

La protección de la víctima en los juicios de abuso sexual

Por

María Victoria Santangelo*

Sumario: 1. Palabras preliminares. 2. Cuestiones generales 3. Normativa aplicable: el *corpus iuris* de la protección especial. 4. La protección especial de la víctima frente al derecho de defensa del imputado. 5. Conclusión.

1. Palabras preliminares

El presente trabajo se inserta en el marco del proyecto de investigación titulado "El discurso jurídico del incesto en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires" que se encuentra en curso, el cual es dirigido por la Lic. Julieta Calmels y coordinado por el Departamento de Investigaciones de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales.

Durante el trabajo de campo, hemos entrevistado funcionarios en su mayoría relacionados con la especialidad en Derecho de Familia. En los procesos que tramitan en ese fuero puede asistirse a toda la "historia" del transitar de los niños y niñas víctima desde la denuncia, el devenir del procedimiento y que ocurre con ellos con posterioridad a la sentencia penal.

La importancia del proceso penal y sus avatares ha sido unánimemente destacada por cada uno de los entrevistados.

Es por ello que resulta relevante previo a la elaboración del informe final, dedicar algunas palabras al estado del arte en materia de derecho penal, en cuanto a los conflictos que se presentan en relación a la protección de las víctimas de abuso sexual intrafamiliar en el marco del proceso penal.

* Abogada de la UBA con Diploma de Honor. Carrera docente en la UBA. Profesora Investigadora en UCES del proyecto en curso "El discurso jurídico del incesto en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires". Profesora Adjunta en UCES. Integrante del Tribunal Evaluador de trabajo de investigación final de alumnos de UCES. Ha realizado numerosas publicaciones referidas a la materia en revistas especializadas en Derecho de Familia.

2. Cuestiones generales

En los últimos años existe una tendencia que se plasmado en ciertos instrumentos normativos de brindar a la víctima del delito un rol más protagónico durante el proceso penal, ampararla y protegerla de manera que su intervención en el proceso de persecución penal no suponga una alteración profunda de su vida, en su trabajo y en cualquier otro aspecto de su persona. Más aún, cuando en el actual sistema procesal y en la práctica judicial la participación de la víctima se reduce a su condición de testigo, soslayándose su condición de damnificado con especial interés en que se investigue, se castigue al autor y se repare el daño que sufrió.¹

Si la modificación de la visión desde el derecho procesal penal resulta difícil respecto de las víctimas en general, doble resulta la tarea en los casos de niñas, niños y adolescentes quienes a su vez deben desandar la larga tradición de ser tratados como objeto de tutela por parte de los adultos.

A partir de la segunda mitad del siglo veinte se genera un cambio en el paradigma respecto de las relaciones familiares, lo que conlleva un cambio en el paradigma respecto de los derechos de los niños.

Se plantea una nueva cosmovisión que importa descartar la noción del niño como objeto de tutela para incorporar el principio del niño como sujeto de derecho.

Este cambio se profundiza a partir de la ratificación de los Tratados Internacionales, más profundamente a partir de la reforma constitucional del año 94 que les otorgó jerarquía constitucional y luego con las posteriores leyes de protección de la infancia.

En ese sentido, existe un conjunto de derechos constitucionales básicos de la persona del niño que deben ser respetados y que funcionan como piso en cualquier legislación posterior o proceso judicial.

Estas normas deben ser observadas rigurosamente en los casos de niños, niñas y adolescentes víctimas y/o testigos de delitos contra su integridad sexual puesto que su declaración en los procesos resulta fundamental para la investigación de estos delitos, que ocurren en la esfera privada y en los que se conjugan

¹ Fortete, César. "El testimonio del niño víctima en la investigación penal: Victimización secundaria y derecho de defensa" en Revista de Derecho Procesal Penal 2011-2 , Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2011, pág. 179.

diversos factores que atentan directamente con su integridad ya sea en la comisión del delito mismo o bien durante el transitar de la investigación.

En ese sentido, se ha dicho que declarar en el marco de una investigación penal no implica solamente relatar lo sucedido, sino también verbalizar el sufrimiento padecido con el hecho delictivo. En el caso de niños víctimas, romper el silencio en su victimización representa una nueva conmoción y estrés y por ello se requiere una cuidadosa atención y respeto a su situación, ya que debe relatar las circunstancias del delito a personas extrañas².

Por ello, se ha mencionado que resulta imperiosa la aplicación de medidas tendientes a evitar la revictimización provocada por las múltiples declaraciones que deben prestar durante el proceso judicial, sin que se vean reducidas las posibilidades de resolución de los casos y aplicación de una sanción si correspondiere, ni se vea menoscabado el derecho de defensa del imputado y el debido proceso³.

A lo largo del presente trabajo reseñaremos las normas que componen el llamado *corpus iuris* de la protección especial de niños niñas y adolescentes y luego haremos referencia a la ponderación de estas normas frente al derecho de defensa del imputado.

El camino hacia una protección integral de la víctima en nuestro ordenamiento jurídico comienza sus primeros pasos firmes pero todavía existe mucho camino por andar.

3. Normativa aplicable: el *corpus iuris* de la protección especial.

Existe una gran cantidad de normas que forman el *corpus iuris* de la protección especial a las víctimas y en particular a los niños, niñas y adolescentes.

