticente o en edad preescolar en el que la psicóloga determine necesario dividir la entrevista en dos o más sesiones.”

De la lectura de los párrafos precedentes, obtenemos que la única entrevista previa, por así decirlo, que contemplan estas directrices, es aquella inmediata al momento de la denuncia y frente al personal policial, o la que por su parte efectúe un trabajador social.

De lo que se deduce, debería seguirse con la entrevista en Cámara Gesell llevada a cabo por un profesional especializado, y ser ese, y no otro, el relato sobre el cual deban efectuarse los registros para ser llevados al debate oral; salvo un caso de especial justificación y a pedido del psicólogo a cargo.

Sin dudas aquí, en Provincia de Buenos Aires, una vez más se olvidó el resguardo del bienestar psicológico del menor, entendiendo que quizás dé más seguridad jurídica el hecho de que la entrevista final recaiga en manos de un operador jurídico.

Insisto entonces, en que no resuelve el problema el hecho de la posibilidad que brinda el Protocolo de actuación al experto, de tener acceso al pliego de preguntas con antelación suficiente; puesto que finalmente y en los hechos, aquellas preguntas y, en quién sabe de qué modo, y con qué cuidados, las terminará haciendo el juez o el fiscal y el menor, terminara viéndose seguramente intimidado frente a esa figura, con un seguro impacto negativo en su relato.

Resulta más absurdo aún esta regulación en los tiempos que corren, cuando ha quedado demostrado y los elementos tecnológicos así lo permiten, que de ninguna manera quedarían violentados los derechos del imputado, si se recurre a la video grabación y a la posibilidad de proponer preguntas con que cuentan las partes, de manera previa a la entrevista; pudiendo aún, como ocurre en Nación, delimitar de alguna manera al profesional, para que su entrevista pueda luego transformarse y ser empleada en el proceso como prueba válida.

CÁMARA GESELL, UN MÉTODO EN APARENTE CONTRADICCIÓN CON LOS DERECHOS DEL IMPUTADO:

A lo largo de los párrafos precedentes y sin perjuicio de las diferentes críticas que en lo que a legislación y modalización del sistema me permití hacer, entiendo que como método, y visto desde la perspectiva de la víctima o testigo menor de edad en condición de vulnerabilidad, la Cámara Gesell se nos presenta como un recurso por demás novedoso en apariencia y capaz de reducir al mínimo posible la revictimización a la que venían siendo expuestas estas personas.

Podrá discutirse si efectivamente se logra esa finalidad, o no; y conforme lo vengo sosteniendo a lo largo de este trabajo, el grave error no se encuentra en el método a secas, sino en la errónea forma en que ha sido encarado a través de la legislación y demás regulaciones al respecto. Pero, no puede negarse que ha significado un importante avance, luego de haber cambiado internacionalmente la concepción del NNA abandonándose la doctrina que venía rigiendo hasta entonces, conocida como “*doctrina de la situación irregular*”, con rasgos fuertes de tutela, por la de “*Protección integral de los derechos del Niño*”.

Pero, no nos hemos posicionado aún del otro lado del banquillo, qué ocurrió a partir de la implementación de esta metodología, cuáles fueron los debates doctrinarios que se suscitaron en torno a la posible afectación del derecho de defensa en juicio; la obligatoriedad o no, de la notificación previa al sospechado del injusto para poder contradecirla; qué implicancias ha tenido la realización de esta prueba en una etapa previa al debate oral y unido a esto, la controversial posibilidad de incorporar mediante lectura los resultados obtenidos de aquella, considerándola así como un elemento válido.

A primera vista, y frente a esta aparente colisión de derechos, vemos que pesará sobre el juzgador una ardua tarea, o “balancing test” -criterio interpretativo consagrado por la Corte Suprema de los Estados Unidos- consistente en tratar de mantener equilibrados ambos extremos de la balanza, simplemente en el esfuerzo de lograr el fin último que será el de llegar a dar con la justicia del caso.

