



TRABAJO FINAL ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PENAL

Título:

**Consideraciones jurídicas sobre el testimonio del menor
víctima en el proceso penal.**

Director: Prof. Dr. Gustavo Aboso.

Autor del trabajo: Mirta del Valle Moreno.

Matrícula: 000-17-2405

Índice.

1. Introducción

Capítulo I. La víctima en el sistema penal.

1. De ser “el convidado de piedra” a protagonista del sistema penal.

Capítulo II. Las víctimas.

2. a. Regulación en el plano internacional.

2. b. De la víctima

2. c. Víctima especialmente vulnerable.

Capítulo III. La víctima en el proceso penal.

3. a. De un acceso a la Justicia sin revictimización.

3. b. Derechos de las víctimas: El artículo 5 de la Ley 27.372 y su relación con el artículo 99 del CPPCH.

Capítulo IV: El menor y su participación en el proceso judicial. 4. a. El corpus juris de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes: deber especial de protección.

4. a. Marco legal en la Provincia del Chubut. Ley 4347.

4. b. El menor víctima de delito y su intervención en el proceso penal. Aspectos Procesales.

4. c. Participación del menor víctima. Habilitación de la instancia.

4. c i. Del Asesor de Menores.

4. c ii. Del Defensor Víctima.

4. c iii. Del Querellante.

Capítulo V: La participación del menor en el proceso penal. Aspectos procesales.

5. a. Declaración del menor víctima. Informes previos. Cámara Gesell. Anticipo Jurisdiccional de Prueba.

5. a i Etapa Preliminar Preparatoria. Informes previos: valoración.

5. b Declaración bajo modalidad de cámara Gesell. Debido Proceso.

5. b i Recepción de la declaración del menor: averiguación preliminar. Anticipo jurisdiccional de prueba. Principio contradictorio.

I. Etapa Averiguación Preliminar.

II. Principio Contradictorio. Derecho al confronto.

II a. Derecho al confronto en la jurisprudencia comparada:

🇺🇸 Estados Unidos.

🇩🇪 Alemania.

🇪🇸 España.

III. Declaración durante la etapa de averiguación preliminar.

5. b ii Naturaleza jurídica de declaración testimonial del menor en cámara Gesell.

5. b iii. De la intervención del psicólogo. Interrogatorio.

Capítulo VI: La declaración de la niña víctima de violencia de género.

6. a Marco legal

6. b Valoración de la declaración del testigo único. Principio de amplitud probatoria. Perspectiva de Género.

6. c La valoración de la prueba única en la jurisprudencia española.

Capítulo VII: La declaración de la víctima de trata de personas con fines de explotación sexual.

7. a Marco Legal.

7. b Declaración Testimonial a Víctimas de trata y Explotación de Personas: Testimonio especial.

7. c Valoración de la declaración de la víctima de trata.

7. d Valoración de la declaración de la víctima de trata en la jurisprudencia de la CNCP: Retracción, modificación y contradicciones.

Abreviaturas.

Conclusión.

Bibliografía.

Abreviaturas.

ASI = Abuso Sexual Infantil.

BGH = Bundesgerichtshof (Tribunal Federal de Justicia de Alemania)

BvR = Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal alemán)

CIDH = Corte Interamericana de Derechos Humanos.

CIDN = Convención Internacional de Derechos del Niño.

CFCP = Cámara Federal de Casación Penal.

CJ = Carpeta Judicial.

CN = Constitución Nacional.

CNCP = Cámara Nacional de Casación Penal.

CP = Código Penal.

CPCh = Constitución de la Provincia del Chubut.

CPPCh = Código Procesal Penal de la provincia del Chubut.

CPPN = Código Procesal Penal de la Nación.

CSJN = Corte Suprema de Justicia de la Nación.

CEDAW = Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women
(Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer)

DG = Defensoría General.

LECrim = Ley de Enjuiciamiento Criminal.

NNyA = Niñas, Niños y Adolescentes.

OJTw = Oficina Judicial de Trelew.

PG= Procuraduría General.

SAVD = Servicio de Asistencia a la Víctima del Delito.

StPO = Strafprozeßordnung

STC = Tribunal Constitucional de España.

STJCh = Superior Tribunal de Justicia del Chubut.

TC = Tribunal Constitucional

STEDH = Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

1. Introducción.

Durante mucho tiempo, la víctima u ofendido por el delito estuvo excluida del proceso penal y con gran razón se ha dicho que era la gran ausente.

Sin embargo ello no fue siempre así. Desde los primeros tiempos la venganza como el derecho de la víctima, aparecía como forma de solucionar el conflicto. En estas sociedades primitivas la ley vigente era conocida como Ley del Talión.

El surgimiento del Estado, los movimientos de codificación, implicaron un cambio en la persecución del delito, saliendo de la esfera privada para pasar a manos del Estado, centrado así en la idea que se afectaba un interés social o Estatal. En la época de la Inquisición, la persecución del delito se monopoliza en manos del Estado, la persecución penal es ahora pública en la que el delincuente pasa a ser el centro de atención, expropiando de toda consideración y participación en el proceso a la víctima, transformando el sistema penal en un instrumento de control social sobre los súbditos.

Así lo explica Ángela Ledesma¹ “...el proceso penal tradicional íntimamente unido a las raíces inquisitivas no reconocía a la víctima como un sujeto de proceso penal y como se dijo ut supra el Estado expropió sus derechos y los asumió en forma monopólica como un representante, consagrando la expresión del “convidado de piedra”, mas en los tiempos presentes se produce una suerte de viraje copernicano en esta concepción impulsado por distintas cuestiones de orden históricos-políticos, compromisos supranacionales asumidos por los Estados después de los conflictos mundiales del siglo pasado y la evolución del proceso penal moderno – cada vez más acusatorio y adversarial – todos estos condimentos que han abierto un abanico de alternativas por medio de las cuales se legitima, en mayor o en menor medida la intervención de la víctima en el proceso y ello no sólo habilitó el reconocimiento de la víctima individual, sino su extensión al carácter colectivo en alusión a delitos de lesa humanidad, terrorismo y otros fenómenos que empañan a la comunidad internacional y a las nacionales...”.

La aparición de la victimología y victimodogmática ya en el siglo XX han contribuido a posicionar el rol de la víctima en el conflicto penal, incluyendo en este nuevo paradigma medidas asistenciales pos delictivas como un especial tratamiento dentro del proceso penal.

Esto ha llevado en los últimos años a replantearse cuál debe ser el rol del derecho penal, como potestad exclusiva del ejercicio del poder penal y juntamente con ello cuál debe ser el lugar que ocupa la víctima dentro de este proceso.

Máxime si la víctima resulta ser un menor de edad, quien no solo fue excluido como tal del proceso sino que prácticamente fue ignorado.

Muchos cambios se han sucedido superando estas etapas. Hoy, en el proceso penal la víctima en general, y el menor en particular tiene un importante protagonismo sobre todo a partir de la

¹ Ledesma, Ángela E. «*Víctima y su legitimación para actuar ante la justicia*». Revista de Derecho Procesal Penal, Año 2017-2. Cita: RC D 943/2018.

aprobación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CIDN) que marca la culminación de un proceso progresivo de reconocimiento y protección de los derechos de los niños.

El reconocimiento de derechos humanos a partir de la reforma de 1994, que incorpora los Tratados Internacionales, las reformas procesales, el avance de la legislación interna llevan a considerar que la víctima ha vuelto a tener un papel relevante en el proceso penal, reconocimiento que se extiende no solo al ofendido por el delito sino también a los familiares de las víctimas, a los desplazados, los vulnerables en general que otrora quedaban marginados en el sistema penal protector y hoy las legislaciones amparan su ingreso al proceso y es reconocido por tribunales nacionales y supranacionales².

Hoy con mayor frecuencia vemos en los tribunales a menores víctima de violencia infantil, asumiendo el doble rol de víctima y único testigo del hecho del que ha afectado, sobre todo en delitos que atentan contra su integridad sexual y que se desarrollan en el ámbito familiar. De allí que se lo considere al menor como una víctima vulnerable y por ende aparece la necesidad de adoptar una mayor protección cuando el mismo resulte estar más expuesto en el proceso de investigación.

Su condición de vulnerabilidad, que es propia del menor maltratado, termina inevitablemente por reflejarse en el contexto del procedimiento penal y en las modalidades prácticas para establecer el hecho delictivo y la protección de las víctimas. En otras palabras, estamos frente a una "vulnerabilidad de la víctima" tan pronunciada que se comunica al caso procesal, y se convierte en "vulnerabilidad de la prueba" y en "vulnerabilidad del proceso", haciendo más difícil que nunca la reconstrucción de los hechos, y dejando el campo libre a posibles errores judiciales, en ambas direcciones³.

Mi trabajo centrara sobre todos estos aspectos constitucionales-convencionales, sustanciales y procesales.

En el ámbito constitucional, a partir de la incorporación en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, el derecho de respeto y de reconocimiento de la víctima ha dado jerarquía constitucional a Tratados Internacionales de Derechos Humanos que prevén la protección judicial de la víctima y su activa participación en el proceso penal, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, Convención de los Derechos del Niño, Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer, denominada también como Convención de Belem do Pará, la Ley 26.485 de "Protección

² Así lo refiere la Dra. Ángela Ledesma en su artículo "*Víctima y su legitimación para actuar ante la justicia*", en "La víctima del delito –Aspectos procesales penales II". Director: Edgardo Donna. Editorial: Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, Año: 2017, ps 23 y ss.

³ Marafioti, Luca. «*El menor abusado: víctima y testigo vulnerable*». Revista de Derecho Procesal Penal. Tomo: 2012. Número Extraordinario: Víctimas especialmente vulnerables Editorial: Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires. Año: 2012 ps. 213 y ss.

Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollan sus relaciones interpersonales”, entre otros. La Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 34 establece que los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abusos sexuales. La sanción de todas las leyes reseñadas y la ratificación de tratados internacionales, conforman un bloque normativo de singular importancia en materia de violencia de género y de protección de los niños, en el que el Estado ha manifestado un especial interés.

En el ámbito sustantivo, a partir de la Ley 24.316 se incorpora el artículo 76 bis al Código Penal, la opinión de la víctima en relación a la aceptación o no de la reparación ofrecida, se presenta como una condición previo a su otorgamiento. La Ley 24.417 de “Protección contra la violencia familiar” incorpora medidas cautelares como la exclusión del hogar del victimario por delitos contra las personas, libertad dentro del ámbito familiar. Por medio de la Ley 25.822 se incorpora la instrumentación de la cámara Gesell cuando el menor deba brindar declaración testimonial. La Ley 26.061 “Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes” que obliga la aplicación de la Convención de los Derechos del Niño, haciendo prevalecer el interés superior del niño. La Ley 27.372, denominada “de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos”, estableció en el artículo 2 quienes se consideran víctimas. Y en el ámbito provincial, Ley N° 4.347 de protección integral de la niñez, la adolescencia y la familia, Ley XVN° 12 de prevención violencia familiar, la Ley XV N° 26 de protección integral e igualdad de oportunidades y equidad de género, Ley I - N° 284 (Antes Ley 5241) de ayuda a las víctimas de delitos dolosos violentos y contra la integridad sexual, en el ámbito de la provincia del Chubut.

En el ámbito procesal, el derecho al acceso a la justicia y ser parte en el proceso, ha sido consagrado a partir de la figura del querellante. También y desde la etapa preliminar la víctima – testigo, pueden declarar en calidad de testigo, y si es menor de edad su declaración lo es en el contexto cámara Gesell. Aspectos vinculados al tratamiento especial del testimonio del menor como anticipo jurisdiccional de prueba, afectación del derecho a la defensa, presencia imputado en la declaración, derecho defensa en juicio, declaración tomada por la psicóloga, informes psicológicos en la etapa preliminar, criterio de veracidad de la declaración, entre otras. Esto habrá de desarrollarse conforme la regulación procesal no solo a nivel nacional, sino también a partir de cómo lo ha estructurado el Código Procesal Penal de la Provincia del Chubut, que desde el año 2006 ha establecido el sistema acusatorio adversarial, así como habrá de citarse jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia, a modo de resolver todas aquellas implicancias del tratamiento de la declaración del menor en el proceso penal que pudieran ver afectada el derecho de defensa como los derechos a las víctimas.

El presente trabajo, a modo descriptivo y reflexivo de cara a conocer la situación actual, efectuaré algunas consideraciones en torno a los conceptos de víctima, vulnerabilidad, revictimización, violencia contra el menor víctima, el interés superior del niño, medidas especiales de protección, declaración del menor víctima de abuso sexual en el contexto de

cámara Gesell, su naturaleza jurídica, intervención del psicólogo, apreciación de la prueba en casos de violencia de género, valoración de los informe previos realizados a la víctima, la prueba del testigo único, ello siempre dentro del contexto del proceso penal respetuoso de las garantías procesales y constitucionales reconocidas tanto a la víctima como al acusado. En relación al imputado se analizara el derecho de defensa desde el inicio del proceso, abordaré el principio de inmediación, contradicción propio del sistema adversarial, considerando el momento procesal en que se realiza la declaración del menor, muchas veces antes de formalizar la investigación, podría provocar alguna afectación el principio de inocencia que goza el imputado. Además, referiré a la jurisprudencia comparada, en particular de Estados Unidos, Alemania y España. Dedicaré un capítulo específico a los casos de violencia doméstica, en que confluyen la doble condición de niña como de mujer analizando, la declaración de la menor víctima, prueba única, que si bien comparten las mismas características estudiadas en los primeros capítulos, deben ser desarrollados bajo un concepto de amplitud probatoria y desde una perspectiva de género. Y finalmente, en esta misma línea de la investigación, referiré a la víctima de trata de personas, particularmente a mujeres y niñas con fines de explotación sexual, haciendo algunas consideraciones en torno a su declaración, valoración, modificación, contradicción y retractación, como ha tenido recepción en la jurisprudencia local.

Capítulo I. La víctima en el sistema penal.

1. De ser “el convidado de piedra” a protagonista del sistema penal.

En la evolución de la organización social, podemos distinguir tres etapas, la de la sociedad primitiva, la sociedad culturalmente desarrollada a partir del surgimiento del Estado y la sociedad moderna.

En la sociedad primitiva, el poder penal pertenece a la tribu, al ofendido, la víctima estuvo allí desde sus comienzos como forma de solucionar los conflictos sociales a través del sistema de la composición, teniendo al sistema acusatorio privado, como forma principal de persecución penal. Las leyes de Ur Namú (2050 a.C.) mencionaban la composición o reparación a la víctima. Le siguieron las leyes de Hammurabi (1700 a. C.) poniendo los primeros límites al derecho penal, la Lex Talionis consagraba que el castigo no podrá ser más que ojo por ojo, diente por diente una vez agotadas las instancias compositivas para vindicar la ofensa recibida.

A partir del surgimiento de las primeras sociedades organizadas, siglo XIII, y con ello la creación de los estados nacionales, el poder penal se transfiere del individuo o su grupo parental al Estado, y así a la venganza privada ejercida por ofendido o su tribu ahora pasa a manos del Estado, a partir de la persecución penal concentrando en si mismo todo el poder penal y expropiando a la víctima del sistema. El monopolio del poder penal, ahora en manos del Estado, decidiendo como juzgar a los súbditos por las desobediencias y como forma de sometimiento de las minorías, representa ahora el medio más poderoso de control social a través de la imposición de la pena como forma de preservar el statu quo y restablecimiento del orden social. Estas ideas propias de la Ilustración, tuvieron en Kant a uno de sus expositores, quien sostenía que aún cuando la sociedad se disolviese y todos los ciudadanos estuviesen de acuerdo con ello, antes tendría que ser ejecutado hasta el último de los criminales ya que era la forma de que cada uno reciba el castigo que merece. Ya no se trata de la venganza pura sino de la retribución de un castigo como valor absoluto de la pena frente al infractor.

La ofensa ya no afectaba solo al particular sino a todo el sistema social. El Estado es quien define cuales son las ofensas que debe ser consideradas delito, es quien va a preservar la paz social y lo hará través de la imposición de la pena.