El concepto de *corpus iuris* de los derechos humanos, se encuentra conformado por numerosos instrumentos internacionales: Declaraciones Universales, Tratados Universales y Regionales e instrumentos sobre Derechos Humanos dedicados a

² Marchiori, Hilda. "Consideraciones sobre el relato de niños víctimas en Pensamiento penal y criminológico", Revista de Derecho Penal Integrado, Año IV N° 6, Mediterránea, Córdoba, 2003, pág. 385.

³ UNICEF, Asociación por los Derechos Civiles (ADC), Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias Argentinas y Ciudad Autónoma de Buenos Aires (JUFÉJUS) "Acceso a la Justicia de Niños/as Víctimas. Protección de los Derechos de niños, niñas y adolescentes víctimas, testigos de delitos o violencia", Buenos Aires, 2010. Prólogo, pág. 5 en <http://www.unicef.org/argentina/spanish/OriginallibroVictimas.pdf>

los derechos de determinados sectores de la sociedad humana. Tal expresión representa un lúcido aporte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la doctrina internacional⁴.

Esta serie de normas que resultan vinculantes para los Estados cuando las incorporan a su ordenamiento, en tanto forman un corpus iuris, y que los órganos de aplicación no podrían ignorarlas sin incurrir en una responsabilidad internacional⁵.

Entre los instrumentos internacionales se destacan: la Declaración de Ginebra en 1924, La Declaración de los Derechos del Niño (1959), Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores –conocidas como Reglas de Beijing– (1985)⁶, la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), Las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil –conocidas como Directrices de Riad– (1990), Las Directrices sobre la Justicia en asuntos concernientes a los niños, niñas y adolescentes víctimas y testigos de delitos aprobadas por la resolución 2005/20 del Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas del 22 de julio de 2005, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad –conocidas como Reglas de Tokio– (1990), la Convención Americana de los Derechos Humanos, La Decisión marco del Consejo de Europa del 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal⁷, Las Reglas Básicas relativas al acceso de justicia de las personas que se encuentran en condiciones de vulnerabilidad, Reglas de Brasilia (del 4 al 6 de marzo de 2008) y las Guías de Santiago sobre protección de Víctimas

⁴ Freedman, Diego y Terragni, Martiniano “Los derechos de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos y su recepción en el Derecho argentino” en UNICEF, Asociación por los derechos Civiles (ADC), Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias Argentinas y Ciudad Autónoma de Buenos Aires (JUFEJUS) “Acceso a la Justicia de Niños/as Víctimas. Protección de los Derechos de niños, niñas y adolescentes víctimas, testigos de delitos o violencia”, en <http://www.unicef.org/argentina/spanish/OriginalLibroVictimas.pdf> pág. 12

⁵ *Ibidem*.

⁶ Si bien son normas que regulan la actuación de la justicia en relación a los niños, niñas y adolescentes que cometen delitos resultan también aplicables a los niños víctimas. La Regla 18.2 establece que ningún niño, niña y adolescente puede ser sustraído total o parcialmente de la supervisión de sus padres a menos que las circunstancias del caso lo hagan necesario, por ejemplo en casos de abusos de menores.

⁷ El Título VI del Tratado de la Unión Europea en su art. 2º –dentro del respeto y reconocimiento a las víctimas– dispone que: “los Estados Partes velarán por que se brinde a las víctimas especialmente vulnerables un trato específico que responda de la mejor manera posible a su situación”. Por su parte el art. 3º señala que: “los Estados Partes garantizarán a la víctima la posibilidad de ser oída durante las actuaciones y de facilitar elementos de prueba y tomarán las medidas necesarias para que sus autoridades sólo interroguen a la víctima en la medida necesaria para el proceso penal”.

y Testigos, documento aprobado en la XVI Asamblea General Ordinaria de la Asociación Ibero Americana de Ministerios Públicos (AIAMP), en República Dominicana los días 9 y 10 de julio de 2008⁸.

Particularmente, dentro del sistema interamericano debe tenerse en cuenta a la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948), la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (conocido como "Protocolo de San Salvador")

En especial, respecto de la Convención de los Derechos del Niño se establecen diversos mecanismos de protección especial de derechos contra el abuso físico, mental y sexual y los malos tratos de los niños, niñas y adolescentes⁹.

Es de interés específicamente el art. 19 de la Convención de los Derechos del Niño¹⁰ que debe interpretarse como la obligación del Estado de proteger a los niños, niñas y adolescentes víctimas de malos tratos y abuso sexual e investigar a los autores de tales delitos¹¹.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ("Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño", Opinión Consultiva N° 17, del 28 de agosto de 2002) ha dicho que: "La Corte Europea, haciendo alusión a los artículos 19 y 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ha reconocido el derecho del niño a ser protegido contra interferencias de actores no estatales tales como el maltrato de uno de los padres (...) además, ha reconocido que si los

⁸ Este documento, hace especial referencia a los niños y adolescentes como víctimas de mayor vulnerabilidad, máxime cuando los autores están en su propio entorno; se caracteriza la participación del menor en el proceso y se adoptan cautelas para evitar la revictimización,

⁹ Freedman, Diego y Terragni, Martiniano, ob. cit, pág 8. Los Estados partes tienen además la obligación de ejercer una serie de conductas activas: la obligación general de tomar medidas "hasta el máximo de los recursos de que dispongan" (art. 4º) para asegurar la plena vigencia de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, la de prestar la asistencia apropiada a los padres para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza (art. 18).

¹⁰ "Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial."