En un análisis al artículo 250bis del Código Procesal de Nación, resulta interesante la postura que adopta Miguel Asturias para la revista La Ley, del año 2008. Refiriéndose a la necesidad de notificación previa al imputado, sostiene:

“Entiendo que no corresponde anular la declaración del menor por falta de notificación a la defensa, desde que al tratarse de una testimonial y no un peritaje, la omisión de notificación no se encuentra específicamente sancionada con la nulidad. Ello, sin perjuicio de resaltar la importancia y conveniencia de la notificación a las partes.

Sobre el tema, nuestro máximo tribunal ha sostenido que la garantía constitucional de la defensa en juicio requiere que se otorgue a los interesados la ocasión adecuada para su audiencia y prueba, en la forma y con las solemnidades dispuestas en las leyes procesales, aclarando que ese derecho no es absoluto, sino que está sujeto a las reglamentaciones necesarias para hacerlo compatible con los derechos de los demás litigantes y con el interés social en obtener una justicia eficaz. En el caso, debe compatibilizarse con la necesidad de evitar la revictimización del menor” (LA LEY2008-F, 1191).

Más allá de que este autor, conciba a la Cámara Gesell como una prueba testimonial, postura con la cual disiento, entiendo que será inevitable que muchas veces sea llevada a cabo la misma, en ausencia del imputado, dada la etapa del proceso en la cual suele darse, lo que

sería un anticipo extraordinario de prueba; perfectamente admitido por nuestro Código de Procesamientos Penal. Prueba además, que como principio será irreproducible.

En este sentido, soy de la postura de que más allá de la conveniencia que, sin lugar a dudas, tiene la notificación a todas las partes de la realización de la entrevista, contamos por un lado: en Nación con reglas que demarcan expresamente cómo debe guiarse el profesional al realizar la entrevista; y en Provincia de Buenos Aires, como vimos, esta tarea cae directamente sobre el juez o fiscal.

En suma con esto, legislativamente se haya prevista la video grabación de la entrevista, con lo cual, aquí quedaría perfectamente resguardada la defensa del imputado, pudiendo a posteriori realizar todo cuestionamiento que haga a su defensa.

Esta postura encuentra respaldo además en las ya mencionadas “**Guías de Santiago sobre protección de víctimas y testigos**” la cual dispone:

“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 para 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”.

Otro aspecto esencial, si se pretende incorporar al debate esta prueba, es el de su registro mediante audio o video, caso contrario allí sí, entiendo que se conculcaría gravemente la posibilidad de defensa del imputado.

Sin perjuicio de la afirmación que antecede, entiendo que resulta por demás importante en estos casos, a modo de no tornar inútil todo un proceso, que sabemos viene acompañado de un importante dispendio de tiempo, recurrir y no olvidarnos de los principios que en torno a las nulidades ha consagrado la doctrina. Principios que si bien, no han de ser expuestos en este trabajo porque excedería a la materia de esta investigación, considero importante al menos mencionarlos.

En este sentido, y más allá de la existencia de los principios de taxatividad y especificidad conocidos, entiendo radical tener en cuenta, el imperioso carácter restrictivo con el que deben analizarse las mismas, no dictando nulidades en el sólo beneficio de la ley y aplicando el importante principio de trascendencia – “*Pas de nullité sans grief*”-, que nos indica la necesidad de la existencia de un perjuicio cierto e irreparable, como requisito indispensable para poder alegar la invalidez de un acto procesal. Y es aquí donde encuentro las respuestas a la mayoría de los rechazos a los recursos interpuestos por parte de la defensa en la mayoría de las sentencias que tuve oportunidad de conocer.

Es decir, cuando nos proponemos un análisis pormenorizado de la aparente violación a la defensa en juicio, vemos que no podemos dar con el carácter de irreparabilidad antes mencionado. Efectivamente, el imputado y su defensa cuentan con la posibilidad de contralora posteriori de los resultados vertidos por la prueba de cámara Gesell, no pudiendo terminar de demostrar a ciencia cierta cuál es el perjuicio que alegan y que motiva la queja.