Hegel sostenía que el delito debe ser eliminado no como la producción de un perjuicio, sino como lesión al derecho en cuanto Derecho. Esta visión, puramente retributiva y vindicativa de la pena no hay cabida para contemplar la situación de la víctima, ya que se transforma en mero objeto del delito pero no llega a ser sujeto ni persona en el sentido jurídico de la expresión en

tanto no se le reconocen derechos subjetivos y objetivos respecto a su reparación, recuperación, recreación y participación en la resolución jurídico-penal del dirimiendo⁴.

Expresa Maier que al ofendido se lo ha expropiado de sus derechos, el mismo Estado de Derecho se encargó de legitimar esta expulsión constituyéndose en una forma de paternalismo estatal⁵.

Este paternalismo estatal, lleva consigo situaciones de excesos y abusos en detrimento de elementales derechos reconocidos a todos los ciudadanos. Con la creación del Estado de Derecho a partir del s. XVIII se reconocen derechos y garantías que intentan proteger a los individuos, limitando la utilización arbitraria del poder penal en manos del Estado y estableciendo las bases o marco político que lo regulan, lo que conocemos como principios constitucionales consagrados como ley suprema dando así fundamento de validez a todo el orden jurídico. Se distinguen las declaraciones, que refieren a la organización política del Estado; los derechos entendidos como el reconocimiento de los atributos esenciales que poseen las personas que pertenecen a esa sociedad, y las garantías que representan las seguridades para impedir que el goce de sus derechos se vea afectado arbitrariamente por el poder estatal.

Como reconocimiento de sus derechos, la víctima vuelve a ser protagonista del conflicto criminal. Hassemer destaca que el derecho penal y procesal penal debe garantizar los derechos fundamentales de quienes intervienen en el conflicto penal, tanto víctima como a los testigos y al imputado o autor de la conducta criminal.

En este orden de ideas, durante mucho tiempo se privilegió la protección del imputado, sobre quien recaería una sanción penal, a través de los principios fundamentales penales de culpabilidad, inocencia, legalidad, proporcionalidad, humanidad, entre otros, con una mirada de sobreprotección hacia el criminal⁶.

Esta preocupación de un Estado indiferente en el ámbito de protección y reconocimiento de derechos de la víctima, fue advertido entonces en el debate parlamentario con motivo del tratamiento de la ley de víctimas que hoy rige en nuestro país. El senador Luis Naidenoff dijo que "...El sistema penal está estructurado de una manera tal en la que el victimario es un eje central con determinados principios que van desde la norma penal más favorable en caso de duda hasta la ley penal más benigna, teniendo como propósito central la resocialización de la

⁴ Aller, Germán, «*El derecho penal y la víctima*». Editorial: BdeF. Montevideo-Buenos Aires, Año: 2015, p. 12.

⁵ Ni siquiera la idea de protección de bienes jurídicos individuales, consiguió reservar demasiados ámbitos de poder para la víctima, y es que el concepto de bien jurídico servía para el anonimato de la víctima, al objetivarla el Derecho penal podía dedicarse a la protección de aquello que estaba mas allá del daño real provocado a una persona y próximo a la desobediencia al control de los comportamientos que hacían peligrar la paz jurídica dentro de la sociedad. El conflicto, se reducía a la relación Estado-súbdito, persecución estatal-imputado. (Maier, Julio B.J, «*Derecho procesal penal*», T.II Parte General, Sujetos Procesales, Editorial: Editores del Puerto s.r.l. Buenos Aires. Año: 2003, ps. 583 y ss.)

⁶ Así lo propuso en su libro «*El derecho protector de los criminales*» Pedro Dorado Montero, citado por Germán Aller en su obra "El Derecho Penal y la víctima", ob. Idem.

persona privada de su libertad...”; "... ¿cuál fue el rol de la víctima en todo este proceso? Bueno, el rol de la víctima ante la comisión de un hecho fue el de un simple denunciante, a veces de testigo o, de contar con recursos económicos, de querellante, contratando los servicios de un profesional del derecho. Ese es el hecho práctico y la situación actual de la víctima en el proceso penal..." Finalmente sostuvo que "...La verdad es que este reclamo tiene como antecedentes dos factores centrales que vienen de la mano de la deficiencia del Estado: un Estado que fue deficiente en la instancia de la protección y el cuidado de la integridad física de las personas y también en la etapa posterior, con la consumación del hecho delictivo, la deficiencia del Estado en cuanto a garantizar el acompañamiento, la participación, el patrocinio y la asistencia física y psicológica en todas las instancias... el cambio más fuerte o más potente viene de un Estado que no está o, mejor dicho, de esa sensación de sentir que el Estado está del lado de quien comete el delito y que quien sufre la comisión de ese delito mira a los costados y encuentra una orfandad absolutamente incomprensible"⁷.

Lo cierto es que no ha de perderse de vista el rol de la víctima, tampoco puede desconocerse los derechos que como tal le asisten.

Se trata, como señala Julio Maier, de un problema político-criminal, que ha llegado al estadio de exigir reformas en el sistema penal ya que el derecho penal en su conjunto podría decirse era "enemigo de la víctima" privilegiando la pena estatal y el control social directo por sobre cualquier otro aspecto del delito, como lo es el daño individual o social concreto, lo que en muchas ocasiones impedía toda reparación del daño aunque existieran buenas posibilidades e intenciones para ello⁸.

Difícil resulta pensar hoy el proceso penal sin la participación de la víctima. Atrás quedaron las ideas que sostenían la expulsión de la víctima del conflicto social. La víctima volvió a ser protagonista principal del conflicto social junto al autor del delito y solo la relación entre ambos víctima-imputado es posible hallar una solución racional al conflicto de la mejor manera.

Ya en el s. XX se puede apreciar la aparición de un nuevo paradigma dando mayor protección a la víctima del delito que repercute en el proceso penal no solo en la aplicación del derecho sino en la reparación al daño ocasionado. Las llamadas soluciones alternativas al conflicto penal, reparación, conciliación, suspensión de juicio a prueba, conceden a la víctima un rol importante a la hora de decidir pacíficamente el conflicto.

La víctima tiene derecho a la disculpa del agresor, a que se le repare el daño causado con la conducta delictual, a esperar la aplicación racional de la ley penal por parte del órgano judicial y a colaborar en la búsqueda de la verdad.

La tendencia político-criminal actual ha conseguido devolverle a la víctima un papel de protagonista en el proceso penal, a partir de reglas que aseguren su intervención y participación cuando así lo desee. Pero al mismo tiempo se les ha reconocido derechos frente

⁷ Versión taquigráfica del debate parlamentario Ley 27.372 "Ley de derechos y garantías de las personas víctimas de delitos".

⁸ Maier, J. B. «*Derecho Procesal Penal*». Editorial: Ediciones del Puerto. Buenos Aires. Año: 2003.

al Estado relativos a su protección física y psíquica el que se extiende aún a sus familiares inmediatos, a un trato digno por parte de las autoridades ante las que deba comparecer, de información, de ser escuchada ante de una resolución, de impugnación, entre otros.

Afirma el Dr. Gustavo Aboso que "...las leyes de víctimas de delitos procuran recomponer los desequilibrios propios del sistema jurídico orientado hacia la solución de compromiso sin participación de la víctima..."⁹.

El camino hacia el reconocimiento y protección de los derechos de las víctimas ha sido progresivo y los distintos ordenamientos jurídicos lo han desarrollado de diferentes maneras desde su consideración como tal, su interés en el proceso penal hasta como atenuar los efectos del delito.

En este nuevo modelo se puede observar dos posiciones, una restringida en que la participación de la víctima se reduce a la reparación civil, sea a través del ejercicio de la acción civil dentro o fuera del proceso penal; y la otra más amplia que atribuye y reconoce a la víctima derechos en relación al objeto procesal.

⁹ Y en esa línea de pensamiento, el autor indica que "...a los derechos simbólicos reconocidos a las víctimas del delito en el proceso penal, cuyo contenido protocolar se satisfacía con la dispensa de un trato digno y respetuoso (algo que en realidad debería ser una cláusula innominada en la relación entre el Estado y el ciudadano), se le agrega ahora una perspectiva funcional con el objeto de asegurar una participación activa y efectiva durante el proceso penal. De ahora en adelante, las decisiones jurisdiccionales y la actividad persecutoria del Estado encarnada en el ejercicio de la acción pública quedarán expuestas al escrutinio de la víctima de delito que lejos de ser un testigo mudo se transforma en un censor implacable del funcionamiento del servicio de justicia..." (Aboso, Gustavo, «Análisis de la ley 27.372 sobre los derechos y garantías de las víctimas de delitos». Revista: ElDial.com. Editorial: Editorial Albrematica S.A. Buenos Aires. Año: 2020)

Capítulo II. Las víctimas.

2. a. Regulación en el plano internacional.

Los instrumentos internacionales de derechos humanos han tenido numerosos pronunciamientos específicos en torno a este derecho de las víctimas.

Desde la irrupción de la victimología se ha intentado realizar y compaginar aquellas normativas que regula y protege los derechos de la víctima en una especie de "corpus juris de la víctima" que abarca el marco normativo constitucional, convencional, nacional y provincial.

Y es que a partir de la reforma constitucional en el año 1994, se incorporan y forman parte de nuestra Constitución las declaraciones, convenciones y pactos Internacionales de Derechos Humanos en el inciso 22 del artículo 75, de la Constitución Nacional Argentina.

El "corpus juris de la víctima" también se complementa con directrices, guías, reglas, declaraciones, observaciones de organismos del Derecho Internacional, que aportan principios de interpretación con profunda autoridad. Se mencionan, entre otros instrumentos: Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder, resolución 40/34 de la Asamblea General de las Naciones Unidas (Organización de las Naciones Unidas, 1985); Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano (VII Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia, 2002); Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Penal (Organización de las Naciones Unidas, 1992); Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, 2008); las Guías de Santiago (XVI Asamblea General Ordinaria de la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos, 2008); la resolución 1325 (Organización de las Naciones Unidas, Consejo de Seguridad, 2000); Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos (Asamblea General de NU 1999); Convenio Europeo sobre Indemnización a las Víctimas de Delitos Violentos (Consejo de Europa, 1983); Estatuto de Roma (Corte Penal Internacional, 2002), Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones 60/147 Resolución aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005; Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delito; La Carta Iberoamericana de Derecho de las Víctimas; entre otros.

2. b. De la víctima.

“El derecho de la víctima no es otra cosa que el derecho a la tutela efectiva judicial al acceso a la Justicia, que tienen esencialmente quienes han visto vulnerada su integridad psicofísica; es decir, quienes han visto vulnerado hasta su patrimonio por la comisión de un delito. Es así que cuando uno habla de la tutela judicial efectiva, que es el acceso a la Justicia, quienes más vulnerables están y a quienes más debemos proteger para que accedan a la Justicia son las víctimas de delitos...”¹⁰.

No existe un concepto universal y unívoco sobre qué es lo que debe entenderse por víctima. El diccionario de la Real Academia Española, entre sus acepciones lo define como la persona que padece un daño por culpa ajena o por causa fortuita; la persona que muere por culpa ajena o por causa fortuita; la persona que padece las consecuencias dañosas de un delito.

Para referirse a la víctima se suelen utilizar expresiones tales como “sujeto pasivo del delito”, “ofendido”, “perjudicado”. Maier considera que es más apropiado hablar de víctima en el ámbito del Derecho Penal, en tanto el “ofendido” es propio del proceso penal. Otros autores, señalan que el ofendido es la persona que resulta directamente afectada por el delito¹¹.

Ángela Ledesma afirma que “La variedad de encuadres normativos e institucionales en que se forjaron los principios y reglas sobre los derechos de las víctimas ha provocado la generación de una terminología diversa, con implicaciones sustantivas y procesales. No obstante el vocablo “víctima” ha sido un elemento común tanto para el Derecho Penal (nacional e internacional) como para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pero puede tener importantes diferencias, dependiendo del contexto en el que se utilice...”¹².

¹⁰ Extracto del debate parlamentario del Senador País, procedimiento de sanción Ley 27.372.

¹¹ En el ámbito de la Unión Europea, se puede partir del concepto de víctima que prevé el artículo 1º de la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo relativa al Estatuto de las víctimas en el proceso penal: tiene la consideración de “víctima” la persona física que haya sufrido un perjuicio directamente causado por un acto u omisión que infrinja la legislación penal de un Estado miembro; la Decisión Marco también nos indica que debe entenderse por perjuicio a estos efectos: en especial lesiones físicas o mentales, daños emocionales o un perjuicio económico. Pero este concepto olvida que hoy en día en algunos sistemas jurídicos también pueden tener la condición de víctima los grupos de afectados y demás personas colectivas e, incluso, las personas jurídicas. Es más, la LECrim. española, por ejemplo, no utiliza la palabra “víctima”, sino que emplea otros términos jurídicos como “ofendido” (art. 109) y “perjudicado” por el delito (art. 110). Pese a que estos conceptos son utilizados de forma confusa o como sinónimos, puede afirmarse que el “ofendido” es el sujeto pasivo del delito y titular del bien jurídico lesionado, mientras que el “perjudicado” es quien, sin ser titular del bien jurídico lesionado, ha sufrido un daño o menoscabo como consecuencia del ilícito penal, cosa que incluye tanto a familiares de la víctima, como a terceros. A todos estos sujetos la ley les reconoce el derecho de reparación e indemnización (art. 113, CP y art. 1º, LOVD). Extracto tomado del artículo de la Revista de Derecho Procesal Penal. Tomo: 2012. Número Extraordinario. Víctimas especialmente vulnerables. Autor: Oromí Vall-Llovera, Susana. T

¹² Ledesma, Ángela Ester en «*Víctima y su legitimación para actuar ante la justicia*», Tomo: 2017-2 en “La víctima del delito. Aspectos procesales penales II”. Revista de Derecho Procesal Penal, ob. Idem.

Si bien todos tenemos una noción de que queremos significar cuando hablamos de víctima, lo cierto es que cuando lo llevamos estas ideas al terreno de un caso concreto, nos lleva a replantear la cuestión generando ciertas dudas en cuanto a su alcance¹³.

Y es que el concepto de víctima y de victimario, no son fijos ni estáticos y van a variar según el contexto social e histórico en el que se la estudie.

En el plano universal, la Declaración Sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder, adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985, representó un importante avance en la materia, por cuanto por primera vez se lograba el reconocimiento de los derechos de las víctimas, a quienes define como "...Se entenderá por víctimas, las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder (Apartado A.1). Y se agrega que "...Podrá considerarse "víctima" a una persona, con arreglo a la presente Declaración, independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador e independientemente de la relación familiar entre el perpetrador y la víctima. En la expresión "víctima" se incluye además, en su caso, a los familiares o personas a cargo que tengan una relación inmediata con la víctima y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización." (Apartado A2). Finalmente establece que las disposiciones son aplicables "...a todas las personas sin distinción alguna, ya sea de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, nacionalidad, opinión política o de otra índole, creencias o prácticas culturales, situación económica, nacimiento o situación familiar, origen étnico o social, o impedimento físico" (Apartado A 3.).

Las 100 Reglas de Brasilia, considera víctima a la persona física que ha sufrido un daño ocasionado por una infracción penal, incluida tanto la lesión física o psíquica como el sufrimiento moral y el perjuicio económico¹⁴.

Vale decir, se utiliza un concepto amplio de quien o quienes deben ser consideradas víctimas. Con todo ello, se tiende a evitar limitar la extensión de su significación dada su importancia.

¹³ Piénsese en la época de dictadura en nuestro país. La expresión máxima de la categoría víctima es la figura del detenido-desaparecido, que se extiende a sus familiares, aunque las agencias del Estado también han reconocido como víctimas a los presos políticos, los sobrevivientes o ex detenidos-desaparecidos liberados y los niños nacidos o apropiados durante el cautiverio de sus padres en un centro clandestino de detención... en términos generales, los ex militantes de organizaciones político-revolucionarias que fueron sometidos a torturas y detención arbitraria, entre otras vejaciones, han sido calificados y reconocidos jurídica y administrativamente por las agencias estatales y por gran parte de la sociedad en cuanto "víctimas del terrorismo de Estado", y los militares y miembros de las fuerzas de seguridad que participaron en la autodenominada "guerra contra la subversión" (1968-1983) y el Proceso de Reorganización Nacional (PRN), nombre que se atribuyó la última dictadura militar, han sido identificados como "victimarios", "represores", "perpetradores" o "genocidas"

¹⁴ Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, a las que adhirió la Argentina por una Acordada de la Corte Suprema de Justicia en el año 2009.