¹¹ Freedman, Diego y Terragni, Martiniano ob. cit. Pág. 9

niños han sido descuidados por sus padres y carecen de satisfacción para afrontar sus necesidades sociales básicas, el Estado tiene el deber de intervenir para protegerlos. En conclusión, el Estado tiene el deber de adoptar todas las medidas positivas para asegurar la plena vigencia de los derechos del niño” (párrafos 90 y 91)¹².

El Comité de los Derechos del Niño recomienda “que los casos de violencia en el hogar y de malos tratos y abuso de niños, incluido el abuso sexual en la familia, sean debidamente investigados con arreglo a un procedimiento judicial favorable al niño y que se castigue a sus autores, con el debido respeto a la protección del derecho a la intimidad del niño. También deberán adoptarse medidas para que los niños puedan disponer de servicios de apoyo durante los procedimientos judiciales; para garantizar la recuperación física y psicológica y la reintegración social de las víctimas de violaciones, abusos, descuido, malos tratos, violencia o explotación, conforme al art. 39 de la Convención, y para evitar que las víctimas sean tratadas como delincuentes o sean estigmatizadas”¹³.

Por su parte el art. 34 establece que los Estados deben proteger a los niños, niñas y adolescentes de la explotación y el abuso sexual y de modo complementario en el art. 39 se dispone que deben promoverse medidas para la recuperación física y psicológica y la reintegración social de aquellos que fueron víctima de delitos o del abandono.

También debe resaltarse lo previsto por el art. 12 de la Convención en cuanto al derecho a ser oído de los niñas, niños y adolescentes en todo proceso judicial o administrativo.

Concretamente, se debe destacar lo dispuesto por las directrices sobre la Justicia en asuntos concernientes a los niños, niñas y adolescentes víctimas y testigos de delitos aprobadas por la resolución 2005/20 del Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas del 22 de julio de 2005.

Este instrumento contiene las directrices para el tratamiento de los niños, niñas y adolescentes víctimas entre los cuales se encuentran: la entrevista por un profesional capacitado que actúe con tacto, respeto y vigor (directriz 13) ;el ambiente adecuado en que deben llevarse a cabo las entrevistas (directriz 14),

¹² Citada por Freedman, Diego y Terragni, Martiniano ob. cit. Pág. 9.

¹³ Observación General N° 8 (2006), “El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes” (art. 19, párrafo 2° del art. 28 y art. 37, entre otros) de 21-8-2006, párrafo 40.

la necesidad de instituir servicios y protección especiales para tener en cuenta el sexo y la especificidad de determinados delitos cometidos contra los niños, la participación plena de los niños en el proceso como testigo capaz y creíble (directriz 18), el derecho a ser informado de todos los servicios de salud y apoyo financiero (directriz 19), la necesidad de evitar la reiteración de entrevistas y la revictimización (directriz 23 y directriz 31).

En particular se destaca la directriz 34.a) establece que hay que evitar el contacto directo entre los niños víctimas y testigos de delitos y los presuntos autores de los delitos durante el proceso de justicia.

Con respecto a la aplicabilidad de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte Interamericana sostuvo en el caso "Villagrán Morales y otros vs. Guatemala" que para interpretar el art. 19 de la Convención Americana debía recurrir a la Convención sobre los Derechos del Niño como parte de un *corpus juris* muy amplio de protección de derechos humanos de la niñez. De manera que hoy para el sistema interamericano la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Americana están unidas gracias a la hermenéutica que la Corte Interamericana realizó en este caso. la Corte Interamericana fue precisa en determinar que el deber del Estado de asegurar medidas de protección a los niños consiste en asegurarles "condiciones para vivir vidas dignas de ser vividas"¹⁴.

Deben también atenderse principalmente a los principios de las Reglas Básicas relativas al acceso de justicia de las personas que se encuentran en condiciones de vulnerabilidad, Reglas de Brasilia (del 4 al 6 de marzo de 2008).

En este instrumento que incluye el concepto de las víctimas de delitos sexuales en su art. 11, recomienda evitar la victimización secundaria, como consecuencia de su contacto con el sistema de justicia en su art. 12.

¹⁴ Beloff Mary, "El menor de edad víctima en el proceso judicial: garantías procesales y deberes de prestación positiva del Estado" en UNICEF, Asociación por los derechos Civiles (ADC), Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias Argentinas y Ciudad Autónoma de Buenos Aires (JUFEJUS) "Acceso a la Justicia de Niños/as Víctimas. Protección de los Derechos de niños, niñas y adolescentes víctimas, testigos de delitos o violencia", en <http://www.unicef.org/argentina/spanish/OriginalLibroVictimas.pdf> pág 28. La Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió que: "... la jerarquía constitucional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (...) ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente 'en las condiciones de su vigencia' (art. 75, inc. 22, párr. 2º), esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana..." (C.S.J.N Fallo: 318:514, considerando 11).

Se establece que los destinatarios de las reglas son: a) responsables de la políticas públicas dentro del sistema judicial; b) jueces, fiscales, defensores públicos, empleados judiciales; c) los abogados y sus colegios y agrupaciones; d) el Ombudsman; e) policías y servicios penitenciarios; f) todos los operadores del sistema judicial (art. 24).

Se considera de importancia y se sugiere la recepción de prueba que evite la reiteración de las declaraciones y se alude a la grabación de la audiencia (art. 37); realización de actos judiciales en una sala adecuada (art. 78).