Vamos a centrarnos específicamente en un caso particular, llevado a las instancias del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, con sentencia del 30 de octubre del año 2012; causa Nro.: 49.751, autos " S.M.,D.I. s/RECURSO DE CASACIÓN".

Aquí, luego de que el Tribunal en lo Criminal n° 2 del departamento judicial de Azul, condenara a S.M., D. I. a la pena de seis años y tres meses de prisión, por encontrarlo culpable del delito continuado de abuso sexual calificado por el vínculo (art. 119 párrafo último en relación al párrafo 4°, inc. "b" del C.P.) efectuado en perjuicio de S., M. d. I. A.; y del delito continuado de abuso sexual simple (art. 119 párrafo 1° del C.P.), cometido en perjuicio de L., M. A. D.; su defensa interpuso recurso de casación, alegando una serie de perjuicios sufridos por su representado, encontrándose entre los agravios expuestos, el cuestionamiento a la valoración del testimonio de la menor S., M. D. I. A. realizado en Cámara Gesell e introducido por lectura al debate, alegando que dicho procedimiento otorgaba un trato preferencial a la Fiscalía y avasallaba la equidistancia que debían guardar las partes entre sí; lo cual entendía, conculcaba el Derecho Constitucional del debido proceso.

Lo más importante de este fallo, y entiendo viene en respaldo de lo que sostuve en párrafos anteriores, es la argumentación vertida por los señores jueces para efectuar el rechazo del recurso. En palabras del Juez Doctor Mahiques:

"En punto a la crítica dirigida a la valoración del testimonio recibido en Cámara Gesell de la menor S., M. D. I. A., cumple recordar que ni el derecho de defensa en juicio ni los restantes derechos reglamentados por las leyes procesales se vulneran en abstracto. Toda situación capaz de poner en crisis la validez de un acto procesal requiere la efectiva comprobación de un perjuicio, concreto y discernible. (...)"

Existe un sinnúmero de diligencias probatorias efectuadas dentro o fuera del proceso penal que pueden ser incorporadas al juicio y que no requieren para su realización la intervención de la defensa (...) diligencias que, sin afectar indebidamente el derecho de defensa en juicio, pueden ser incorporadas al proceso aun cuando hubiera resultado más conveniente para el imputado y su defensor haber estado presentes en el acto de su realización (...)"

En el caso de autos, dado que la intervención de la defensa no era exigible según la norma del art. 102 bis del C.P.P., la decisión de incorporar al juicio los resultados de las diligencias practicadas en la Cámara Gesell, limitando las posibilidades de control a la revisión posterior de las conclusiones de los peritos, tal como sucede con otros tantos medios de prueba comúnmente admitidos, no configura una restricción indebida al derecho de defensa en juicio".

Es el mismo Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, el que al regular el anticipo extraordinario de prueba, señala en el artículo 278, respecto de la posibilidad de asistencia: “Se permitirá que los auxiliares técnicos asistan a los demás actos de instrucción, siempre que ello no ponga en peligro la consecución de los fines del proceso o impida una pronta y regular actuación. Admitida la asistencia, se comunicará sin formalidad alguna a los defensores, antes de practicar los actos, si fuere posible, dejándose constancia”

Sorprende ver cómo, en la práctica, y más allá de la distinta regulación que ha tenido la realización de este medio probatorio, los jueces resultan contestes en sostener la no vulneración del derecho de defensa, privilegiando así, la salud psíquica del menor al evitar la reiteración injustificada de las entrevistas.

Así ha ocurrido también en un reciente fallo de Nación, que llegó a instancias de la Sala1, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital federal: causa “A. A S/MEDIDA DE PRUEBA” del 2 de Junio del año 2016.

Se trata el mismo, de una causa por abuso sexual perpetrado por un padre, el señor A.A, contra su hija menor de edad S.A.A.