Este problema de delimitación del campo de referencia sobre el concepto y su alcance de víctima, no resultó tampoco ajeno en el marco del debate parlamentario de la Ley 27.372, pudiendo observarse ya desde su proyecto varias reformas a fin de evitar menoscabar o restringir del concepto a quienes deben ser considerados víctima.

Los legisladores planteaban la necesidad de establecer quien o quienes debían ser considerados víctima por hechos delictivos, justificando así las reformas en torno a su inclusión. Se dijo que la "... modificación respecto del concepto de víctima, no porque se aparte a quienes son considerados como tales sino para delimitar en forma expresa quiénes lo son directamente o se sienten afectados: cónyuge, conviviente, padres, hijos, hermanos, tutores, etcétera. Bajo ningún aspecto se ha cercenado o restringido esa amplitud; por el contrario, ha sido explicada de manera más sucinta y clara. La idea es que quede en evidencia quiénes son víctimas de delitos..."¹⁵.

La Ley 27.372 que reconoce los derechos a la víctima en nuestro país, considera víctima, a la persona ofendida directamente por el delito; y al cónyuge, conviviente, padres, hijos, hermanos, tutores o guardadores en los delitos cuyo resultado sea la muerte de la persona con la que tuvieren tal vínculo, o si el ofendido hubiere sufrido una afectación psíquica o física que le impida ejercer sus derechos. (Artículo 2).

Esta ampliación de la conceptualización de víctima de delito, nos lleva a considerar que dentro del proceso penal podemos distinguir entre víctimas directas, indirectas, individuales, colectivas, por lo que resulta necesario establecer un orden de prioridades en relación a la naturaleza e intensidad de la agresión lesiva, por cuanto, como sostiene el Dr. Gustavo Aboso las limitaciones propias del sistema judicial, escasez de recursos económicos y humanos "... una aplicación extensiva de la ley de víctimas sólo acarrearía en el corto plazo una distracción de recursos que habrán de incidir de manera negativa en la prioridad de cierto grupo de víctimas que merecen una mayor asistencia jurídica..."¹⁶.

En el ámbito jurisprudencial, también se ha dado una visión amplia del término víctima y admitido la participación dentro del proceso penal.

La Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional destacó en un fallo que "...el caso se trataba del homicidio de una persona cuyos padres habían fallecido, no había contraído matrimonio ni tampoco tenía descendencia. Frente a ese escenario, los jueces argumentaron que, incluso durante la vigencia de la norma citada, correspondía hacer una excepción a la regla y admitir que los hermanos actúen como acusadores particulares pues, de lo contrario, se podría afectar seriamente la tutela judicial efectiva conforme los arts. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al quedar acéfalos de representación los intereses del damnificado. Aunado a ello, la

¹⁵ Extracto de la versión taquigráfica correspondiente a la diputada por la Provincia de Jujuy Sra. Burgos.

¹⁶ Señala en ese orden de ideas que deberían tenerse en cuenta como prioritarios aquellos hechos relacionados con la violencia de género y la violencia institucional, por cuanto este tipo de hechos son los que estadísticamente los de mayor grado de incidencia que se registran en la sociedad. (Aboso, Gustavo, «Análisis de la ley 27.372 sobre los derechos y garantías de las víctimas de delitos». Ob. Idem)

Cámara aplicó la reforma introducida por la ley n° 27.372 que modificó el art. 82 permitiendo a los hermanos ejercer el derecho a constituirse como parte querellante. Si bien los hechos habían ocurrido con anterioridad a la sanción de la citada ley, ello no fue óbice para su aplicación...”¹⁷.

Por su parte, “...debe agregarse que la concepción despersonalizada de “víctima” que emerge de la presentación de la defensa, no se condice con los derechos y garantías que les reconoce tanto la legislación nacional como las convenciones internacionales... ..la Ley de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos (Ley 27.372) establece en su artículo 5 que la víctima tendrá los siguientes derechos (...). Ese nuevo protagonismo que se reconoce a la víctima en miras de evitar que se prolongara su carácter de actor casi ajeno de un proceso penal generado justamente por el ataque a un bien jurídico del que resulta titular, también se refleja en las modificaciones que la ley referida en el párrafo anterior introdujo en el código de rito, tales como la de los arts. 79 y 80... Por ello, este nuevo pensamiento del rol de la víctima en el proceso penal, esa mayor intervención y renovados actos que requieren o facultan su presencia en el contexto del proceso penal, nos alejan de esa concepción casi circunstanciada y fungible que parecen imprimirle los abogados defensores en sus presentaciones, en las que la configuración de la realidad histórica parece prescindir completamente de la identidad individual de quienes habrían sufrido un ataque directo a su dignidad humana, conforme lo sostuvo oportunamente el juez a quo en su auto de procesamiento...”¹⁸.

Y nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el fallo “Esposito”, ha reconocido el carácter amplio del concepto de víctima, haciéndolo extensivo a sus familiares”¹⁹.

En igual sentido en caso “Hagelin” sostuvo que “restringir el acceso de la víctima o de sus familiares a la causa misma donde se va dilucidar la existencia del delito y la responsabilidad eventual de sus autores supone pasar por alto el desarrollo internacional en la protección de los derechos humanos que ha seguido una evolución que ha ampliado la participación de aquéllos en el ámbito de los procesos penales de derecho interno así como también en un especial proceso de participación ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”²⁰.

El máximo Tribunal de Justicia de la Provincia de Chubut ha destacado que “Es verdad que, acorde los nuevos vientos doctrinales, la víctima ocupa un rol prevaleciente en el conflicto penal. A un rol pasivo y limitado a la condición de sujeto hablante acerca del hecho que lo

¹⁷ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala VI “Z., G. E. s/falta de acción” (c. 9.795/14) Fecha: 5 de octubre de 2018.

¹⁸ Cámara Federal de Mar del Plata “Incidente de falta de acción en autos C., M.D. C.- S., A.R. R. por infr. Ley 26.364”(c.2253419/14) Fecha: 16 de abril de 2019.

¹⁹ Si bien el fallo de la corte es anterior a la entrada en vigencia de la Ley 27.372, lo cierto es que ya admitía una posición amplia de la víctima en el proceso penal. CSJN, 23-12-2004, “Espósito, Miguel Ángel s/Incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa”, E.224.XXXIX. “...los familiares de la víctima deberán tener pleno acceso y capacidad de actuar, en todas las etapas e instancias de dichas investigaciones, de conformidad con la ley interna y las normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos...”

²⁰ CSJN, Fallos 326:3268, de 8/9/2003.

damnificara, el afectado por el delito ha escalado posiciones hasta ser reconocido como un sujeto procesal con capacidades que le permiten actuar, incluso con autonomía, en el ejercicio de la pretensión penal, en los delitos de acción pública”²¹.

Consideró, también, el máximo tribunal provincial que “... la omisión de oír a la víctima en cuestiones que hacen de su interés, invalida la resolución dictada. Ello así pues la reforma procesal no sólo incorporó a esta parte como un sujeto más en el proceso, sino que la dotó del derecho a la tutela judicial efectiva y a participar en él con autonomía. Su ausencia no sólo viola las disposiciones antes citadas (Art. 15 y 48), sino que además incumple los fines que inspiran las acciones tendientes a enmendar los efectos de las controversias...”²².

Por su parte, la Cámara de Impugnación Penal de Esquel²³ sostuvo que “...Nadie ignora que en la práctica forense siempre se interpretó que la víctima era solamente quien resultaba objeto pasivo de la conducta de un tipo penal determinado y que en consecuencia sufría una disminución de sus derechos. Sin embargo, y tal como surge de la definición internacional actual, si bien ese puede ser su sentido genérico, debe ampliarse y extenderse para introducir a aquellos sujetos que sufren otro tipo de perjuicios.

En este orden de ideas, el Código Procesal Penal del Chubut, al igual que la Ley Nacional de Víctimas 27.372, adoptan un concepto de víctima en línea con las directrices que emanan del artículo 13 de las “Guías de Santiago sobre Protección de Víctimas y Testigos”, cuando establece que “...A los efectos del presente documento, se considera víctimas a las personas físicas sujetos pasivos de la conducta delictiva. También tiene consideración de víctima, con el alcance y extensión que en cada caso corresponda, toda persona física afectada por el ilícito, aun cuando no sea sujeto pasivo del mismo.

El Capítulo I, del Título III referido a la víctima define los derechos fundamentales, para enumerar en el artículo 98 quienes ostentan la calidad de víctima²⁴.

²¹ STJCh, caratulados “Muñoz Romualda s/denuncia Lesiones culposas”. (Expte. 21.172-Folio 46-T II-M-2007), Fecha 24/02/2010.

²² STJCh, caratulados “A., A. M. s/ dcia. Amenazas agravadas”, Sentencia: 31/15, 23/11/2015.

²³ Cámara en lo Penal de la Circunscripción Esquel, Chubut. Caratulados: “Provincia del Chubut c/ Q., J. R. s/ Abuso Sexual - L. P.” (C.J 4382. Leg. Fiscal 43254).

²⁴ “...1) a la persona ofendida directamente por el delito y a la ofendida directa o indirectamente por un delito anterior que guarde estrecha vinculación con el ahora juzgado; o quien sin serlo acredite un interés especial en la solución del caso; 2) al cónyuge, conviviente, herederos, tutores o guardadores en los delitos cuyo resultado sea la muerte de una persona o cuando el ofendido hubiere sufrido una afectación psíquica o física que le impida ejercer sus derechos; 3) a los socios, respecto de los delitos que afecten a una sociedad, cometidos por quienes la dirigen, administren, gerencien o controlen; 4) a las asociaciones, en aquellos hechos punibles que afecten intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la asociación se vincule directamente con esos intereses; 5) a cualquier asociación que acredite interés, cuando se trate de hechos que importen violación a los derechos humanos fundamentales, y hayan sido cometidos, como autores o partícipes, por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones o en ocasión de ellas; o cuando impliquen actos de corrupción pública o abuso del poder público y conlleven graves perjuicios patrimoniales para el Estado; 6) a las comunidades indígenas en los delitos que impliquen discriminación de uno de sus miembros, genocidio o afecten de un modo directo sus derechos colectivos reconocidos constitucionalmente; 7) a la Oficina Anticorrupción y/o a la Fiscalía de Estado cuando el hecho punible afecte los intereses del Estado.”

2. a. Víctima especialmente vulnerable.

Existe un grupo de víctima que atendiendo a particulares circunstancias personales, sea edad, incapacidad, minusvalía, deben ser objeto de tratamientos especiales y específicos.

Se considera en condición de vulnerabilidad aquella víctima del delito que tenga 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) un nuevo episodio violento. La vulnerabilidad puede proceder de sus propias características personales o bien de las circunstancias de la infracción penal. Se destacan a estos efectos, entre otras víctimas, las personas menores de edad, las víctimas de violencia doméstica o intrafamiliar, las víctimas de delitos sexuales, los adultos mayores, así como los familiares de víctimas de muerte violenta²⁵.

Se refieren, claro está, a las víctimas especialmente vulnerables, cuyo reconocimiento en el proceso penal lleva a la necesidad de otorgar un trato específico de forma tal que responda de la mejor manera posible ante la situación por la que deba afrontar.

Donna sostiene que dentro de este grupo de personas deben comprender a las mujeres, niños y ancianos, ya que en esta categoría enrolan especialmente a los sujetos que padecieron o padecen delitos vinculados a la violencia doméstica, como así también a los ámbitos de conflictos armados, motivo por el cual merecen trato específico y prioritario²⁶.

Así pues, la vulnerabilidad de las víctimas, como ha señalado la Comisión Europea, puede venir definida desde muy diversos parámetros:

- a) En primer lugar, atendiendo a su fragilidad física o mental (menores, discapacitados, etc.). Se trata de presupuestos subjetivos.
- b) En segundo lugar, teniendo en cuenta las situaciones que pueden crear tal fragilidad (violencia sexual, terrorismo, crimen organizado, delitos cometidos contra inmigrantes, etc.). Se parte de presupuestos fácticos.
- c) Por último, se puede optar por una protección más amplia que engloba todo tipo de personas o situaciones, según las circunstancias concretas de una víctima con relación al caso concreto (caso de Alemania que establece que se grabará la declaración de una víctima si se aportan pruebas de que no está en condiciones de soportar una audiencia pública).

²⁵ XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, 100 reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

²⁶ Donna, Edgardo Alberto, en su artículo «*Las palabras, los hechos y la víctima en el derecho Argentino*» en Revista de Derecho Procesal Penal Número Extraordinario. Víctimas especialmente vulnerables. Tomo: 2012. Editorial: Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires. Año: 2012. ps. 149 y ss.

Esta tendencia a la también la vemos en la jurisprudencia sentada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁷, en donde las víctimas de sectores más marginados tienen mayor representación ante los casos que allí se radican. La Corte hoy también interviene ante la vulneración de derechos humanos de los sectores más excluidos. "...La conciencia humana ha alcanzado un grado de evolución que ha tornado posible hacer justicia mediante la protección de los derechos de los marginados o excluidos, a otorgarse a éstos, al igual que a todo ser humano, acceso directo a una instancia judicial internacional para hacer valer sus derechos, como verdadera parte demandante"²⁸. Expuso el Juez Cançado Trindade "El ser humano aún en las condiciones más adversas, irrumpe como sujeto del Derecho Internacional de los derechos humanos dotado de plena capacidad jurídico-procesal internacional..."; "...El caso de los Niños de la Calle en que los olvidados del mundo logran acudir a un tribunal internacional para hacer valer sus derechos como seres humanos, da elocuente testimonio de esto. En el ámbito de aplicación de ese nuevo corpus juris, es indudablemente la víctima quien asume la posición central como le corresponde..."

Se pone de manifiesto el rol de la víctima y sobre todo de aquellos que se encuentran en situación de vulnerabilidad. Y desde este punto de vista, el proceso cumple con una función restauradora. La participación de la víctima en el proceso, pese a encontrarse en una situación de sensibilidad por la lesión sufrida, ejerciendo sus derechos y colocándose en un plano de igualdad frente a su agresor, la reivindica dejando de ser la parte débil en manos de sus victimarios.

Así se expuso que "...El dolor y la experiencia no son huellas, sino vivencias siempre vigentes que producen subjetividades en el presente y hacia el futuro, lo que hace necesario que a la víctima se le reconozca como tal en el pasado y que, en el presente se le connote como sobreviviente. La acción de reconocerle la condición de sobreviviente, le otorga un sentido a la propia existencia, permitiéndole nuevas definiciones de sí mismos y la posibilidad de sobrellevar la historia de abuso. Esta atribución otorga una valoración adicional a las personas que han sufrido este tipo de violencia, al sumarle la propiedad de ser ellos/as los expertos en sus propias vivencias y como tales, ser voces autorizadas para hablar del tema, ocupando un lugar de privilegio en pos de hacer recomendaciones relevantes que contribuyan tanto a

²⁷ Algunos fallos de la CIDH de víctimas especialmente vulnerables, a modo de ejemplo podemos citar a "Prisioneros sobrevivientes de masacres negadas y olvidadas y brutalización extrema (CIDH., Caso Juárez Cruzatt y Otros vs. Perú (Caso 11 .015); "Poblaciones maya-achí, sobrevivientes de políticas de tierra arrasada" (CIDH., Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala, Serie C. N 105, Sentencia de 29 de abril de 2004); "Comunidades indígenas reivindicando su derechos ancestrales a la tierra y su derecho a la vida" (CIDH., Caso Comunidad indígena Yakyé Axa vs. Paraguay, Series C No 125, Sentencia de 17 de junio de 2005)¹¹; "Comunidades condenadas a vivir en el desarraigo y reivindicando su derecho al retorno (Caso de la Comunidad de Moiwana vs. Suriname); "Cientos de trabajadores públicos denegados derechos laborales básicos en la más abierta arbitrariedad (CIDH., Caso Acevedo Jaramillo et al vs. Perú, Series C No. 144, Sentencia de 7 de febrero de 2006), entre otros.

²⁸ CIDH, caso "Niños de la Calle vs. Guatemala". Serie C, N° 63. Fecha: 19/11/1999.

aspectos preventivos y terapéuticos, como a lo relacionado con el accionar de la justicia y de los procesos reparatorios²⁹.