A nivel local debe tenerse en cuenta la Ley 26.061 Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes¹⁵, la Resolución del Procurador General de la Nación, res. PGN 8/09, del 24 de febrero de 2009¹⁶, y la 35/2012 del 16 de mayo de 2012, los arts. 250 bis y ter del Código Procesal Penal y los que contienen disposiciones similares en los Códigos Provinciales, la resolución 903/2012 de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires¹⁷ y aquellas que corresponden a los Superiores Tribunales Provinciales.

A modo de cierre de este acápite queremos destacar que el art. 3 de la Ley 26.061 establece claramente que: *“Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de los niños, niñas y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros”*¹⁸.

¹⁵ Esta ley importa la consagración a nivel de normativa local de los principios contenidos en la Convención de los Derechos del Niño. La ley define el interés superior del niño y de allí se desprenden los derechos humanos básicos que corresponden a los niños como cualquier ser humano. Particularmente en este tema se destaca el derecho a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta y la defensa de su derecho a la integridad física y psíquica.

¹⁶ Esta norma dispone que los magistrados del Ministerio Público Fiscal adecuen su actuación a los parámetros siguientes: “...a) que en todos los procesos en que se reciban declaraciones testimoniales en los términos del artículo 250 bis del Código de Procesal Penal de la Nación se disponga la filmación de la entrevista con la víctima y se proceda a notificar al imputado y a su defensa de la realización de dicho acto; b) que en todos los procesos en los que se investigue la presunta comisión de delitos contra la integridad sexual de menores de dieciocho años de edad se notifique al imputado y a su defensa la realización de peritajes sobre las víctimas; y c) que en aquellos procesos en los que aún no exista un imputado determinado se realicen las medidas indicadas en inciso a) y b) con control judicial y notificación a la Defensa Pública...”.

¹⁷ Dicha resolución contiene el protocolo indicativo para la recepción del testimonio de niñas, niños y adolescentes conforme lo normado por el art. 102 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires.

¹⁸ Aun cuando esta disposición ha sido criticada por la doctrina y la jurisprudencia (Ver la discusión en: Beloff, Mary. “Tomarse en serio a la infancia, a sus derechos y al derecho. Sobre la “Ley de protección integral de los derechos de las niñas, los niños y adolescentes 26.061”, RDF, 33, Marzo/Abril, Abeledo Perrot–Lexis Nexis, 2006, pág. 15).

Veremos entonces como se conjuga estas disposiciones cuando la protección del niño, niña y adolescente víctima se confronta con el derecho de defensa del imputado.

7. La protección especial de la víctima frente al derecho de defensa del imputado

Para comenzar este acápite tomaremos las palabras de la Dra. Beloff quien sostiene que conforme los estándares internacionales y regionales anteriormente reseñados, la víctima menor de edad es titular de una doble protección jurídica: en tanto víctima y en tanto niño o niña¹⁹.

Consideramos que este debe ser el norte a partir del cual debe plantearse la discusión respecto de la colisión de la protección especial de las víctimas con el derecho de defensa del imputado.

En particular, se hace referencia al derecho del imputado a interrogar a los testigos de cargo (Cfr. Convención Americana de Derechos Humanos arts. 8.2.f. y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14.3.e.) el cual comprende según la doctrina el derecho a contrainterrogar a los testigos de cargo y, además, el derecho a que el testigo declare *en presencia del imputado*, de modo que él no pueda sólo interrogarlo sino verlo y ser visto por él, frente a frente, mientras se desarrolla el acto de la declaración²⁰.

La jurisprudencia ha resuelto que "...Ante dos derechos en pugna como son los intereses del niño, por un lado y el derecho del encartado de estar presente durante la audiencia, por el otro, los derechos de aquél pueden bajo determinadas circunstancias prevalecer, por respeto a las estipulaciones de la Convención de los Derechos del Niño²¹".

¹⁹ Beloff, Mary. "El menor de edad víctima en el proceso judicial: garantías procesales y deberes de prestación positiva del Estado" en UNICEF, Asociación por los derechos Civiles (ADC), Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias Argentinas y Ciudad Autónoma de Buenos Aires (JUFEJUS) "Acceso a la Justicia de Niños/as Víctimas. Protección de los Derechos de niños, niñas y adolescentes víctimas, testigos de delitos o violencia", en <http://www.unicef.org/argentina/spanish/OriginalLibroVictimas.pdf>. pág. 23.

²⁰ Díaz Cantón, Fernando. "Las manifestaciones de la víctima menor de edad como prueba en los delitos contra la integridad sexual y física. ¿Es posible conciliar el ejercicio del derecho fundamental del imputado a interrogarla con la necesidad de evitar la revictimización?" En UNICEF, Asociación por los derechos Civiles (ADC), Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias Argentinas y Ciudad Autónoma de Buenos Aires (JUFEJUS) "Acceso a la Justicia de Niños/as Víctimas. Protección de los Derechos de niños, niñas y adolescentes víctimas, testigos de delitos o violencia", en <http://www.unicef.org/argentina/spanish/OriginalLibroVictimas.pdf> pág. 170.

²¹ Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, causa P. 87.654, "G., J. A., recurso de casación" del 1/11/06.