Ocurre que durante la etapa instructoria, el juez de grado en atención a un pedido efectuado por la Defensora de Menores y letrada patrocinante de la madre de la menor oponiéndose a que se lleve a cabo la audiencia prevista con la presencia del imputado, decidió que la misma- regulada por el artículo 250bis del CPPN-, se realizase sin su presencia, teniendo para ello en cuenta un episodio antecedente de violencia durante una audiencia previa.

Sin perjuicio de lo cual, el juez de grado autorizó la presencia del Defensor Oficial del imputado, e incluso la posibilidad de proponer un profesional de la especialidad para que presencie el acto.

Frente a ello, el imputado interpuso recurso de reposición con apelación en subsidio, alegando la violación de su derecho de defensa. Luego de celebrada la audiencia oral y pública en virtud del recurso de apelación que fuera concedido en subsidio, el mismo fue rechazado.

Es interesante la motivación del fallo por cuanto, refiere en uno de sus considerandos al hecho de la inapelabilidad de las medidas que adopte el juez a su buen criterio. En palabras del Juez Luis María Bunge Campos:

“Analizado el planteo, y luego de una pormenorizada lectura de los fundamentos allí expuestos, entiendo oportuno señalar, no solo que el art. 199 del CPPN resulta específico en su disposición en cuanto establece que las medidas que ordene practicar el juez no resultan susceptibles de apelación (...) sino también que si la medida en sí resulta irrecurrible, de la

misma manera debe entenderse respecto al modo de producción de aquella (...) razón por la cual corresponde confirmar el pronunciamiento dictado.

Asimismo, considero importante señalar cuál es la interpretación que debe darse al art. 199 del C.P.P.N. y su concordancia con el resto del articulado del código. Esta norma establece que “Las partes podrán proponer diligencias. El juez las practicará cuando las considere pertinentes y útiles; su resolución será irrecurrible”. El punto es claro y ello es compatible con la economía de la instrucción, ya que no se puede permitir que las partes recurran la facultad de realizar diligencias, lo que daría por tierra el objeto de la instrucción. Otro aspecto destacable es el tiempo verbal empleado “practicará” lo que indica claramente que nos hallamos ante un mandato, no una facultad discrecional; de encontrarse la medida pertinente y útil deberá practicársela”.-

Llama la atención, en este caso, el rigor de la afirmación, pareciendo a priori que el imputado quedaría expuesto a la discrecionalidad del juez. Lo que resulta indiscutible en este aspecto, es que su defensa quedó perfectamente asegurada con la posibilidad de la presencia de su defensor oficial, y sin lugar a dudas, la decisión resulta por demás atinada, al prevenir cualquier tipo de sugestión, temor, o impacto que pudiera tener sobre la declaración del menor, la presencia intimidante del supuesto abusador.

No es menor, además, el señalamiento que hace el letrado, relativo a la etapa por antonomasia en la cual se lleva a cabo la entrevista con el menor víctima. Como también he mencionado al inicio de estas páginas, el hecho de que la prueba bajo análisis se desarrolle en la etapa instructoria, viene a significar que estarán permitidos ciertos caracteres imposibles de concebir durante el debate oral; lo cual entiendo resulta una especie de paraguas que de alguna manera flexibiliza el rigor que implica el contradictorio.

Sabido por todos es que durante dicha etapa de plena investigación preparatoria, lo que se busca primordialmente es el éxito de la investigación; objetivo que limita el carácter contradictorio y a su vez reviste a los operadores durante esta etapa, de amplias facultades para tomar decisiones, impulsar la realización o no de actos procesales, impidiendo a ninguna de las partes desplegar al máximo la posibilidad de intervenir, con que contarán sí, más adelante.

Destaco del fallo en análisis, el equilibrio alcanzado entre uno y otro derecho, sin hacer prevalecer una sobre otro, reservando un momento para el ejercicio de cada uno de ellos, pero en diferentes y acordes instancias del proceso.