Nuestros legisladores dejaron en claro la situación de vulnerabilidad de algunos grupos de personas que merecen un tratamiento especial, a fin de brindar protección, asesoramiento, contención durante el proceso penal y asistencia legal y terapéutica.

Se expuso en el debate parlamentario "...A fin de precisar el reconocimiento de quienes son víctimas, se ha puesto especial atención en aquellas personas que resultan ser más vulnerables a ciertos delitos... se agrega que serán consideradas más vulnerables y merecerán una atención especializada aquellas personas que hayan sufrido daño por delitos cometidos por una asociación ilícita o delitos contra la integridad sexual... en esta Cámara hemos tratado varias iniciativas relacionadas con el tema; por delitos contra la vida; en el caso de las mujeres, por delitos cometidos con violencia de género, etcétera. En estos casos, el tratamiento deberá ser inmediato y especializado, justamente por la calidad y la vulnerabilidad que involucran...".

Se erige bajo estas pautas que el objetivo de la ley de víctimas es dotarla de una mayor protección y garantizarle un acceso a la justicia que sea efectivo y a la vez real, a partir de su participación activa en el proceso teniendo en cuenta sus especiales particularidades y las características del delito que se investiga.

Expresamente, el inciso b del artículo 4 establece un "...Enfoque diferencial: las medidas de ayuda, atención, asistencia y protección de la víctima se adoptarán atendiendo al grado de vulnerabilidad que ella presente, entre otras causas, en razón de la edad, género, preferencia u orientación sexual, etnia, condición de discapacidad u otras análogas...".

Y en directa relación con ello, el inciso 3 del artículo 99 del Código Procesal Penal de Chubut establece, entre sus derechos a "...requerir medidas de protección para su seguridad, la de sus familiares y la de los testigos que declaren en su interés, a través de los órganos competentes y a ser asistida en forma integral y especializada con el objeto de propender a su recuperación psíquica, física y social...".

Derechos éstos que se encuentran reconocidos la Constitución de la Provincia del Chubut en su artículo 35 al establecer que "...Toda persona víctima de un delito tiene derecho a ser asistida en forma integral y especializada con el objeto de propender a su recuperación psíquica, físicas y social".

²⁹ Extracto del documento "Abuso: Configuración y Supervivencia. Representaciones sociales de niños y niñas y el relato de adultos sobrevivientes de abuso sexual en su niñez". Editorial: LOM Editores. Santiago de Chile. Año: 2012, ps. 40 y ss.

Capítulo III. La víctima en el proceso penal.

3. a De un acceso a la Justicia sin revictimización.

Las garantías constitucionales tienden a asegurar que ninguna persona se vea privada de defender su derecho vulnerado por el delito y a obtener una reparación, incluso económica, ante los tribunales de justicia.

En el proceso penal, esta garantía se traduce en el derecho de la víctima al acceso y tutela judicial y a reclamar ante los tribunales actuando, incluso, como acusador.

Hoy la ley otorga a la víctima del delito una mayor protección, garantizando, al mismo tiempo, un efectivo y real un acceso a la justicia.

Los derechos de la víctima están reglados en el artículo 15 del rito local "...La víctima tiene derecho a la tutela judicial, a la protección integral de su persona y sus bienes frente a las consecuencias del delito, a participar del proceso penal con autonomía, dentro de lo establecido por este Código, y a solicitar del Estado la ayuda necesaria para que sea resuelto su conflicto y reparado su perjuicio en el marco de la ley específica, o la que la sustituya en el futuro, y sus reglamentaciones y normas complementarias".

Y "...para el ejercicio de sus derechos, la víctima podrá designar a un abogado de su confianza. Si no lo hiciere se le informará que tiene derecho a ser asistida técnicamente..." (Artículo 100) pudiendo incluso "...En caso de requerirlo por escasez de medios, o cuando esto resultare manifiesto para el fiscal o el juez penal, la víctima será asistida mediante el patrocinio letrado de Abogados Ad-Hoc que a tales efectos designe el Procurador General..." (Artículo 45 último párrafo).

Pero más aún, "...La víctima podrá solicitar que sus derechos y facultades sean ejercidos directamente por una asociación de protección o ayuda a las víctimas, de defensa de intereses colectivos o difusos, de defensa de los derechos humanos o especializada en acciones de interés público, cuando sea más conveniente para la defensa de sus intereses. Formalizada la delegación, esta asociación ejercerá todos los derechos de la víctima..." (Artículo 101 del CPPCh)

El rol preponderante de la víctima en el proceso, han llevado a dotarla de mayores derechos y garantías, pero también a no ser molestada ni perturbada, debiendo adoptarse las medidas necesaria en resguardo de su integridad física como emocional.

La Convención Americana de Derechos Humanos, que en su artículo 25 establece la obligación del Estado de proveer a los ciudadanos sometidos a su jurisdicción una debida protección judicial³⁰.

³⁰ A tal fin, debe otorgarse la posibilidad de probar, contradecir y alegar sobre aquellas circunstancias del proceso (CNCP, Sala II, Levin, 24/10/2002). Por lo tanto, "teniendo en cuenta el derecho a ser oído que

Tanto la Convención Americana de Derechos Humanos como las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, nos permiten dimensionar el alcance que ha adquirido hoy el rol de la víctima dentro del proceso penal y el acceso a la justicia.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que “esta manera de ejercer los medios que la ley pone al servicio de la defensa, ha sido tolerada y permitida por los órganos judiciales intervinientes, con olvido de que su función no se agota en posibilitar un debido proceso que garantice la defensa en juicio, sino que debe además asegurar en tiempo razonable, el derecho de la víctima o sus familiares a saber la verdad de lo sucedido y que se sancione a los eventuales responsables. El derecho a la tutela judicial efectiva exige entonces a los jueces que dirijan el proceso de modo de evitar que dilaciones y entorpecimientos indebidos conduzcan a la impunidad, frustrando así la debida protección judicial de los derechos humanos”³¹.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en consonancia, ha sostenido en el precedente “Espósito” que “...los familiares de la víctima deberán tener pleno acceso y capacidad de actuar, en todas las etapas e instancias de dichas investigaciones, de conformidad con la ley interna y las normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos...”³².

La Ley 27.372 de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos, reconoce en el artículo 3 y garantiza a quien resulte ser víctima del delito, el derecho al asesoramiento, asistencia, representación, protección, verdad, acceso a la justicia, tratamiento justo, reparación, celeridad y todos los demás derechos consagrados en la Constitución Nacional, en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

En los últimos años se han producido importantes cambios, tanto a nivel nacional, internacional y convencional, poniendo como eje central las necesidades de la víctima, y en particular respecto de cualquier persona en condición de vulnerabilidad que participe en un acto judicial, sea ejerciendo una acción, sea en calidad de testigo, víctima o en cualquier otra condición.

Pero la participación de la víctima en el proceso penal se ha ido edificando en un marco de protección y cuidado tratando de evitar, o al menos reducir, el impacto que produce el encontrarse sometido a proceso. No son pocas las veces en que la víctima del delito se ve perjudicada a causa del proceso penal. Se ha dicho que la víctima es una especie de perdedor por partida doble, en el sentido de que sufre, en primer lugar, al infractor y luego sufre al Estado, en lo que se denomina victimización secundaria o revictimización.

ampara –en virtud del derecho de defensa– a quien reviste el carácter de querellante en el proceso penal, corresponde rechazar la petición formulada, por los defensores, en el sentido de que no se permita informar en la audiencia fijada por este tribunal a quienes actúan en los autos principales en tal carácter” (CNCP, Sala IV, Beraja, 15/09/2005)

³¹ CIDH, 18-9-2003, "Bulacio c/Argentina".

³² CSJN, "Espósito, Miguel Ángel s/Incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa", E.224.XXXIX. Fecha: 23-12-2004,

Desde la victimología y fundamentalmente el reconocimiento de los derechos de la víctima en los Tratados de Derechos Humanos, se alude a la victimización primaria para referirse a la víctima como aquella persona que sufre las consecuencias del delito, que a su vez puede ser directa o indirecta, por ejemplo sus familiares. La victimización secundaria o revictimización, no ocurre como resultado directo del delito sino a través de las respuestas de las instituciones de los individuos hacia la víctima, o el daño que sufren las víctimas directas, indirectas y los testigos durante el proceso de acceso a la justicia y que es considerado una nueva violación a los legítimos derechos de la víctima.

Así, en las 100 Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, la Regla 12 se alienta la adopción de medidas para mitigar los efectos negativos del delito (victimización primaria), como también para evitar el incremento del daño sufrido por la víctima del delito como consecuencia de su contacto con el sistema de justicia (víctima secundaria).

Y en el ámbito de la CIDH se ha equiparado la victimización o revictimización con la “re experimentación de la profunda experiencia traumática”.

La Ley 27.372, atenta a las consecuencias que el sistema judicial podría provocar en la víctima que participa en el proceso, expresamente establece en el artículo 4 inciso c) “...No revictimización: la víctima no será tratada como responsable del hecho sufrido, y las molestias que le ocasione el proceso penal se limitarán a las estrictamente imprescindibles”.

A su vez, el artículo 7, 3 C, de las Guías de Santiago sobre protección de víctimas y testigos, también regulan el principio de no revictimización, estableciendo que “...la víctima tiene derecho a vivir el ciclo del proceso en un clima sin presión para que pueda ejercitar sus derechos y responder adecuadamente a sus obligaciones, sin sufrir un proceso de revictimización. Teniendo en cuenta que los efectos revictimizantes son inherentes a cualquier proceso penal, la actuación del Ministerio Público procurará ocasionar a la víctima el menor impacto o molestias posibles”.

La actuación temprana y rápida de las autoridades encargadas de la contención, ayuda, atención, asistencia y protección a la víctima son factores que coadyuvan a mitigar las consecuencias de la intervención del sistema de justicia. Estas tareas deben siempre respetar la individualidad de las personas y atender a sus necesidades e intereses concretos que pueden derivarse de las características personales de la víctima, de la conducta del imputado durante el proceso para con ella, y de la seriedad y gravedad del delito objeto de investigación. Es preciso tomar en cuenta tales extremos y analizar la situación de riesgo en que se encuentra la víctima, pues todo ello permitirá conocer la problemática en su real dimensión y proporcionar una asistencia integral ajustada al caso puntual. En tales condiciones, se logrará evitar caer en tratamientos o abordajes genéricos y rutinarios y contenciones inadecuadas que desnaturalizarán uno de los objetivos de la ley. (Derechos y garantías de las personas víctimas de delitos. Ley n° 27.372 Comentada. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 1ra. Edición: febrero de 2019).

Estas pautas y recomendaciones tendientes para evitar o al menos minimizar los efectos revictimizantes, también han tenido su reconocimiento jurisprudencial.

La Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires, sostuvo que "...para evitar que la intervención estatal provoque esa segunda victimización, es necesario garantizar por parte de los agentes que intervienen en todo el proceso judicial un trato humanizado, respetuoso del dolor expresado por la víctima, así como también de sus tiempos y necesidades. Habitualmente se confunde el concepto de revictimización con todo acto que implique recordar los hechos padecidos. Sin embargo, en muchas ocasiones la víctima necesita ser oída, expresar los sentimientos que la situación le ha provocado y percibir que existe un reconocimiento por parte de las instituciones de lo que ha ocurrido. En síntesis, es el trato deshumanizado y hostil por parte de los agentes del sistema judicial el que agrava el sufrimiento vivido en la primera victimización"³³.

La Cámara de Impugnación Penal de la ciudad de Esquel, de la provincia del Chubut, también sostuvo que "...El principio de no revictimización, supone que el perjuicio ocasionado por el delito no debe acrecentarse por el propio sistema de administración de justicia por lo que toda autoridad debe tener como horizonte de su actuación evitar dispensar cualquier situación o acto que coloque a la víctima frente a molestias o daños innecesarios... En efecto, no solo la policía, sino también el Ministerio Público, la judicatura y otros intervinientes en el proceso pueden ser agentes victimizadores que concurren de distinta forma a la materialización del problema. Como refiere Jorge Antonio Albarán Oliveira, "Sentimiento este de angustia, que se revive y reactiva durante el proceso de denuncia ante la policía, declaración en el juicio oral, o al tener contacto con la justicia, dando lugar a la segunda victimización"... Es necesario que comencemos a reparar en que el principio de no revictimización reviste una importancia especial, pues genera condiciones más amigables y respetuosas que bien pueden hacer que las víctimas decidan seguir adelante en la ruta crítica del proceso penal, a pesar de lo difícil que les pueda resultar...Las personas, como A. M, tienen el derecho a no ser re victimizadas y los operadores jurídicos, cualquiera fuese el rol que ocupemos en el Poder Judicial y que tomamos contacto con situaciones de violencia, especialmente de género, en virtud de la debida diligencia reforzada, debemos envolver nuestra actuación respetando los derechos de las víctimas en cada acto procesal en el que es necesaria su participación..."³⁴.

Evitar la revictimización es un objetivo primordial del sistema. La CIDH ha sostenido que "...la influencia de patrones socioculturales discriminatorios puede dar como resultado una descalificación de la credibilidad de la víctima durante el proceso penal en casos de violencia y una asunción tácita de responsabilidad de ella por los hechos, ya sea por su forma de vestir, por su ocupación laboral, conducta sexual, relación o parentesco con el agresor, lo cual se

³³ Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires – 26/12/2012 – Á., F.D. (causa P. 114.511, Acuerdo 2078, 2012).

³⁴ Cámara de Impugnación Penal de Esquel, Chubut, caratulada: "Provincia del Chubut c/ Q., J. R. s/ Abuso Sexual - Lago Puelo". Fecha 6/7/2020. (Carpeta NIC 4682 Legajo Fiscal NUF 43254).

traduce en inacción por parte de los fiscales, policías y jueces ante denuncias de hechos violentos. Esta influencia también puede afectar en forma negativa la investigación de los casos y la valoración de la prueba subsiguiente, que puede verse marcada por nociones estereotipadas sobre cuál debe ser el comportamiento de las mujeres en sus relaciones interpersonales³⁵.

3. b. Derechos de las víctimas: El artículo 5 de la Ley 27.372 y su relación con el artículo 99 del CPPCH.

Tanto la Ley 27.372 de víctimas como el Código Procesal Penal del Chubut, establecen un catálogo de derechos reconocidos a la víctima del delito, relacionados con el respeto y trato digno que debe recibir, con su protección y asistencia y con la información y participación en el proceso.

La víctima tendrá los siguientes derechos:	
Art. 99 Código Procesal Penal Chubut	Art. 5 Ley 27232
1. a recibir un trato digno y respetuoso y que se hagan mínimas las molestias derivadas del procedimiento	b) A recibir un trato digno y respetuoso y que sean mínimas las molestias derivadas del procedimiento;
2. a que se respete su intimidad en la medida que no obstruya la investigación;	c) A que se respete su intimidad en la medida que no obstruya su investigación;
3. a requerir medidas de protección para su seguridad, la de sus familiares y la de los testigos que declaren en su interés, a través de los órganos competentes y a ser asistida en forma integral y especializada con el objeto de propender a su recuperación psíquica, física y social	d) A requerir medidas de protección para su seguridad, la de sus familiares y la de los testigos que declaren en su interés, a través de los órganos competentes;

³⁵ Conf. Informe OEA/Sec.LV/II Doc 68 del 20 de enero de 2007 de la relatoría sobre los Derechos de la Mujer de la CIDH sobre Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas, capítulo II, punto 154.