Luego de la entrada en vigencia del art. 250 bis del Código Procesal Penal (y las disposiciones análogas en los derechos provinciales) que cumpliendo con las directivas internacionales indicadas supra, establecieron la escucha especializada de los niños víctimas de abuso sexual, surgieron planteos jurisprudenciales que alegaban que dicha disposición resultaba inconstitucional por vulnerar la garantía del juez natural.

Dichos planteos fueron rechazados, ya que el juez sigue controlando el proceso de interrogatorio a través del procedimiento mencionado²².

Actualmente, se encuentra discutido si el dispositivo debe ser considerado irreproducible, tal como lo propone parte de la doctrina²³.

Vinculado con esta cuestión, se han realizado planteos de nulidad basados en la falta de notificación de la entrevista a realizarse con la víctima los cuales de hacerse lugar, importaría someter a los niños, niñas y adolescentes a una nueva ordalía, un nuevo juicio que incluso podría llevar a un sobreseimiento o absolución. La Corte Suprema de Justicia de la Nación en los últimos años ha afirmado que: "El daño psicológico que podría sufrir el niño como consecuencia de las reiteradas convocatorias a testimoniar, y la consiguiente lesión de los derechos que le asisten en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño (...) causa un gravamen de insusceptible reparación ulterior"²⁴.

²² CNACrim. y Corr, Sala I, causa n° 24.987, "B., R. A. s/ inconstitucionalidad del 250 bis del C.P.P.N.", 28/12/04; id. S., M. 12/10/05 c. 27.178., id. Causa N° 10.239, "B., B. s/recurso de casación", CNCP, sala II - 09/02/2010 en la que se resolvió que: "En el campo de los procedimientos criminales que tienen por objeto la determinación de hechos de abuso sexual del que un niño aparece como víctima, el derecho del imputado de interrogar o hacer interrogar al niño como testigo puede entrar en tensión con la necesidad de protección moral del niño, o de su seguridad, lo que puede justificar el establecimiento de condiciones especiales para su interrogación que impliquen ciertas restricciones en la medida que no afecten el núcleo esencial del derecho de interrogar o hacer interrogar a los testigos. Cuando los intereses prevalecientes de protección moral del niño o de su seguridad, justifican ciertas restricciones al derecho que regularmente se concede frente a testigos mayores de edad, las restricciones sólo están justificadas en la medida estrictamente necesaria para proteger los intereses del niño, y la restricción debe ser suficientemente compensada con otras garantías sobre el modo de producción del testimonio, dando oportunidad útil de formular preguntas, pedir aclaraciones, y en general de controlar el desarrollo del acto de recepción del testimonio.

²³ En ese sentido, se pronuncian: Díaz Cantón, Fernando, ob. cit., pág. 172 y Castro, Julio César, "Cuando los niños tienen la palabra. A propósito de la validez de la toma de sus dichos mediante un procedimiento diferenciado". En UNICEF, Asociación por los Derechos Civiles (ADC), Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias Argentinas y Ciudad Autónoma de Buenos Aires (JUFEJUS). "Acceso a la Justicia de Niños/as Víctimas. Protección de los Derechos de niños, niñas y adolescentes víctimas, testigos de delitos o violencia", en <http://www.unicef.org/argentina/spanish/OriginalLibroVictimas.pdf> pág. 204.

²⁴ CSJN, "Recurso de hecho deducido por B. N. (querellante) en la causa M., A. y otros s/abuso deshonesto -causa 42.394/96-" del 27/06/02.

Se cuestiona si esa notificación debe realizarse²⁵ o si la falta de ella acarrea la nulidad, tal como ha resuelto en alguna oportunidad la jurisprudencia.

El régimen establecido en el art. 250 bis del CPPN y de algunos códigos provinciales que lo siguen, no contemplan la obligación de notificar a la defensa ni la sanción de nulidad en caso de incumplimiento.

Algunos autores han opinado que deben aplicarse a las primeras declaraciones las normas sobre notificación obligatoria a la defensa y aseguramiento de la posibilidad de anticipación del contradictorio establecidas para los actos definitivos e irreproducibles. Sin perjuicio de destacar que el régimen del art. 250 bis del CPPN y de los códigos epígonos no consagra esa obligación de notificar a la defensa para darle la posibilidad de intervenir en el acto de recepción de la prueba²⁶.

La resolución de la Procuración General de la Nación 8/2009 exige a los fiscales que "se proceda a notificar al imputado y a su defensa la realización de dicho acto". Además, los fiscales deberán constatar que en todos los procesos en los que se investigue la presunta comisión de delitos contra la integridad sexual de menores de dieciocho años de edad "se notifique al imputado y a su defensa la realización de peritajes sobre las víctimas". Lo mismo se prevé en la resolución 903 del año 2012 de la Suprema Corte de Buenos Aires, el Código Procesal Penal de Córdoba y el de Chubut²⁷.

Ahora bien, la jurisprudencia ha rechazado la nulidad basada en la falta de notificación al decirse que: "si bien se ha omitido notificar a la asistencia del imputado de la producción de la medida dispuesta por el art. 250 bis del Código Procesal Penal de la Nación, existe la posibilidad de llevarla a cabo nuevamente y de que el letrado defensor realice las sugerencias que sostiene se ha visto impedido de formalizar en la oportunidad precedente. De allí se

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

26 Díaz Cantón, Fernando, ob. cit., pág. 173.

27 Respecto de la obligatoriedad de la notificación se ha dicho que el cumplimiento de ambas exigencias constitucionales: la protección de la víctima y la defensa del imputado debe ser atendido con el propio procedimiento, esto es, con la debida notificación al imputado para que pueda ejercer mediante el procedimiento reglado su efectiva defensa. Entonces, la notificación debe ser fehaciente y con la debida antelación (Castro, Julio, ob. cit., pág. 181).

desprende que la declaración de nulidad propuesta no resulta necesaria para hacer efectivo el derecho de defensa en juicio del imputado(...)”²⁸.