Luego nos encontramos con la argumentación vertida por el juez Mario Filozof, que justamente al dar su opinión respecto de lo que considera la naturaleza o esencia de este tipo de prueba, viene a respaldar la hipótesis que sostengo y que diera título a este trabajo:

“La jerarquía y orden de prelación de derechos no implica per se un costo de oportunidad tendiente a descartar uno por otro pues es posible, como en el caso, hacer prevalecer en idéntico plano de igualdad a ambos. La entrevista que prevé el artículo 250 bis no es un testimonio ni una pericia estricta, es un acto mixto que no permite “careos” ni “interrogatorios” y habilita tanto al entrevistador como a las partes, a realizar sugerencias, preguntas y juegos, en un esquema protocolizado por la Unicef para conocer de manera fehaciente lo sucedido al entrevistado, quien no podemos olvidar se encuentra allí, pues la hipótesis investigativa lo ha colocado como posible víctima”.

CONCLUSIÓN

A raíz de todo lo expuesto y a modo de sintetizar los aspectos, que entiendo y espero, hayan quedado enfatizados y problematizados, comenzaría por decir que ha quedado claro - y no solo en lo referente a este tema sino también, la historia ha sido un gran maestro en este sentido - no puede intentarse o creerse omnipotente jurídicamente hablando, y buscar así acaparar y solucionar una gama por demás variada de problemáticas sociales, desde la mirada unidireccional y acotada que nos propone el mundo del Derecho. Es que éste no puede valerse a sí mismo, para una resolución acabada y completa de las demandas sociales.

No debe ni puede ignorarse la importancia que han adquirido las labores interdisciplinarias o multidisciplinarias, para el abordaje de situaciones que afectan histórica y universalmente, en este caso, a innumerables niños y niñas víctimas de abusos sexuales. Soberbio es creer que puede llegarse a una reparación integral de las consecuencias que estos hechos producen acudiendo únicamente a los recursos que nos ofrece el mundo de las leyes.

Todo ello viene a colación, de lo difícil que parece ceder el espacio pertinente a especialistas como peritos psicólogos y psiquiatras, para poder realizar su labor conforme las reglas que rigen su ciencia; de la intención de regular desde lo jurídico las entrevistas a llevar adelante por el psicólogo, el lugar de la entrevista, y demás aspectos.

Soy de la creencia que la garantía del éxito en la búsqueda de la verdad histórica del caso estará en el modo de llevar a cabo la entrevista con el niño/a víctima o testigo de abuso sexual; es así que encuentro el modelo regulado en la Provincia de Buenos Aires deficiente, por momentos en flagrante contradicción con la basta regulación internacional que demarca los parámetros a seguir en estos casos.

No debemos olvidar nunca, y es principal tarea de los legisladores, cual es el sentido que inicialmente se le dio a un método como el de Cámara Gesell, qué es lo que se buscó reparar con su incorporación al proceso penal y que diera motivo a su aprobación. No puede desnaturalizarse, con una regulación deficitaria, recargando de responsabilidad y tareas a jueces y fiscales, que no forman parte de sus menesteres. Todo aquel que hubiese transitado por la Universidad de Derecho, cualquiera que esta fuese, conoce que no hay preparación para el trato con niños abusados, mucho menos para su abordaje en una entrevista que requiere cuidados y metodologías apelando a conocimientos de otras ciencias.

De manera que, a las ventajas ya señaladas respecto de la posibilidad que nos brinda esta forma de prueba, de sintetizar la pluralidad de encuentros a los que se veían sometidos estos niños, con el consecuente daño psicológico que eso conllevaba, simplificando un proceso complejo, acotando etapas procesales, debemos sumarle la posibilidad de tener un registro de audio o video, evitando así la discrecionalidad y arbitrariedad en que pudieran incurrir los jueces a la hora de resolver los casos aplicando prejuicios propios de cualquier ser humano.