4. a intervenir en el procedimiento penal y en el juicio, conforme a lo establecido por este Código;	h) A intervenir como querellante o actor civil en el procedimiento penal, conforme a lo establecido por la garantía constitucional del debido proceso y las leyes de procedimiento locales;
5. a ser informada de los resultados del procedimiento, aún cuando no haya intervenido en él;	f) A ser informada sobre sus derechos cuando realice la denuncia o en su primera intervención en el procedimiento;
6. a examinar documentos y actuaciones, a ser informada verbalmente sobre el estado del proceso y la situación del imputado	i) A examinar documentos y actuaciones, y a ser informada verbalmente sobre el estado del proceso y la situación del imputado;
7. a aportar información durante la investigación;	j) A aportar información y pruebas durante la investigación;
9. a ser escuchada siempre antes de cada decisión que implique la extinción o suspensión de la acción penal.	k) A ser escuchada antes de cada decisión que implique la extinción o suspensión de la acción penal, y aquellas que dispongan medidas de coerción o la liberación del imputado durante el proceso, siempre que lo solicite expresamente;
10. a requerir la revisión de la desestimación o archivo dispuesto por el fiscal, aún cuando no haya intervenido en el procedimiento como querellante;	m) A solicitar la revisión de la desestimación, el archivo o la aplicación de un criterio de oportunidad solicitado por el representante del Ministerio Público Fiscal, cuando hubiera intervenido en el procedimiento como querellante;
12. a ser notificada de las resoluciones que puede impugnar por requerir su	l) A ser notificada de las resoluciones que puedan afectar su derecho a ser

revisión	escuchada;
----------	------------

Otros derechos reconocidos en el art. 99 del Código Procesal Penal Chubut:

8. a recusar por los motivos, forma y procedimientos previstos en este Código;
11. a impugnar el sobreseimiento, siempre que haya solicitado ejercer este derecho, y la sentencia en los términos del artículo 379, II
13. a solicitar y obtener por parte del Juez Penal las medidas urgentes tendientes a resguardarla, por encontrarse en situación de vulnerabilidad o peligro, ello sin perjuicio de la urgente remisión que corresponde efectuar con posterioridad al Juzgado de Familia que debiera entender en definitiva en el caso en razón de la materia. La víctima será informada sobre sus derechos cuando realice la denuncia o en su primera intervención en el procedimiento

Otros derechos reconocidos en el artículo 5 de la Ley 27.232:

a) A que se le reciba de inmediato la denuncia del delito que la afecta;
e) A ser asistida en forma especializada con el objeto de propender a su recuperación psíquica, física y social, durante el tiempo que indiquen los profesionales intervinientes;
g) A que en las causas en que se investiguen delitos contra la propiedad, las pericias y diligencias sobre las cosas sustraídas sean realizadas con la mayor celeridad posible;
l) A ser notificada de las resoluciones que puedan afectar su derecho a ser escuchada;
n) A que se adopten prontamente las medidas de coerción o cautelares que fueran procedentes para impedir que el delito continúe en ejecución o alcance consecuencias ulteriores;
ñ) A que le sean reintegrados los bienes sustraídos con la mayor urgencia;
o) Al sufragio de los gastos que demande el ejercicio de sus derechos, cuando por

sus circunstancias personales se encontrare económicamente imposibilitada de solventarlos. Esta enumeración no es taxativa y no será entendida como negación de otros derechos no enumerados.

Capítulo IV: El menor y su participación en el proceso judicial.

4. a El corpus juris de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes: deber especial de protección.

El concepto de corpus juris en materia de niñez se refiere al conjunto de normas fundamentales, tratados, convenios, resoluciones, declaraciones así como por las decisiones adoptadas por los órganos de derechos humanos internacionales, que se encuentran vinculadas con el fin de garantizar los derechos humanos de los niños, las niñas y adolescente. La CIDH, ha determinado en la resolución de la Opinión Consultiva OC-17/02³⁶, que en materia de las reglas del debido proceso, se encuentran establecidas en la Convención sobre los Derechos del Niño, las Reglas de Beijing, las Reglas de Tokio, las Directrices de Riad, la Declaración Americana, del Pacto de San Salvador, las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, la Convención Americana, aunque esta enumeración no es exhaustiva, todos ellos garantizan el derecho de los niños a medidas de protección especiales por parte de su familia, la sociedad y el Estado, sentando una clara posición en cuanto a reconocer que los niños, niñas y adolescentes son titulares de todos y gozan de los mismos derechos que los adultos siendo, además, merecedores de una protección especial. Desde que nuestro país ha incorporado los Tratados de Derechos Humanos otorgándoles rango constitucional, consagrado en el artículo 75, se ha dado un paso importante para el reconocimiento de los derechos humanos de los NNyA.

Así, en la Convención Americana de Derechos Humanos, encontramos dos artículos importantes a la hora de analizar el ámbito de protección de los niños.

El artículo 19 de la CADH dispone que "...Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado..." y este derecho a su protección especial ha tenido su reconocimiento normativo y jurisprudencial.

La CIDH en el caso de los "Niños de la Calle"³⁷ intenta dar contenido a la protección especial que merecen los niños a partir del concepto de vulnerabilidad. Así, sostuvo que "... merecen ser destacadas las referentes a la no discriminación, a la asistencia especial a los niños

³⁶ CIDH, Opinión Consultiva OC-17/02. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Resolución de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.. "...Las reglas del debido proceso y las garantías judiciales deben aplicarse no solo a los procesos judiciales, sino a cualesquiera otros procesos que siga el Estado, o bien, que estén bajo la supervisión del mismo (parágrafo 117) y que A nivel internacional, es importante destacar que los Estados Partes en la Convención sobre los Derechos del Niño han asumido la obligación de adoptar una serie de medidas que resguarden el debido proceso legal y la protección judicial, bajo parámetros parecidos a los establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Estas normas son los artículos 37 y 40 (parágrafo 118).

³⁷ CIDH, Caso de los Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, Fondo, Sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C n° 63.

privados de su medio familiar, a la garantía de la supervivencia y el desarrollo del niño, al derecho a un nivel de vida adecuado y a la reinserción social de todo niño víctima de abandono o explotación...”. Y agregó que “...la especial gravedad que reviste el que pueda atribuirse a un Estado Parte en dicha Convención el cargo de haber aplicado o tolerado en su territorio una práctica sistemática de violencia contra niños en situación de riesgo. Cuando los Estados violan, en esos términos, los derechos de los niños en situación de riesgo, como los “niños de la calle”, los hacen víctimas de una doble agresión. En primer lugar, los Estados no evitan que sean lanzados a la miseria, privándolos así de unas mínimas condiciones de vida digna e impidiéndoles el “pleno y armonioso desarrollo de su personalidad”, a pesar de que todo niño tiene derecho a alentar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos para que se desarrolle en su beneficio y en el de la sociedad a la que pertenece. En segundo lugar, atentan contra su integridad física, psíquica y moral, y hasta contra su propia vida...”.

Por su parte el artículo 25 de la CADH refiere al derecho de protección judicial, nos da la posibilidad al acceso a la justicia a partir del reconocimiento al “...derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos violen sus derechos fundamentales reconocidos...”.

Así en el caso “Bulacio”³⁸, la CIDH sostuvo que “...este caso revistió especial gravedad por ser víctima un niño, cuyos derechos se encuentran reconocidos no sólo en la Convención Americana, sino también en numerosos instrumentos internacionales, ampliamente aceptados por la comunidad internacional, entre los cuales se destaca la Convención sobre los Derechos del Niño, que hacen recaer en el Estado el deber de adoptar las medidas especiales de protección y asistencia a favor de los niños bajo su jurisdicción (párr. 133)...”.

En la Opinión Consultiva 17/2002 la CIDH resolvió que “...Las garantías de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, en relación con el artículo 19 del mismo instrumento deben interpretarse en dos sentidos: uno negativo, en razón de que dichas disposiciones sí constituyen límites al arbitrio de los Estados, pues éstos no pueden legislar en detrimento de esas garantías básicas; y otro positivo, que implica permitir su adecuado ejercicio, tomando en cuenta que los artículos mencionados no impiden adoptar disposiciones específicas en materia de niñez que amplíen las garantías ahí contempladas. Las garantías de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana deben aplicarse a la luz de la especialidad que el propio Pacto de San José ha reconocido a la materia de infancia y adolescencia, en el sentido de proteger reforzadamente los derechos de niños... Por ello deben “leerse transversalmente” -y utilizando criterios amplios de interpretación- con lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño. Por esa razón, la aplicación de dichos artículos debe considerar los principios de interés superior de los niños, protección integral, justicia especializada, presunción de minoridad, principio de lesividad, confidencialidad y privacidad, y formación integral y reinserción en la

³⁸ CIDH, Caso "Bulacio vs. Argentina", Sentencia de 18-9-2003.

familia y la sociedad, así como la precisión acerca de la manera y condiciones en que los niños pueden acceder a esos recursos judiciales, tomando en cuenta que su capacidad de actuar no es plena, “sino que está vinculada al ejercicio de la autoridad parental, y determinada por su grado de madurez emocional y capacidad de discernimiento”.

Ya para el año 1990, la Argentina había ratificado la Convención Internacional de Derechos del Niño (CIDN), pero será luego de la reforma constitucional del año 1994 cuando este documento se integra al artículo 75 de la Constitución Nacional, otorgándole el rango constitucional.

Ello implicó un cambio de paradigma en lo que al reconocimiento del niño importa. Así, la condición jurídica del niño cambió, dejó de ser objeto de derecho para ser definido como sujeto de derechos, constituyendo un sistema jurídico de protección basado en el interés superior del niño, conforme lo establece en su artículo 3³⁹.

De manera tal que, los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos, teniendo además derechos especiales derivados de su propia condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado asumiendo éste el rol de garante en el goce de los mismos.

El reconocimiento jurídico del interés superior del niño actúa como principio rector que permite resolver aquellos casos en los que una disposición jurídica admite más de una interpretación dando preferencia a aquella que satisfaga de manera más efectiva la vigencia y satisfacción simultánea de todos sus derechos, reconocidos en la Convención y sus protocolos adicionales como el marco interpretativo⁴⁰.

La importancia del interés superior del niño, entendida por tanto como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los niños “...obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad...prestando especial atención a las necesidades y los derechos de estos cuando pertenecen a un grupo en situación vulnerable...”⁴¹.

³⁹ Convención de los derechos del Niño, Artículo 3. 1 En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

⁴⁰ El STJCh, ante un recurso por falta de habilitación de la instancia formulado por la defensa, haciendo una interpretación del alcance del artículo 72 del C.P y el interés superior del niño, sostuvo que “...Las características personales de la menor víctima, quien se presenta como una niña sin contención afectiva, sin límites precisos en su quehacer cotidiano, que por su condición y las características personales de sus padres, deambulaba por las calles cuidando de sus hermanitos sin la protección y el resguardo que sus progenitores le deberían dispensar, merece una particular atención por el Estado traducida en la habilitación de la instancia por el Ministerio Público en aras de preservar su indemnidad física y espiritual...” dando preeminencia al pleno y efectivo goce de los derechos de la víctima de acceso a la justicia. Sentencia 40/07, “Martínez, Francisco E. s/ Abuso sexual con acceso carnal en concurso ideal con corrupción de menor (dos hechos)” (Expediente N° 19.700 – F° 113 - Año 2004). Fecha 26/04/2007.

⁴¹ CIDH, Caso Gonzalez y otras (Campo Algodonero) vs. México. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009, párrafo 408. Idéntico sentido se pronunció la Corte en el caso “De la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala” al sostener que “...En lo que se refiere a los derechos del niño protegidos en la Convención, la Corte ha establecido que los niños tienen derechos especiales a los que corresponden deberes específicos por parte de la

La CIDH en el caso “Bulacio” en relación al tema sostuvo que “...si se trata de la protección de los derechos del niño y de la adopción de medidas para lograr dicha protección, rige el principio del interés superior del niño, que se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos con pleno aprovechamiento de sus potencialidades...”.

La CIDN nos da una definición de niño en su artículo 1 como “...todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”⁴².

La edad, se encuentra en relación con lo estipulado en el artículo 126⁴³ del Código Civil y Comercial de nuestro país que considera menores las personas que no hubieren cumplido los dieciocho años.

El artículo 12⁴⁴ de la convención reconoce el derecho a ser oído, de acuerdo con la capacidad en evolución del niño teniendo en cuenta edad y madurez, en consonancia con lo establecido en el artículo 3 al disponer que los Estados tienen la obligación de garantizar al niño la protección y el cuidado necesarios para su bienestar.

La CIDH ha reconocido que “es evidente que las condiciones en las que participa un niño en un proceso no sean las mismas en que lo hace un adulto. Si se sostuviera otra cosa se desconocería la realidad y se omitiría la adopción de medidas especiales para la protección de los niños, con graves perjuicios para ellos mismos. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento”⁴⁵; que “...las garantías consagradas en el art. 8° de la Convención se reconocen a todas las personas por igual, y deben correlacionarse con los derechos específicos que estatuye, además, del artículo 19 de dicho tratado, de tal forma que

familia, la sociedad y el Estado. Además, su condición exige una protección especial debida por este último y que debe ser entendida como un derecho adicional y complementario a los demás derechos que la Convención reconoce a toda persona. La prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los niños, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad. Asimismo, el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y a los derechos de los niños, en consideración a su condición particular de vulnerabilidad” (Sentencia de 24 de noviembre de 2009, párrafo 184.). También puede verse en CIDH, Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005, párrafo 134.

⁴² La CIDH en su Opinión Consultiva OC-17/02, párrafo 42, precisa que, “En definitiva, tomando en cuenta la normativa internacional y el criterio sustentado por la Corte en otros casos, se entiende por «niño» a toda persona que no ha cumplido 18 años de edad”.

⁴³ Conforme Ley 26.579 Mayoría de Edad a los 18 años. Modifica Código Civil. Promulgada: Diciembre 21 de 2009 B.O. 22/12/09

⁴⁴ Artículo 12 CIDN: 1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimientos de la ley nacional.

⁴⁵ CIDH, Opinión Consultiva n° 17/02 “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, del 28 de agosto de 2002.

se reflejen en cualesquiera procesos administrativos o judiciales en los que se discuta algún derecho de un niño. Si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los niños la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías⁴⁶ y que "...la participación del menor en el proceso debe limitarse a lo estrictamente necesario. Debe procurarse que no se lo entreviste con más frecuencia de la necesaria..."⁴⁷.

A nivel nacional, la Ley 26.061, sobre la Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes – sancionada el 28 de Septiembre de 2005- sienta las bases de un sistema de justicia de menores, en consonancia con las directrices contenidas en los tratados internacionales de derechos humanos. Además define al interés superior del niño debiendo entenderse como tal la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley.

En el artículo 27 se regulan las garantías mínimas que deben regir en un procedimiento –de cualquier tipo, sea administrativo, familiar, penal, entre otros- y que el Estado tiene la obligación de velar cuando en el mismo intervenga un Niño, Niña o Adolescente (NNyA).

A su vez la Guías de Santiago sobre protección de víctimas y testigos, reconoce reglas especiales para la atención, trato procesal y protección de los NNyA víctimas de delitos, atendiendo a la edad, del grado de madurez psicológica y especial vulnerabilidad y riesgo en que el menor se encuentre. (Artículo 22).

Finalmente, las Directrices sobre la Justicia en asuntos concernientes a los NNyA víctimas y testigos de delitos, aprobadas por el Consejo Económico y Social en su resolución 2005/20 de 22 de julio de 2005, contienen un catálogo de recomendaciones a la hora de evaluar la participación de los menores en un procedimiento.

En fin, podemos decir que los NNyA gozan de un deber de protección especial que se encuentra garantizado por todo el corpus juris que integra el derecho internacional de los derechos humanos en relación a los niños, a fin de hacer efectivo el acceso y disfrute de todos sus derechos, así como para el ejercicio de las acciones jurídicas tendientes a exigir los mismos.

La especial situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los NNy A, sobre todo cuando participan en un proceso judicial, sea en calidad de testigos, sea en calidad de víctimas, ubica a los Estados en una posición de garante, debiendo adoptarse medidas especiales de protección, para asegurar la vigencia efectiva de sus derechos, removiendo para ello todos los obstáculos, evitando su revictimización y tomando en consideración sus particulares

⁴⁶ CIDH, "Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay" (Excepciones Preliminares. Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 02/09/2004. Serie C N° 112, párr. 209

⁴⁷ Corte IDH, "Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile" (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 24/02/2012, Serie C N° 239, párr. 196.

condiciones en el goce de sus derechos, haciéndolo directamente responsable de ello ante el incumplimiento de las obligaciones asumidas.

4. a. i Marco legal en la Provincia del Chubut.

La Ley 4.347 (actual Ley III N° 21), de Protección Integral de la Niñez, la Adolescencia y la Familia, Decreto Reglamentario N° 1631/99, conjuntamente con las disposiciones del Libro V del Código Procesal Penal constituyen el corpus iuris en materia juvenil en la Provincia del Chubut.