Se han criticado resoluciones como la mencionada por perder de vista la idea de revictimización, y la doctrina de la CSJN, con remisión al dictamen del Procurador General de la Nación, en cuanto a evitar la revictimización del menor a quien se pretendía someter a nuevas declaraciones y exámenes psicológicos²⁹.

Frente a la falta de notificación, existen quienes sostienen que el demandado podría válidamente oponerse a la lectura de esa prueba en juicio, o plantear una nulidad posterior, por haber transgredido el interrogatorio su derecho de defensa³⁰.

La cuestión se plantea cuando la declaración de los niños, niñas y adolescentes se incorpora por lectura al debate y los posteriores planteos de nulidad que se interponen.

Encontramos, entonces, aquellas sentencias que han rechazado la nulidad planteada otorgando primacía al superior interés del niño³¹, o bien se ha podido fundar la

²⁸ CNACrim. y Corr., sala IV, 25 /10/2005, causa 27.777, “Ruiz Diaz, Santos Isabelinos/abuso sexual”. En el mismo sentido, CNACrim. y Corr., Sala VII “S., R.”Procesamiento. Abuso sexual. Instr. 48/145. 27/03/2009 y CNACrim. y Corr., Sala V, 02/09/2008 ‘P., J. I. s/violación de menor de 13 años’.

²⁹ Castro, Julio, ob. cit., pág. 189, Trib. Sup. Just. Córdoba, sala Penal 28/04/2010 P., E. R. Lexis N° 1/70062076-1.

³⁰ Arrigone, María Carolina. “Los derechos del niño abusado (víctima) en tensión con la defensa del acusado” Revista de Derecho Procesal Penal 2009-1, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, pág. 574. En coincidencia con dicho criterio se cita el fallo de la C.N.C.P., sala II del 2-10-1008 “Amil Gustavo Alfredo s/recurso de casación” causa 8389 en la que se resolvió que: “si no se ha ofrecido a la defensa una oportunidad útil y efectiva para interrogar o hacer interrogar a eventuales testigos de cargo en la audiencia de juicio, entonces sus declaraciones no controladas por la defensa no pueden ser tomadas como base de la sentencia”. También se ha dicho que: “no corresponde anular la declaración del menor por falta de notificación de la defensa, desde que al tratarse de una testimonial y no de un peritaje, la omisión de notificación no se encuentra específicamente sancionada con nulidad, ello sin perjuicio de resaltar la importancia y conveniencia de la notificación a las partes” (Asturias, Miguel “La prueba de la Cámara Gesell y el derecho de defensa”, LA LEY, 2008-F - 1191).

³¹ C.N.C.P., sala III, causa 6304, “Brancca, Carlos Alberto, s/recurso de Casación”, rta. el 7-6-2006. Merece destacarse también la sentencia de la C.N.C.P., sala II del 15-12-98 en autos “Barra, Alfredo s/ Recurso de casación” causa 1836 en la cual se resolvió que: “La tutela a los derechos de la víctima contenida en la ley ritual no es sino un reconocimiento a su dramático protagonismo en el hecho objeto del proceso, orientado incluso a procurar que su participación no signifique una revictimización, vale decir, que no sea víctima también del proceso. Ese reconocimiento será una herramienta que permitirá, aunque mínimamente reconstruir la pérdida de confianza en el sistema judicial, desde el solo hecho de que un juez o los miembros de un tribunal oral garanticen sus derechos, implica una clara demostración de que, frente al delito, el Estado acude en su auxilio, generando una sensación de amparo o protección”.

condena en otras pruebas de cargo³². Otros, sin embargo, han anulado la sentencia condenatoria, por cuanto no se le permitió al procesado controlar la prueba de cargo, ya que incorporó por lectura las declaraciones de las víctimas vertidas en la Cámara Gesell, sin darle oportunidad a la defensa de participar en ellas³³.

En este tema debe destacarse por su trascendencia el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos: "G. L. J. s/ causa N° 2222"³⁴ de fecha 7 de junio de 2011.

El fallo del Máximo Tribunal de nuestro país en dicha causa importa la cristalización de la doctrina y la jurisprudencia que comienza a abrirse paso en el tratamiento de los casos de abuso sexual respecto de la protección especial que merece el niño, niña y adolescente en el proceso penal por su carácter de tal que lo coloca en situación de asimetría frente a los adultos y por su condición de víctima de un delito.

Los hechos que dieron origen al fallo fueron los siguientes: el Sr. J.G.L. convivía con su hija M.V.G.S. de 12 años desde el año 2000, a quien abusó sexualmente accediéndola carnalmente por vía vaginal, ejerciendo violencia física y amenazándola de muerte para que no lo denunciara.

El Tribunal Oral en lo Criminal n° 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.

La joven víctima sufrió varios intentos de suicidio y tuvo varios episodios psicóticos.

El abogado defensor del condenado, interpuso recurso de casación fundado en la imposibilidad que había tenido la defensa de controvertir los dichos de la joven.