Aspecto este último que viene a echar por tierra cualquier planteo de inconstitucionalidad de este método probatorio, ya que como ha quedado demostrado en la teoría y en la práctica, el derecho del imputado a un debido proceso y su defensa en juicio, quedan perfectamente resguardados, encontrando un equilibrio entre las prerrogativas de ambas partes, sin necesidad de sacrificar uno por el otro.

Sin dudas, que cada caso es un mundo, con características propias y merecedor de un análisis particular y concreto, pero entiendo que el hecho de que esta prueba se lleve a cabo en una de las etapas preliminares del proceso, donde los derechos de ambas partes y no solo los del imputado, se ven por lo menos, restringidos a efectuar propuestas de investigación al fiscal, sirve de paraguas a los operadores jurídicos para realizar aquellos actos que luego se convertirán seguramente, en prueba casi esencial del debate oral.

Por último, y siempre sabiendo que nos encontramos frente a un método absolutamente perfectible, surge preguntarnos, cómo podríamos maximizar el modo de protección a las víctimas. ¿Será conculcatorio de algún derecho del imputado, la celebración de la prueba de Cámara Gesell, en el consultorio particular del especialista?

Soy de la creencia de que el ámbito en el cuál se llevan a cabo estas entrevistas, es un aspecto básico y determinante de los resultados que luego pueden llegar a dar las mismas. El impacto que provoca al niño/a moverse en un espacio judicial o no, la posibilidad de contar con un lugar adaptado pensando más allá de un cuarto con juegos en sede judicial, el planteamiento de la

posibilidad de contar con un tratamiento personalizado según las características de cada caso, son puntos que podrían debatirse ampliando aún más el ámbito de participación de estos profesionales; que de hecho es necesario en un proceso penal saturado por la multiplicidad de casos.

Personalmente creo, que no basta con una simple entrevista con un psicólogo, pautada previamente al encuentro con un fiscal o un juez. Dudas tengo respecto de si con ello cubrimos el sùmmum de protección que reclaman estos niños. El desdoblamiento de las entrevistas en un mismo día, como ocurre en provincia, es un rasgo absolutamente criticable que lo aleja aún más del objetivo ideal.

Por último y no menos importante, es radical reparar en el personal necesario, para cubrir la demanda, y no solo pensarlo en sentido cuantitativo sino también cualitativo. El hecho de contar con personal idóneo no creo que sea garantido con los métodos de selección actualmente vigentes. Repensar el modo de llevar a cabo los concursos, terminar con las designaciones a dedo, contar con centros de capacitación, y contar con profesionales que apliquen nuevos métodos de acercamiento con el niño/a, despojado de rasgos tutelares, son puntos esenciales para mejorar del todo el sistema.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

- Donna, Edgardo Alberto, -2da ed. actualizada- *Delitos contra la integridad sexual*. Rubinzal-Culzoni editores, Buenos Aires, sf.
- D'Alessio, José Andrés, -1ª ed (2004)- *Código Penal: Comentado y Anotado: Parte Especial (Arts. 79 a 306)*, La Ley, Buenos Aires, 2004.
- Sproviero, Juan H; *Delito de Violación. Ed. Astrea, Buenos Aires, 1996.*

Bibliografía Específica:

- Asturias, Miguel A (2008), "La Prueba de la cámara Gesell y el derecho de defensa", *Revista La Ley-F*, 1191, 2008.
- Berlinerblau, Virginia (2016), "*Abuso sexual contra niños, niñas y adolescentes: Una guía para tomar acciones y proteger sus derechos*", Buenos Aires, 2016. Disponible en: www.unicef.org.ar
- Buján, Fernando y Ale, Alejandro Sebastián (2016), "Breves notas sobre la valoración de la prueba testimonial en casos de abuso sexual infantil", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, LA LEY, Año VI, N°03, Abril 2016.
- Garrote, Norberto, "*Abuso sexual infantil. Los derechos del niño/a*", en LAMBERTI, Silvio (comp.), *Maltrato Infantil. Riesgos del compromiso profesional*, Universidad, Buenos Aires, 2003, p. 116.
- Monasterolo, Natalia (2013), "La pretendida nulidad del testimonio en cámara Gesell sin notificación al imputado", *Revista, La Ley D*, 210, 2013.
- Salanueva, Olga y González Manuela, -1ª ed. (2008)- *La integridad sexual de la niñez y la adolescencia*. Ediciones Cooperativas, Buenos aires, 2008.