La Ley III N°21 está dividida en tres libros. En el Libro I, titulado "De la protección integral", en el Título I Disposiciones generales se define que el objeto de la ley es la protección integral de la niñez, la adolescencia y la familia. Además, se establece que los derechos y garantías enumerados se entenderán complementarios de otros derechos y garantías reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y provincial, y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte. Consagra el principio de protección integral, y determina que deberán asegurárseles todas las oportunidades para el desarrollo físico, psíquico, moral, espiritual y social, en condiciones de libertad y dignidad. (Artículos 1, 2 y 3).

En el artículo 4, dispone la obligación del Estado de "...asegurar a los niños y adolescentes, con prioridad, la realización de los derechos referentes a la vida, a la salud, a la alimentación, a la educación, al deporte, a la recreación, a la formación integral, a la cultura, a la dignidad, al respeto, a la libertad, a familiar y comunitaria, y en general, a procurar su desarrollo integral, respetando su personalidad. La garantía prioridad comprende: a. La primacía de recibir protección y auxilio cualquiera sea la circunstancia; b. La atención prioritaria en los servicios públicos o de relevancia pública; c. La preferencia en la formulación y ejecución de las políticas sociales; d. La asignación privilegiada de recursos públicos en las áreas relacionadas con la protección de la adolescencia y la familia." (Artículo 5).

En consonancia con la normativa nacional, internacional y convencional, el artículo 6 consagra al interés superior de los niños y adolescentes, como principio rector en toda decisión que se adopte y se vea involucrados los niños.

El Título II Derechos Fundamentales y Garantías, comprende los artículos 9 al 35, se enumeran los derechos, garantías y principios rectores en materia de niñez y adolescencia, referidos al ámbito civil y penal, para luego establecer en el Título III Capítulo VII medidas de protección las que son aplicables siempre que los derechos del niño y/o adolescente se vean amenazados o violados. Estas medidas son limitadas y durarán mientras persistan las causas que le dieron origen. Pueden ser aplicadas en forma aislada o conjuntamente y sustituidas en cualquier tiempo. Y para su aplicación se tendrán en cuenta las necesidades del niño y el adolescente, prefiriendo adoptar aquellas que tengan por objeto el fortalecimiento de los vínculos familiares y comunitarios.

En el Libro II Del Fuero de la Niñez, Adolescencia y la Familia, a partir de los artículos 71 a 196, se crean los juzgados especializados de niños y adolescentes⁴⁸.

En los artículos 84 al 86, se dispone de especiales medidas de protección para niños y adolescentes cuando sea convocado por un órgano judicial en calidad de víctima o testigo, garantizársele el pleno respeto de los siguientes derechos: **a.** A recibir un trato digno y respetuoso por parte de las autoridades competentes y demás miembros organismo; **b.** Al sufragio de los gastos de traslado para sí y sus padres, tutor o guardador al lugar donde la autoridad competente designe; **c.** A la protección de su integridad psicofísica y moral, y la de su familia; **d.** A ser informado sobre la naturaleza y resultado del acto procesal en el que participa; **e.** Al acompañamiento, durante la sustanciación del acto, de sus padres, tutor, guardador, persona o de algún miembro del Equipo Técnico Interdisciplinario, si el menor de edad así lo solicitare o se conveniente, a menos que ello perjudique el curso de la investigación o el normal desenvolvimiento.

Finalmente en el Libro III disposiciones transitorias.

4. b. El menor víctima de delito y su intervención en el proceso penal.

En el aspecto procesal, vamos a analizar la concreta participación del menor testigo, menor víctima de un delito y las dificultades que se plantean dentro del proceso penal, tales como habilitación de instancia y los alcances del artículo 72 del CP. La figura del Asesor de Familia de Menores y Adolescentes, quien representa intereses individuales del menor víctima, sobre todo cuando existen intereses contrapuestos entre sus progenitores. La Ley 27.372, también consagra la posibilidad de que esa representación sea ejercida, a través del defensor público de la víctima. Y si bien el artículo 35 condiciona su intervención a la existencia de ciertas condiciones, ello no impide su participación, sobre todo si tenemos en cuenta la extrema vulnerabilidad en que se encuentra los menores víctima de delitos producidos en el entorno

⁴⁸ Dispone el artículo 71 la creación en la Provincia del Chubut el Fuero de la Niñez, la Adolescencia y la Familia, el que integrado por los Juzgados de Familia, los Juzgados en lo Penal y Contravencional de Niños y Adolescentes, Asesorías Civiles de Familia e Incapaces y los Equipos Técnicos Interdisciplinarios. Sin embargo, en lo que a la justicia penal del menor refiere, hasta el año 2006 persistió la especialización en la materia. En cada circunscripción judicial existía el juzgado penal de menores. El cambio de modelo al sistema acusatorio, llevó a la unificación de fueros, hoy jueces penales de garantía atienden tanto los casos de adultos como de menores, por lo que perdió la especialización en materia penal juvenil. Esto implica un retroceso del sistema penal en tal sentido, según mi opinión. No obstante ello, el artículo 72 in fine del CPP, reconoce que tratándose de menores, la aplicación de las normas reguladas en el artículo 402 a 413 del Libro V "Reglas especiales para Niños y Adolescentes", se procura que los jueces penales cuenten con especialización en materia de niños y adolescentes, conforme lo establece también el artículo 171 de la Constitución del Chubut.

El proceso penal juvenil diseñado en la ley específica 4347, no llegó a implementarse en la provincia pese a los esfuerzos realizado para ello. La importancia de la ley fue de la crear un fuero especial de justicia para menores.

familiar. Otra de las modalidades de participación en el procedimiento penal, quizás la más clásica, la constituye la figura del Querellante.

4. c. Participación del menor víctima. Habilitación de la instancia.

Aún cuando existe consenso en aceptar el acceso a la justicia como un derecho fundamental consagrado, lo cierto es que el denunciante de un hecho delictual no es parte del proceso. Así lo contempla el artículo 264 del CPPCh: "...El denunciante no será parte en el procedimiento...".

Una de las dificultades que se presenta lo constituye cuando el menor resulte ser víctima de delito, sean por agresiones físicas, psíquicas, emocionales, sexuales entre otras, cometido dentro de su entorno familiar, por el padre, madre, hermano, abuelo, por ejemplo o cuando existen intereses contrapuestos entre sus progenitores, y no radican la denuncia, colocando la niño en situación de vulnerabilidad y riesgo permanente⁴⁹.

La intervención del menor de edad víctima durante el procedimiento penal, debe garantizarse a partir del derecho a ser oído asegurando así su participación activa en el mismo.

En esa inteligencia, el artículo 72 del Código Penal establece que se procederá de oficio cuando la víctima fuere menor de 18 años de edad o haya sido declarada incapaz y el delito este comprendido en los artículos 119, 120 y 130 del Código Penal cuando no resultare la muerte de la persona ofendida o lesiones de las mencionadas en el artículo 91. Asimismo, en los casos de los incisos 2 y 3, cuando el delito fuere cometido contra un menor que no tenga padres, tutor ni guardador, o que lo fuere por uno de sus ascendientes, tutor o guardador, o cuando existieren intereses gravemente contrapuestos entre éstos y el menor, siempre que resultare más conveniente para el interés superior de aquél.

La importancia que reviste la normativa citada fue puesta de manifiesto en la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia del Chubut, al considerar que "...la relevancia del art. 72 del C.P. en lo que atañe, norma que, a tono con las convenciones internacionales, permite el ejercicio fiscal en los supuestos en que existieren intereses contrapuestos entre los representantes y el niño, en aras de proteger su interés superior..."⁵⁰.

⁴⁹ Sostuvo el STJCh. en caso "Martínez" que "...se hace evidente que la decisión de la docente que realizó la denuncia, concurrió en auxilio de la menor ante la inactividad de sus progenitores frente a una importante situación de riesgo y la intervención de aquella y del Ministerio Fiscal es perfectamente válida y justificada, y es inocuo todo ataque que, desde la defensa, pretenda poner en vilo la actividad desarrollada.

⁵⁰ Allí el cintero tribunal provincial, sostuvo que "...Resulta obvio en el presente que la representante legal de la menor acompañó en todas las instancias el proceso de encuesta y discusión, y validó, de esa manera, la actuación de los organismos jurisdiccionales, por lo que podría sí resultar un grave escándalo que el propio imputado se viera beneficiado por una norma consagrada para proteger al otro, una menor, que se ha expuesto o ha sido expuesta, mejor decir, para aventar la impunidad y prohijar el enjuiciamiento de quien se dice que la ultrajó. Sentencia N° 26/2007, "Martínez, Francisco E. s/Abuso

Al respecto, en lo que a la habilitación de instancia refiere sostuvo el máximo tribunal provincial que "...la finalidad tuitiva de la instancia privada está concebida como protección de la víctima; es una prerrogativa de ésta y nunca puede concebirse como una garantía a favor del imputado..."; "...Los recaudos legales para iniciar causas criminales vinculadas con las conductas que ofenden la libertad sexual de una persona, están establecidas como una especial protección del honor, el pudor y la intimidad de la víctima, mas no como un derecho a favor del inculpado. Más aún, en casos como el que nos convoca, la propia ley admite excepciones a la instancia privada de la acción penal. Se privilegia, en todo momento, la protección del interés superior de los niños y niñas víctimas de este tipo de delitos. Se admite, incluso, la actuación de oficio cuando se advierten conflictos de interés similares a los de este caso (Código Penal, artículo 72)..."⁵¹.

En idéntico sentido se dijo que "...el poner en cabeza de los damnificados o sus representantes la clave para habilitar la actuación del Estado en los casos como el que ocupa - ofensas a la libertad sexual- encuentra su sentido y justificación en la especial protección al decoro, a la intimidad, al secreto personal y familiar del damnificado, para evitar que sucumban ante el escándalo o estrépito que se produce con el proceso; pero de ningún modo las estipulaciones protegen al imputado, que carece de legitimación para plantear un óbice de esta naturaleza..."⁵².

4. c. i Del Asesor de Menores.

El derecho del niño a contar con una asistencia jurídica adecuada (arts. 40.2. b.iii y 40.3, CIDN, y art. 75, inc. 22, CN) puede ser considerado como una de las formas en las cuales se traduce el principio de especialización.

Señala Rozanski que el rol de los Asesores de Menores en materia de abuso de niños es uno de los de mayor trascendencia, y agrega que el Asesor de Menores tiene un rol activo en todos los casos que involucren menores, tanto víctimas como aquellos que encuentran en conflicto con la ley penal.

En la Provincia del Chubut, la especialización en la justicia penal juvenil⁵³ quedó reservada solo a las asesorías de familia e incapaces, que tienen una representación promiscua de los niños

sexual con acceso carnal en concurso ideal con corrupción de menor (dos hechos)" (Expediente N° 19.700 – F° 113 -Año 2004).Fecha 26/04/2007.

⁵¹ STJCh, caratulado: "Pcia. del Chubut c/Gonzalez, Ricardo"" (Expediente N° 100.216 – F° 1 – Año 2016) (CJ 3312). Fecha 23/08/2017, Sentencia N° 15/2017.

⁵² STJCh, caratulados: "Martínez, Francisco E. s/ Abuso sexual con acceso carnal...." (Expte. 19.700-s. 26/04/07).

⁵³ Ver nota 46.

en los procesos penales, ejerciendo sus funciones hasta que el niño/adolescente haya alcanzado la mayoría de edad momento en el cual cesa su misión⁵⁴.

La Ley V N° 90 (antes Ley 4.920) Orgánica del Ministerio Pobres, Ausentes, Menores e Incapaces, en el artículo 21 determina las funciones del Asesor de Menores e Incapaces "...1. Interviene, en los términos del artículo 59 del Código Civil, en todo asunto judicial o extrajudicial que afecte a la persona o bienes de menores o incapaces, entablado las acciones o recursos que sean pertinentes. 2. En los mismos casos del inciso anterior, pero en forma autónoma y ejerciendo la directa representación de los menores e incapaces, peticionando las medidas que hagan a la protección de su persona o bienes, en los casos expresamente previstos en el Código Civil cuando aquellos carecieran de asistencia o representación legal o resulte necesario suplir la inacción u oposición de sus representantes legales o de las personas que los tuvieren a su cargo por disposición judicial o de hecho...6. En el proceso penal vela por el cumplimiento por parte de los servicios específicos y de los Organismos Auxiliares del Poder Judicial, en respeto de los derechos de víctimas y testigos menores de edad o incapaces...".

En la praxis judicial diaria, las asesorías participan con amplias atribuciones en todas las etapas del proceso, ya sea en forma directa o complementaria de los progenitores, audiencias de apertura de investigación, preliminar, juicio oral, juicio abreviado, anticipos jurisdiccional de prueba, y si bien su opinión o dictamen no es vinculante para el magistrado, tienen amplias facultades para efectuar cualquier tipo de petición durante el proceso, sea objetando las medidas dispuestas por el Ministerio Público Fiscal, oponiéndose a la realización de juicio abreviado, cuando advierta la vulneración o peligro en perjuicio de sus representados, sea recurriendo las medidas dispuestas, sea peticionando medidas de protección⁵⁵.

⁵⁴ Resolución n° 192/12 de la Defensoría General de la Provincia. Esta decisión fue cuestionada por algunos tribunales, entre quienes me incluyo, exigiendo la continuidad de la intervención de la Asesoría de Familia, dado que es el único organismo con especialización en materia penal juvenil. No obstante ello Superior Tribunal de Justicia reconoce la autonomía del Ministerio Público de la Defensa, de quien depende las asesorías de familia.

⁵⁵ Se destaca el rol del asesor de menores en caso "Gutiérrez Nolfá Del Carmen S/ Dcia. Amenazas Agravadas, Privación Ilegítima De La Libertad Agravada - Trelew" (Legajo Fiscal N° 57750, Carpeta Judicial N° 5995), Fecha 22/09/2016. En el presente caso el asesor de menores se opuso a la realización de juicio abreviado por considerar escaso monto de la pena acordada, al no guardar relación con la gravedad del injusto cometido, pese a la opinión de la madre de la víctima incapaz, que en su carácter de curadora, consintió el acuerdo. En voto en disidencia, y aún cuando no fuere vinculante, considere determinante el dictamen del asesor de menores, al advertir vulneración a los derechos de la víctima, que aún incapaz, no se encontraba imposibilitada de poder expresar su voluntad conforme dictamen pericial. La existencia de intereses contrapuestos era evidente, fue la propia víctima quien efectuó la denuncia. A mas de tratarse caso de violencia de contra la mujer se le privó a la víctima la posibilidad de la realización de juicio justo, conforme la doctrina sentada por la CSJN en caso "Góngora" de acuerdo a la Convención Belem do Para.

4. c. ii El Defensor de las Víctimas.

La Ley 27.372 de Víctimas regula en el Capítulo VI artículo 29, la figura del Defensor Público de Víctimas cuya función es la de garantizar el derecho de acceso a la justicia, conforme lo establecido por el artículo 25 del Convención Americana sobre Derechos Humanos, que es consecuencia del derecho a la jurisdicción y de la prohibición de discriminación, brindando asistencia y patrocinio letrado en procesos penales, en aquellos casos que revistan la característica de ser considerados graves, atendiendo a la situación de vulnerabilidad y escases de recursos económicos.

Y más específicamente a Ley 26.061 de Protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes, consagra en el Capítulo III la figura del Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, cuya misión es velar por la protección y promoción de sus derechos consagrados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño y las leyes nacionales (Artículo 47).

Las funciones del defensor de los derechos del NNyA están establecidas en el artículo 55, entre ellas la de interponer acciones para la protección, velar por el efectivo respeto a los derechos y garantías, asesoramiento, información, en cualquier tipo de procedimiento.

En el ámbito provincial, nos encontramos con la Ley XV N° 26 de Protección Integral e Igualdad de Oportunidades y Equidad de Género que consonancia con la normativa nacional, dispone en el artículo 47 "...El Estado debe asegurar el efectivo acceso a la justicia de las personas víctimas de Violencia de Género mediante servicios de patrocinio jurídico gratuito especializados, con independencia de las defensorías oficiales...".

En la Provincia del Chubut no está contemplada la figura del defensor de víctimas en los términos señalado en la legislación nacional.

Una referencia, quizás a ello, lo podemos encontrar en el artículo 100 del CPPCh que asegura el asesoramiento técnico de la víctima y para el caso de escases de recursos, podrá ser asistida con el patrocinio letrado de abogados ad hoc.