³² C.N.C.P., sala I, causa 9263, "Vilca Madani. Liborio s/recurso de casación", 11-8-2008. También puede consultarse el fallo del Supremo Tribunal de Justicia de Córdoba, Sala Penal, en los autos "Franco Aníbal Héctor", del 26-6-2008.

³³ C.N.C.P., sala II, causa 8458, 9/05/2008, "Bautista Cabana, Gabriel s/recurso de casación" y Cámara de Acusación de Salta, sala I 16/08/2011" Murillo, Néstor s/ corrupción calificada" LLNOA 2011 (diciembre), 1237.

³⁴ C.S.J.N. 07/06/2011 "G. L. J. s/ Causa N° 2222" Sup. Penal2011 (septiembre), 37, LA LEY, 2011-E, 240 - DJ21/09/2011, 49 - DPYC 2011 (septiembre), 204.

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 ocupara de que la víctima fuera preparada psicológicamente para prestar declaración en el debate y de la búsqueda intensiva de la denunciante (que era la tía de la víctima), a fin de que se realizara un nuevo juicio.

El Fiscal General dedujo recurso extraordinario federal, cuya denegación motivó el recurso de queja resuelto por la Corte Suprema de Justicia.

El Fiscal fundó su recurso en que la condena no se basó solamente en la declaración de la víctima sino que existían otros elementos de prueba que coadyuvaban al dictado de la sentencia condenatoria.

Los médicos forenses habían determinado que la víctima no se encontraba en condiciones de prestar declaración testimonial por lo cual, la realización de un nuevo juicio implicaría un proceso en el cual la sentencia sería absolutoria.

El Procurador General de la Nación en su dictamen³⁵ hizo referencia a la doctrina establecida por la C.S.J.N. al argumentar que se equiparan 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 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 Niño³⁶.

También entendió que para resolver debía tenerse en cuenta lo establecido por el Instituto Interamericano del Niño, Niña y Adolescentes (IIN-OEA) en su Orientación Técnica Institucional n° 1, de febrero de 2011 y el Comité de Ministros del Consejo de Europa en su Recomendación n° R (97) 13. del 10 de septiembre de 1997 en el sentido 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.

³⁵ El dictamen completo puede obtenerse en <http://www.mpf.gov.ar/mobile/DetalleNoticia.asp?IdRegistro=358>.

³⁶ CSJN (Fallos: 325:1549).

Continuó su argumentación diciendo que esta tensión de los derechos de la víctima y los derechos del imputado no puede resolverse en abstracto otorgando prevalencia a alguno de ellos. A su entender: "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", del 2-7-2002)".

En el dictamen se valora particularmente la existencia de otras pruebas en la causa que permitían que el derecho de defensa deba ser restringido frente al derecho de la víctima y además, condujeron al Tribunal Oral Criminal a la condena del imputado. Por todo ello, propició se hiciera lugar al recurso de queja y se revocara la resolución de la Cámara de Casación Penal.

El fallo del Máximo Tribunal en su voto mayoritario valoró como sustancialmente importante para resolver el recurso dos cuestiones: la existencia de múltiples pruebas que fundaban la sentencia de condena y el estado de salud de la joven.

La Cámara de Casación había considerado que si bien la salud mental de la víctima estaba comprometida, la declaración debería llevarse a cabo de todas maneras, ordenado preparar psicológicamente a la víctima y ordenando la búsqueda de la denunciante.

Para ello incurrió en la contradicción, según la Corte, al sostener que dicha acción debía llevarse adelante sin afectarse aún más su salud o sin alto riesgo aún cuando los profesionales habían denunciado que existía riesgo de vida, como si esto fuera posible.

A continuación, se estimó que el aquo no había atendido a los mecanismos especiales de protección de los derechos de quienes se encuentran en situación de vulnerabilidad.

Asimismo, consideró que el tribunal de juicio fundamentó la declaración de culpabilidad del Sr. G.L. en otras pruebas determinantes como: las diferentes pericias ginecológica y médica, la presencia de sangre y semen del condenado en el colchón donde se produjo el delito, la declaración en el debate de la psicóloga del Cuerpo Médico quien realizó la pericia psicológica sobre la víctima.

Resultó destacable esta última, en el sentido de que la profesional declaró que la víctima se encontraba en un estado de extrema vulnerabilidad por las vivencias de intensa agresión padecidas, siendo factible que pudiera intentar suicidarse.

El fallo consideró que el tribunal aquo no examinó que las pruebas que fundaron la condena del Tribunal Oral constituían un curso causal independiente y por lo tanto, sostuvo que la sentencia de la Cámara de Casación constituía una resolución arbitraria, y admitió el recurso de queja interpuesto.

La Dra. Highton de Nolasco coincidió con la solución de la mayoría pero elaboró su propio voto. En nuestra opinión la jueza logró plasmar la problemática de la cuestión más allá de las circunstancias particulares de la causa.

Consideramos personalmente, que el voto de la jueza logra articular las normas provenientes de la totalidad del ordenamiento jurídico para su aplicación respecto de la protección de la víctima en estado de vulnerabilidad. Así, la mención de instrumentos internacionales y la importancia de la condición de la víctima en la construcción lógica del voto adquieren una importancia radical respecto del camino a seguir en casos análogos en el futuro³⁷.

En ese sentido, la magistrada entendió que la cuestión resultaba en 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.

Todo ello porque incumbe al Estado la carga de justificar la limitación que se deba verificar.