Jurisprudencia:

- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, “A., A. s/MEDIDA DE PRUEBA”, sentencia del año 2016, CCC10904.
- Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, “S.M., D.I. s/RECURSO DE CASACIÓN”, sentencia del año 2012, n°49.751.

Páginas web:

- www.juba.scba.gov.ar
- www.csjn.gov.ar
- www.biblioteca.jus.gov.ar
- www.unicef.org,ar
- www.snya.gba.gov.ar

ANEXO

A continuación, datos estadísticos de los NNyA abordados durante los años 2012-2014, obtenidos por REUNA, sistema de registro dependiente de la Secretaría de Niñez y Adolescencia de la provincia de Buenos Aires. Disponible en: www.snya.gba.gov.ar y www.unicef.org

<p><i>La cantidad de NNyA abordados por los Servicios de PPD* en los años considerados es de 43.977, de los cuales un total de 22.192 NNyA fueron abordados por situaciones de violencia como principal vulneración de derechos.</i></p>	<p><i>El porcentaje de niñas víctimas de violencia siempre es mayor al de varones en esa situación, manteniéndose estable a lo largo de los años la proporción de alrededor de 6 niñas o adolescentes mujeres por cada 4 varones.</i></p>	<p><i>La acumulación de intervenciones incluso sobre los mismos NNyA evidencia la complejidad de las situaciones en las que se interviene y las dificultades que se presentan para resolver los problemas de violencia. En el año 2014, el promedio de intervenciones por NNyA fue de 4,57</i></p>
--	---	--

* Servicios Locales de Promoción y Protección Integral de los Derechos de NNyA.

<p>35,8% violencia física</p>	<p>Entre las niñas y adolescentes abordadas predomina la violencia física como la modalidad más frecuente de la cual son víctimas (35.8%), seguida por la violencia sexual (27.1%) y las situaciones graves de negligencia (23.9%).</p>
<p>42,4% violencia física</p>	<p>Para los niños y adolescentes varones también la violencia física es la modalidad más frecuente (42.4%), aunque en segundo lugar se encuentran las situaciones graves de negligencia (33.6%), representando entre ambas modalidades más del 75% de las situaciones de varones abordados por violencia.</p>
<p>10,3% violencia sexual</p>	<p>La violencia sexual en el grupo de niños y adolescentes varones es del 10.3%, observándose que representa menos de la mitad de la incidencia que representa para las niñas y adolescentes mujeres.</p>

Fuente: www.unicef.org; Elaboración propia en base a REUNA.

En relación a la modalidad de violencia predominante también se evidencian diferencias según género:

En las niñas y adolescentes mujeres, la modalidad preponderante es la violencia física con un 35,8% de las situaciones, en segundo lugar se encuentra la violencia sexual con el 27,1%, en tercer lugar las situaciones de negligencia con casi el 24% y por último, la violencia psicológica con el 13,2%.

En el caso de los varones se observa similar proporción que las niñas en la incidencia de la violencia verbal o psicológica, mientras que la violencia física es de un 42,4% para los varones. Asimismo, se observan diferencias significativas en la incidencia de la violencia sexual y negligencia: en los varones las situaciones graves de negligencia llegan al 33,6% y los casos de violencia sexual representan el 10,3%, observándose que representa menos de la mitad de la incidencia que representa para las niñas y adolescentes mujeres.

Fuente: www.unicef.org: Elaboración propia en base a REUNA.