La Provincia de Santa Fe, dio un paso importante al sancionar la Ley N° 13.923, por medio de la cual se crea el servicio de asistencia de abogados y abogadas para la protección integral de niños, niñas y adolescentes, cuyo objetivo es "garantizar la prestación de los servicios de asistencia jurídica destinados a niños, niñas y adolescentes en procesos judiciales y procedimientos administrativos en que sean parte, en concordancia con la legislación vigente en materia de protección integral de sus derechos, toda vez que sean solicitados por los organismos administrativos, judiciales o por los propios niños, niñas y adolescentes, bajo el mecanismo que establece la presente ley" (Artículo 1) y cuya función es la asistir, patrocinar y, en su caso, representar al niño, niña o adolescentes en los supuestos en que sea requerido. (Artículo 11) y cuya presencia es obligatoria en los procesos judiciales en donde el niño, niña o adolescente haya sido víctima de delitos sexuales y en los procesos judiciales en donde el

niño, niña o adolescente o personas de su medio familiar o centro de vida sean víctimas de violencia familiar o violencia de género.

4. c. iii Del Querellante.

La querella, es la vía clásica de representación de la víctima en el proceso penal.

El Código Procesal Penal del Chubut, en el Título III, Capítulo II regula la figura del querellante, el que tiene características de ser autónoma e independiente de la actuación del Ministerio Público Fiscal. No obstante, a las amplias facultades del acusador privado, las dificultades o escasas de recursos económicos por parte de la víctima actúan como un dirimente a la hora de constituirse como querellantes en el proceso penal.

El estadio procesal oportuno para su constitución es en la etapa preparatoria, una vez dispuesta la apertura de investigación penal solicitada por el fiscal (artículo 110)⁵⁶.

La CIDH consideró que "...la víctima o su abogado tiene derecho a ser parte de acusación en un proceso penal. En sistemas que lo permiten -como el argentino-, la víctima de un delito tiene un derecho civil fundamental a acudir a los tribunales. Ese derecho juega un papel importante en impulsar el proceso penal y hacerlo avanzar..."⁵⁷.

En la Provincia del Chubut, solo en casos de violencia institucional, está prevista la figura del querellante de la víctima, que funciona en el ámbito del Ministerio Público de la Defensa.

Así la Resolución 403/17 D.G, y su Anexo Programa de Profundización de Acciones Tendientes a Prevenir la Violencia Institucional, en sus considerandos dispone que "...las personas víctimas de torturas, tratos crueles, inhumanos y/o degradantes, y quienes tengan vulnerados sus derechos civiles y políticos, cometidos o consentidos por funcionarios Públicos u otras personas en ejercicio de su función pública, deben ser representados por los Abogados de la Defensa Pública cuando manifiesten su voluntad de denunciar el hecho de violación a esos derechos afectados y constituirse en querellante..."

Si bien la figura del querellante en estos casos implica un aporte importante en representación y asistencia de la víctima de delito, su actuación se encuentra limitada solo a los casos de violencia institucional, dejando de lado otros, que como bien lo indican las ley de víctimas pudieran revestir el carácter de grave, como lo serían los casos de abuso sexual, violencia de género. Tampoco se toma en cuenta el principio de especialización de la justicia juvenil, por lo que el ámbito de actuación del querellante abarca tanto cuando las víctimas son menores, niños, niñas y/o adolescentes como a los adultos.

En este marco, el asesoramiento letrado y el acompañamiento personal a las víctimas resulta fundamental para que éstas ejerzan su derecho de constituirse en querellantes y/o como actor

⁵⁶ No obstante ello, el pretense querellante podrá requerirle al Ministerio Público Fiscal una intervención provisoria durante la etapa preliminar, conforme lo establece el artículo 276 del CPPCh.

⁵⁷ Com. IDH, Informe N° 28/92 Caso 10.147."Herrera, Alicia y otros", fecha 2/10/1992.

civil en las causas. Esto les permite, entre otras cosas, impulsar el proceso, proponer pruebas, argumentar sobre ellas y apelar las resoluciones que se dicten. En síntesis, pueden controlar la actividad de los jueces y reforzar la de los fiscales.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha considerado que en el derecho de un niño a participar en juicio "...la cuestión debe primar la evidente finalidad tuitiva perseguida por el legislador al prever la defensa apropiada de los derechos del menor, especialmente cuando el tema ha sido objeto de consideración específica en tratados constitucionales que tienen jerarquía constitucional, tales como la Convención de los Derechos del Niño que establece el compromiso de los estados partes de dar al menor la oportunidad de ser escuchados en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño" (art. 12 inc. 2 CDN. Cfr. L. 189. XLIII; ROR; 28-05-08; Fallos 331:1352; 320.1291 Considerando 9).

Un avance importante en la materia lo reviste la figura del Querellante de carácter obligatorio para garantizar la efectiva tutela judicial y el interés superior del niño cuando los NNyA sean víctima de delito contra la integridad sexual, contemplado en el artículo 65 del Código Procesal Penal de la Provincia de Neuquén⁵⁸.

⁵⁸ Código Procesal Penal de Neuquén. Artículo 65: En todo proceso seguido por delitos contra la integridad sexual en el que sea víctima un niño, niña o adolescente, desde el primer momento de la investigación se dará intervención a la Defensoría de los Derechos del Niño y Adolescente, en representación de los intereses de la víctima menor de edad, en carácter de querellante. Dicha intervención perdurará durante todo el proceso, aun cuando el representante legal del niño, niña o adolescente se presente en el carácter de querellante particular.

Capítulo V: La participación del menor en el proceso penal. Aspectos procesales.

5. a. Declaración del menor víctima. Informes previos. Cámara Gesell. Anticipo Jurisdiccional de Prueba.

Los principios de protección del menor-víctima llevan a tomar todos los recaudos necesarios a fin de resguardar su intimidad y privacidad tratando de evitar los efectos negativos de la revictimización secundaria, ínsita en el proceso penal.

Cuando el menor resulta víctima de un delito contra su integridad sexual, su declaración en el proceso penal resulta de vital importancia. Teniendo en cuenta la naturaleza del delito investigado, también llamados “delito de alcoba”, generalmente se producen en la más íntima soledad, garantizándose el abusador su propia impunidad⁵⁹.

La CIDH, destacó la importancia del valor probatorio del único testigo de este tipo de hechos cuando se comente en la más amplia soledad al sostener que “a la Corte le resulta evidente que la violación sexual es un tipo particular de agresión que, en general, se caracteriza por producirse en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor o los agresores. Dada la naturaleza de esta forma de violencia, no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales y por ello, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental para el hecho”⁶⁰.

El único modo de oír a una NNyA abusado, respetando la normativa vigente y cumpliendo con el principio rector de protección integral, es en el ámbito apropiado y con la intervención exclusiva y excluyente de los especialistas, que no son los jueces, y que el particular estado de conmoción en que se encuentra el NNyA originado por el trauma vivido, las amenazas, el secreto inviolable y la confusión, sumados a sentimientos de terror, ira e incluso afecto -cuando se trata de abuso intrafamiliar- respecto de su agresor, es descripto por Irene Intebi⁶¹, un “balazo en su aparato psíquico”⁶².

⁵⁹ Más aún podemos decir que la Ley 27.372 en el artículo 8 crea una presunción de peligro hacia las víctimas de en los casos de delitos contra la vida, contra la integridad sexual, de terrorismo, cometidos por una asociación ilícita u organización criminal, contra la mujer, cometidos con violencia de género, de trata de personas. La importancia la norma apunta a proteger a una víctima cuyo testimonio resulta de suma importancia en tanto muchos de esos delitos que las victimizan tienen lugar en la clandestinidad, puertas adentro, en el ámbito de intimidad de sus autores, partícipes o cómplices. En esos contextos el testimonio de la víctima se erige como una prueba esencial; podría estarse frente a lo que se ha venido a denominar “testigos necesarios” inmediato las medidas de protección necesarias tendientes a neutralizar el peligro. (Ley 27.372, comentada, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación).

⁶⁰ CIDH, “Caso Fernández Ortega y otros vs. México”, sentencia del 30/08/2010, Serie C N° 215 y “Caso Rosendo Cantú y otra vs. México”, sentencia del 31/08/2010.

⁶¹ Intebi, Irene en la pg.175 de la obra citada, dice “... Con todo, son los niños con sus palabras y sus cuerpos, los que informan detalladamente lo ocurrido. Solo hay que saber escuchar y mirar. Algunos, los

El relato que brinda el menor en su declaración, adquiere un valor fundamental como prueba en el proceso, por lo que producida la denuncia o develación, las medidas de protección especial a la víctima a recibir una asistencia inmediata y profesional específicamente a brindar una contención psicológica y emocional inmediata, así como a asegurar su seguridad psíquica y física mediante una evaluación del riesgo que determine las posibilidades, se tornan indispensable⁶³.

El testigo niño es un testigo “especial” en tanto merece protección “especial”; pero no es un testigo calificado, en todo caso sus dichos son obtenidos mediante procedimientos especiales (para su protección) y sometidos a sistemas de validación diferentes que – en interacción- son analizados por los jueces⁶⁴.

5. a i Etapa Preliminar Preparatoria: Informes previos: valoración.

El artículo 268 del Código Procesal Penal del Chubut, regula el marco de actuación del Ministerio Público Fiscal durante la etapa averiguación preliminar.

Recibida la noticia criminis el fiscal debe proceder a la práctica de todas aquellas diligencias pertinentes y útiles al esclarecimiento y averiguación del mismo, de las circunstancias relevantes para la aplicación de la ley penal, de los partícipes del hecho y demás elementos probatorios para verificar su responsabilidad. Asimismo, debe impedir que el hecho denunciado produzca consecuencias ulteriores.

En esta instancia el acusador público debe evaluar la pertinencia del hecho denunciado, por lo que recurrir a profesionales del servicio de asistencia de la víctima, o psicólogos forenses, profesionales capacitados para percibir la calidad de una evocación infantil permite a los fiscales conocer sus debilidades y fortalezas, avizorar contradicciones, actitudes evasivas o comportamientos dudosos, preparar el caso con miras de optar por algunas de las posibilidades que brinda el artículo 269 del rito, entre ellas solicitar la apertura de investigación,

menos, pueden tener marcas en el cuerpo que delaten lo que está pasando, mientras otros se animan e intentan ser escuchados mediante relatos que involucran un gran esfuerzo...”

⁶² Rozanski, Carlos, «*Abuso Sexual Infantil ¿Denunciar o Silenciar?*», Editorial: Ediciones B Argentina S.A, Buenos Aires, Año: 2003, p.62.

⁶³ A propósito en las Guías de Santiago, dispone una serie de reglas especiales para la atención, trato procesal y protección de los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos, a partir del artículo 22. Específicamente en el apartado 6 establece que en los supuestos de niños, niñas o adolescentes víctimas de delitos de naturaleza sexual, las y los fiscales instarán un adecuado tratamiento de sus posibles secuelas psicológicas, manteniendo una constante relación con los responsables del seguimiento de la víctima, y procurando coordinar su intervención en actuaciones procesales con su proceso de recuperación terapéutica, que constituye un interés superior para el niño, niña o adolescente. En estos casos, se velará especialmente por el derecho a la imagen del niño, niña o adolescente, tratando con especial reserva el material audiovisual a que tengan acceso las y los fiscales por razón de su actividad.

⁶⁴ STJCh., caratulados: “Naveda, Verónica Viviana s/ Dcia. Abuso Sexual representación hija menor s/ Impugnación” (Expediente N° 22130 – F° 11 –Año 2010). Sentencia N° 56/12. Fecha 6/12/2012.

la que solo puede ser autorizada por el juez de garantía en la medida que existan elementos probatorios suficientes (artículo 274 del CPPCh).

En la Provincia de Chubut, el Servicio de Asistencia a la Víctima del Delito, es el encargado de brindar contención, asesoramiento y acompañamiento a las víctimas y testigos en lo que respecta a la atención inmediata.

Se señala en el Programa de contención metodológica para víctimas y testigos que "...la etapa post-delito la más difícil para víctimas y testigos, por cuanto presentan un estado de confusión, conmoción, entumecimiento, descreimiento de las instituciones policiales y judiciales, unido con sentimientos de ira y otras emociones. A ello se suman las secuelas del delito tanto físicas como psíquicas, sociales y financieras. En esta etapa resulta necesario llegar a la víctima y a los testigos con una explicación profesional para manifestarle que el sistema penal los necesita para esclarecer el delito. Corresponde reconocerles que el proceso podrá resultarles muy difícil pero para asistirlos en ese tránsito cuentan con acompañamiento del SAVD que les garantizará el derecho a recibir un trato digno, justo y respetuoso de su persona y de su sufrimiento. Será importante dejar bien en claro que su participación activa en el proceso será requerida para obtener resultados favorables"⁶⁵.

El informe de evaluación de riesgo de la víctima determina, en base a las recomendaciones efectuadas por los profesionales interviniente, la viabilidad y pertinencia de la recepción de la declaración testimonial. Pero además, se consignan los hechos denunciados así como las circunstancias en las que se produjo la develación.

Sin embargo "...contener a un testigo difiere mucho de indicarle lo que debe decir. Por el contrario, implica un proceso y un trabajo tendiente a darle un marco adecuado para que pueda decir todo lo que él previamente conoce y cuál es la manera con la que resulta más propio transmitir ese conocimiento de hechos ocurridos ante él o por él percibidos a los Jueces y a las partes del juicio...", como bien se señala en el Programa de contención metodológica para víctimas y testigos del SAVD.

En la praxis jurídica diaria, los informes previos por parte de los profesionales del servicio de asistencia a la víctima o psicólogos forenses son cuestionados por la defensa del imputado.

Se sostiene que siendo una pericia, son realizados in audita parte, sin notificación a la defensa privando a esa parte la posibilidad de proponer puntos de pericia e incluso perito de parte. En esas condiciones, la pericia constituye una violación a las garantías constitucionales del debido proceso que afectan el derecho de defensa.

En diversos fallos, el Superior Tribunal de Justicia de Chubut ha dado crédito, validando los informe previos efectuados por profesionales especializados ocurridos durante la etapa preliminar. Se sostuvo que "...esos informe previos, esas opiniones no prueban el hecho, ni certifican la veracidad de un relato...la validez de los informes dados al Ministerio Fiscal por

⁶⁵ Instrucción N° 003/11 PG. Programa de contención metodológica para víctimas y testigos. 6/7/11. Y para el caso de violencia de género, se dispuso protocolo especial para caso de violencia de género por medio de la Instrucción N° 3/12 PG. de fecha 27/11/18.

profesionales forenses en punto a la versión informal vertida por un niño en el momento previo a la concreción del auto de apertura de la investigación... Si la psicóloga forense emite su impresión a través de un informe, ello es nada más que eso una información que nutre la “averiguación” entendida ésta como una breve encuesta para obtener datos que le permitan “valorar inicialmente” el asunto... conocido un hecho que se insinúa como delito, y más allá de catalizar su obligación de investigar, corresponde al Ministerio Fiscal la protección de la víctima y de los testigos. De ello se deduce que no resulta incorrecta la intervención que se da a los organismos de asistencia a la víctima, los que- obviamente- han de mantenerlo informado del estado de cosas. Pero además, carecería de sentido esa capacidad otorgada al Ministerio Público antes de enfrentarse con el menú de opciones que le abre el art. 269 del ritual, si acaso no abordara a la víctima para verificar la solidez del caso a presentar”⁶⁶.

Estos informes previos se efectúan para determinar el grado de credibilidad de la víctima conforme al hecho denunciado y conocer su propio testimonio, y lo son con los alcances del artículo 258 del CPPCh, esto es, carecen de validez a los fines de fundar una sentencia.

Cafferata Nores señala que cuando se califica a esta etapa preliminar de “preparatoria” del procedimiento penal, se hace referencia principalmente al valor procesal de las pruebas que en ella se reúnan, las que podrán utilizarse para dar base a la acusación. Pero si se quisiera usarlas para fundar la sentencia definitiva deberán ser ofrecidas y producidas durante el juicio, con plenas garantías para la defensa y a la vista del público. Y agrega que “...”Lo más correcto frente al nuevo modelo constitucional de juicio, será que ninguna prueba recogida durante la etapa preparatoria (las llamadas «pruebas indirectas») pueda dar base a la sentencia sin ser «reproducida» (en verdad debe ser «producida» pues la anterior es sólo un papel, un acta) en el juicio oral y público, ante los jueces que deben dictar el fallo (es la llamada prueba «directa») y con plena vigencia del contradictorio entre acusación y defensa...”⁶⁷.