Para ello brindó una definición en relación a qué personas pueden ser consideradas en condición de vulnerabilidad tomando como base lo establecido por el art. 5 de las Reglas Básicas relativas al acceso de justicia de las personas que se encuentran en condiciones de vulnerabilidad, *Reglas de Brasilia* (del 4 al 6 de marzo de 2008).

Dentro de dicho concepto se incluye a 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.

³⁷ Desde ya que lo mencionado no importa desmerecer el voto mayoritario, sino que frente a la temática a analizar, consideramos que el voto de la Dra. Highton importa una aplicación del derecho como un bloque articulado, otorgando una regla clara de ponderación de los derechos en juego.

Por ello, dijo que la vulnerabilidad puede proceder de sus propias características personales o bien de las circunstancias de la infracción penal como por ejemplo, las víctimas menores de edad y las que padecieron delitos sexuales.

Dichos conceptos fueron luego aplicados al caso en concreto, opinando la Dra. Highton que la víctima se encontraba en condiciones de vulnerabilidad.

Estableció que la obligación del juez en estos casos consiste en adoptar 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.

La magistrada entendió que la sentencia del Tribunal Oral N° 12 había cumplido con estos parámetros, restringiendo los derechos del imputado en forma razonable en base a los informes médicos que objetiva y concretamente demostraron el alto riesgo que una resolución contraria podía generar en la víctima.

Se destaca el hecho que la Dra. Highton marca que el parámetro de proporción para resolver la colisión de intereses debe tener en cuenta el trato a la víctima y el respeto a su dignidad, principios fundamentales adoptados por la res. 40/34 del 29/11/1985 de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Consideramos que del voto de la Dra. Highton surge una pauta clave: probado que la víctima se encuentra en estado de vulnerabilidad, la restricción al derecho de defensa de imputado no resulta arbitraria ni irrazonable.

8. Conclusión

Creemos importante destacar que, tal como sostiene la Dra. Beloff, cuando aparece la tensión entre el derecho del imputado y el derecho de la víctima en un mismo plano, el problema está mal planteado. En el punto de la tensión entre los derechos del imputado, basados en su mayor debilidad durante el proceso, y los derechos de la víctima menor de edad, debería incorporarse el matiz diferencial relacionado con la protección legal especial del niño víctima³⁸.

³⁸ Beloff, Mary. "El menor de edad víctima en el proceso judicial: garantías procesales y deberes de prestación positiva del Estado" en UNICEF, Asociación por los derechos Civiles (ADC), Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias Argentinas y Ciudad Autónoma de Buenos Aires (JUFEJUS) "Acceso a la Justicia de Niños/as Víctimas. Protección de los Derechos de niños, niñas y adolescentes víctimas, testigos de delitos o violencia", en <http://www.unicef.org/argentina/spanish/OriginalLibroVictimas.pdf> pág. 25.

Para esta autora en el caso de una víctima menor de edad: “el tribunal debería explicar por qué desconsidera la garantía de protección especial que tiene ese tipo de víctima en el derecho argentino y en el derecho internacional. En este punto la tensión normativa se complejiza y ello exige elaborar nuevos argumentos. Es claro que si se suman normas de protección y principios de protección a la niñez –en particular uno muy problemático pero que en este punto resulta crítico como lo es el interés superior del niño–, la balanza parece inclinarse a favor de la víctima menor de edad”³⁹.

Coincide con ello Rozanski: “El derecho de defensa es sagrado, como lo es el derecho del niño. Por cierto, la defensa no se ve afectada por el hecho de que se respeten los derechos del niño. Plantearlo en términos contradictorios es un error conceptual muy serio”⁴⁰.

Para ello debe tenerse en cuenta que en este tipo de procesos existe claramente una asimetría caracterizante del proceso - entre el adulto y el niño que a veces es soslayada por los jueces porque, tal como entiende el autor citado supra, si ésta fuera considerada seriamente jamás llevarían a una criatura a una situación de victimización, sea en un juicio o en cualquier ámbito⁴¹.

En cuanto al deber del Estado, coincidimos con quienes sostienen que si éste por priorizar su interés punitivo o el derecho de defensa del imputado, viola garantías fundamentales de las personas, entraría en contradicción con su deber de respetar y asegurar los derechos humanos contenidos en su propia normativa⁴².

Afortunadamente nuestro máximo Tribunal realizó el enfoque desde el lugar correcto, entendiendo que la vulnerabilidad de la víctima y su protección resulta un valor esencial a proteger por nuestro ordenamiento jurídico, marcando quizás el camino a seguir en el respeto a los niños, niñas y adolescentes víctimas de abuso sexual.

39 *Ibidem*.

40 Rozanski, Carlos. “La intervención del Estado y la protección de los derechos en los casos de abuso sexual infantil”. En “El menor de edad víctima en el proceso judicial: garantías procesales y deberes de prestación positiva del Estado” en UNICEF, Asociación por los Derechos Civiles (ADC), Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias Argentinas y Ciudad Autónoma de Buenos Aires (JUFEJUS) “Acceso a la Justicia de Niños/as Víctimas. Protección de los Derechos de niños, niñas y adolescentes víctimas, testigos de delitos o violencia”, en <http://www.unicef.org/argentina/spanish/OriginalLibroVictimas.pdf> pág. 204.

41 *Ibidem*, pág.159.

42 Fortete, César, ob. cit., pág. 204.