Alberto Binder, por su parte y siguiendo la misma línea de pensamiento, sostiene que cuando afirmamos que esta primera fase del proceso penal es preparatoria, queremos decir fundamentalmente que los elementos de prueba que allí se reúnen no valen aún como prueba, “el juicio, es pues, el momento de la prueba, en un sentido sustancial.” Lo anterior, sostiene el autor, no es sino la recolección de los elementos que servirán para probar la imputación en el juicio y ése es el sentido de las palabras “preparatorio de la acusación” con las que calificamos al procedimiento previo⁶⁸.

⁶⁶ Algunas de los fallos emitidos por el STJCh. “Alvarado, Jessica Paola s/ denuncia Abuso sexual s/ impugnación” Sentencia N° 40/12; Fecha: 24/04/2012; “Naveda, Verónica Viviana s/ Dcia. Abuso Sexual representación hija menor s/ Impugnación”, Sentencia N° 56/2012, Fecha: 6/07/12; “Ovando, Narda Patricia s/ Dcia. Abuso Sexual r/v hijos Menores s/Impugnación” Sentencia N° 54/2012, Fecha: 21/06/2012; “Barrientos Luis p.s.a. Abuso Sexual s/Impugnación” Sentencia N° 63/2012, Fecha: 20/09/2012.

⁶⁷ Cafferata Nores, José I. «Proceso Penal y derechos humanos».Editorial: Editores del Puerto. Buenos Aires. Año: 2011. 2° edición, 1° reimpresión. ps 177 y ss.

⁶⁸ Binder, Alberto M. «Introducción al derecho procesal penal».Editorial: Ad-Hoc. Buenos Aires. Año:2000, ps. 229 y ss.

Esta es la posición sentada en numerosos precedentes jurisprudenciales del máximo tribunal de la Provincia, en los que se sostuvo que no hay afectación al derecho de defensa ni garantía constitucional, fijando el criterio en punto a la naturaleza de las entrevistas que las psicólogas forenses mantienen con las víctimas dentro de la fase de averiguación preliminar, sobre las pautas fijadas en el artículo 258 del CPPCh, carecen de valor probatorio para fundar la sentencia. "...Se estableció que la investigación que desarrolla el titular de la vindicta pública en esa fase, tiene el propósito de sustentar la investigación, que servirá de base, en el futuro, para sostener la acusación. Las evidencias arrojadas durante ese lapso no tienen el carácter de prueba, sino que lo alcanzarán cuando sean arrimadas al debate, de acuerdo a las normas rituales, en el juicio bilateral y contradictorio. Así las cosas, como en aquella etapa procesal el inculpa sólo es informado del comienzo de una investigación en su contra y, el informe psicológico cuestionado no resulta definitivo ni irreproducible, ya que tiene por finalidad validar la denuncia..."⁶⁹

5. b. Declaración bajo modalidad de cámara Gesell. Debido Proceso.

La condición de niño- víctima –testigo obliga a tomar los recaudos necesarios a fin de evitar infligir un mayor sufrimiento al menor. Condición esta impuesta por la Convención sobre los Derechos del Niño, y demás normativas referidas, que exige que todo niño víctima de delito sexual deberá contar con la debida protección y se le deberá asegurar todo lo necesario para su bienestar.

Fernando Díaz Cantón⁷⁰ nos explica que "...La doble finalidad (terapéutica y probatoria) del acto de recepción de las manifestaciones del menor impone una forma de proceder completamente diferente que la prevista para el común de los testigos, dado que es necesario que ninguno de estos fines sea sacrificado en aras del otro. Para compatibilizar pues ambos fines es que el Derecho positivo establece, con algunas variaciones, determinadas pautas para la recepción del testimonio del menor abusado: a) La necesidad de recibir la declaración en un ámbito adecuado alejado de la presencia del imputado (por ej. en cámara Gesell); b) la necesidad de que la entrevista sea conducida por un psicólogo especialista en niños y adolescentes y c) la necesidad de evitar la repetición del acto".

⁶⁹ STJCh., caratulados: "Naveda, Verónica Viviana s/ Dcia. Abuso Sexual representación hija menor s/ Impugnación" (Expediente N° 22130 – F° 11 –Año 2010). Sentencia N° 56/12. Fecha 6/12/2012, ya citado entre otros.

⁷⁰ Díaz Cantón, Fernando, "*Declaraciones de menores de edad víctima de abuso en Cámara Gesell y el derecho del imputado a la confrontación con los testigos de cargo*". Revista de Derecho Procesal Penal - La prueba en el Proceso Penal- Tomo I , Año: 2009, p 233.

Rozanski, por su parte, afirma que “cuando se obliga a un niño abusado a sentarse ante un tribunal, se lo está silenciando y, de tal modo, se violan sus derechos elementales; concretamente, su derecho a ser oído”⁷¹.

El artículo 193 del CPPCh dispone que “Cuando deba recibirse testimonio de menores de dieciocho años de edad y de personas que hayan resultado víctimas de hechos que las han afectado psicológicamente, el fiscal o el tribunal, según el caso y fundadamente, podrán disponer su recepción en privado y con el auxilio de familiares o profesionales especializados, garantizando el ejercicio de la defensa. En estos casos se procurará obtener grabación o video filmación íntegra del testimonio para su exhibición en el debate. El juez podrá disponer lo necesario para que la recepción del testimonio se realice en una sala debidamente acondicionada, que permita el control de la diligencia por parte del imputado y su defensor. En lo posible, se realizará la diligencia mediante un adecuado protocolo, con intervención de un perito psicólogo, que llevará a cabo el interrogatorio propuesto por las partes. Se procurará la asistencia de familiares del testigo”.

El mecanismo utilizado para la recepción de la declaración del menor es a través de la Cámara Gesell ⁷², de esta manera se evita el contacto de la víctima con el imputado, al no observarlo se evita la confrontación directa con el acusado, y por otro lado, se protege al menor cuando teme a la reacción del imputado.

Importa una declaración testimonial con la que “se pretende evitar la interrogación directa del tribunal o las partes en los casos de menores que han sufrido hechos que importen lesiones y delitos contra la integridad sexual para hacerla a través de facultativos especializados” y por otra parte, si bien no implica un examen pericial y por ende no exige la notificación del art. 258, segundo párrafo, del Código Procesal Penal, en el caso se advierte el aseguramiento del derecho de la defensa⁷³.

La Cámara de Impugnación de Trelew ha resuelto que “la discutida oposición por parte de la defensa al interrogatorio ejecutado en la Cámara Gesell a la menor, ésta no debe ser tenida en cuenta, ya que, siempre velando por el cumplimiento del interés superior la Cámara ... estableció en aras de no provocar una revictimización y potenciar la vulnerabilidad de los menores y, como no puede ser de otro modo, la mecánica del interrogatorio a menores a través de personal especializado en una cámara Gesell, no ocasionando ello, menoscabo o

⁷¹ Rozanski, Carlos, ob. Idem, p.129.

⁷² Surgió como una importante herramienta en el campo de la psicología, la CSJN ya para el año 1990 autorizó su utilización en el fuero de familia garantizando el derecho de la intimidad del menor, la espontaneidad del relato dado que intervienen profesionales psicólogos capacitados para interpretar las distintas vicisitudes que pueden presentarse durante un interrogatorio. Luego por Resolución N° 25/99 del Procurador General de la Nación, se instruyó su uso a los fiscales para que los casos en que debiera recibirse declaración a un menor víctima, evitando la multiplicidad de relato y con la participación de peritos expertos en problemática infantil. Finalmente en el año 2003, se sancionó la Ley 25.852 mediante la que se introdujo importantes cambios al Código Procesal Penal de la Nación, los artículos 250 bis y 250 ter se incorporan a la Cámara Gesell, siendo el método utilizado en la actualidad.

⁷³ Causas 36.736, “Chaparro, A.”, del 27 de marzo de 2009 y 13.542/2013, “González, M.”, del 5 de noviembre de 2013; entre otras, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala 7°.

conculcación a derecho o garantía constitucional alguna para el imputado.” Y agrega que “...las deposiciones realizados en Cámara Gesell, son el mecanismo adecuado para honrar la Convención de los Derechos del Niño que, vale la pena recordar, por imperio del Art. 75 inc. 22 de nuestra Carta Magna, goza de jerarquía constitucional. He expresado que a través del mecanismo antes indicado, se respeta las disposiciones de la Convención antes aludida, ya que conforme lo explica la doctrina especializada en el asunto “...en cuanto a la protección específica de los niños, la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 75 inc.22CN) establece en su art.3.1 que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño...”⁷⁴.

En igual sentido, se sostuvo que “la Cámara Gesell no menoscaba el derecho de defensa ya que, si realizamos una exégesis de nuestra Carta Magna buscando que la misma sea coordinada, anti conflictiva, equilibrada y útil abarcando, de ese modo, la totalidad de los derechos y garantías que emergen de sus cláusulas, veremos que el mecanismo señalado, además de defender “el interés superior del niño”, ya que lo protege de ser revictimizado, permite un adecuado contralor de la defensa, pudiendo la misma en dicho acto, contra-examinar el testimonio brindado bajo esa modalidad”⁷⁵.

5. b i Recepción de la declaración del menor: averiguación preliminar. Anticipo jurisdiccional de prueba. Principio contradictorio.

I. Etapa Averiguación Preliminar.

Como se puso de manifiesto en el apartado “5.a” ciertos actos o medidas realizadas durante la etapa de averiguación preliminar o etapa preparatoria, carecen de valor probatorio a los efectos de fundar la sentencia.

Esto en principio es correcto, sin embargo, se admiten algunas excepciones, en aquellos casos por su carácter definitivo e irreproducibles, o que no puedan ser producidos en el debate o ser realizados nuevamente en las condiciones primigenias⁷⁶.

Alberto Binder considera para que ello sea posible, es necesario que existan dos condiciones, la posibilidad de control sobre la prueba por parte de todos los sujetos procesales y la presencia del juez.

⁷⁴ Cámara Penal de Impugnación de Trelew, Chubut, caratulados: “Carmona Cervero Martha Alejandra en representación de su hija menor M.J.C.C. s/ dcia. Abuso sexual”, CJ N° 515. Sentencia N° 4/10, Fecha: 2/03/2010.

⁷⁵ Cámara Penal de Impugnación de Trelew, Chubut Caratula: “Sloboda Eduardo y Espinosa Carla s/ dcia. Abuso sexual- C.R”, C.J N° 59. Fecha: 7/11/2009.

⁷⁶ Los que se encuentran enunciados en el artículo 279 del CPPCh.

Tal como se encuentra regulado en la provincia del Chubut, cuando la declaración sea menores de dieciocho años o de personas que hayan resultado víctimas de hechos que las han afectado psicológicamente, debe recepcionarse bajo la modalidad de cámara Gesell, y en carácter de anticipo jurisdiccional de prueba, conforme la remisión que efectúa el último párrafo del artículo 193 (testimonios especiales) a la norma del artículo 279 que reglamenta sobre el anticipo jurisdiccional de prueba, y en particular el inciso 3 refiere a los casos en que "... por la complejidad del asunto existiera la probabilidad de que el testigo olvidare circunstancias esenciales sobre lo que ha conocido...".

El carácter de anticipo jurisdiccional de prueba del testimonio no se relaciona con que la declaración sea definitiva o irreproducible. Las manifestaciones que efectúa un testigo pueden cambiar, variar o modificarse por distintas circunstancias⁷⁷, por lo que la reproducción o posibilidad de repetición de la misma aparece ínsita en su carácter cambiante.

Se trata de actos que, sin ser irrepetibles por su naturaleza ni tampoco por motivos sobrevivientes, están destinados a realizarse, al menos en lo posible, una sola vez, y dada su trascendencia, se torna inevitable que sean practicados durante la investigación, sea para fundar un requerimiento acusatorio o para instar el cierre anticipado del proceso. A dichos actos también se les imprime el mismo procedimiento para los actos irreproducible⁷⁸.

La reproducibilidad o reiteración de la declaración del menor debe ser evaluado previamente a fin de evitar una revictimización. Y para ello, hay que reparar en la gravedad del daño físico, psicológico y social que ocasiona en los niños el abuso, cuyas consecuencias se extenderán durante toda la vida de la víctima.

Sentado ello así, puede decirse que, toda la normativa local, nacional e internacional persigue una doble finalidad, evitar la revictimización secundaria del menor sin afectar el derecho de defensa del imputado.

"Fue acertada la decisión del tribunal de no citar nuevamente a la niña, que ya había declarado mediante la Cámara Gesell, evitando así su victimización con respecto al proceso (...). El testimonio de la menor víctima en la cámara Gesell satisfizo las posibilidades de defensa en juicio, ante la designación de un funcionario que controlara la legalidad del acto en representación del eventual imputado" sostuvo el máximo tribunal provincial, en caso "López"⁷⁹.

⁷⁷ El juicio sobre la convicción acerca de la virtud de un testigo para emitir un predicado no es una cuestión de fe, entendida ésta como la creencia en algo por la autoridad o la fama de quien lo emite. Todo testigo ha de ser examinado en sí y en relación con las demás evidencias que nutren el debate, otra manera de dar contenido a las categorías "coherencia interna" o "externa" de un relato que orbitan alrededor del examen. Cuando se produce ese enlace la validez es indiscutible. Fallo "Alvarado" STJ Chubut, ya citado

⁷⁸ Romero Sebastián G. «*Cámara Gesell, Testimonio de niños en el proceso pena*», Editorial: Alveroni. Buenos Aires. Año: 2011, p 50.

⁷⁹ STJCh, caratulado: "López Luis Alberto p.s.a. de abuso sexual a J.B.L.", Expte. 20402-L, año 2006.

En la exposición de motivos de la Ley N° 25.852, que incorporó el artículo 250 bis al Código Procesal Penal de Nación, reconoce "...se impone entonces establecer procedimientos que sin afectar el derecho de defensa eviten provocar nuevos daños a quien resulta víctima de esa clase de hechos, cumpliéndose el doble objetivo... el niño ya no es sometido a múltiples interrogatorios en diversas sedes y por parte de distintos funcionarios, sino que se lo escucha en el ámbito adecuado a su edad y desarrollo y lo hace quien esta específicamente capacitado para ello. Esto permite rescatar la primera revelación hecha por el niño, que en la gran mayoría de los casos es la que contienen la verdad de los hechos. Asimismo, las partes pueden a través del tribunal, hacer saber sus inquietudes, las que serán transmitidas al especialista, quien evaluará la posibilidad y pertinencia de las misma, siempre teniendo en mira el interés superior del niño."

II. Principio Contradictorio. Derecho al confronto.

El cambio de paradigma, el rol protagonista de la víctima especialmente vulnerable en el proceso penal y en particular de los NNyA ha llevado a adaptar las reglas de participación del procedimiento que solo era concebido desde el punto de vista del acusado.

La CIDH al interpretar la cláusula del artículo 19 de la CADH, ha sostenido que la protección especial de la persona sometida a proceso, importa por parte del Estado el reconocimiento de las garantías del debido proceso que tratándose de niños, niñas y adolescentes no se dan en las mismas condiciones que los adultos. Que este sistema de justicia adaptado para lo NNyA hace accesible y apropiada a cada uno de ellos, con base en el interés superior del niño, y de acuerdo a sus capacidades, edad, grado de madurez, sin discriminación alguna.

Es dable advertir que la declaración testimonial del menor, en el contexto de cámara Gesell y como anticipo jurisdiccional de prueba, que luego habrá de ser utilizada y reproducida en debate se encuentra en tensión con el derecho del imputado a contradecir y encontrarse "cara a cara" con quien lo acusa.

El principio del contradictorio, garantía constitucional, importa el derecho de la defensa a interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparencia, sea como testigos o peritos, de otras personas que han intervenido en el procedimiento tendiente a la averiguación de los hechos. Así se consagrada en el artículo 8.2.f de la CADH como así también en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 14.3.

Rubén Chaia, señala que el derecho a contradicción, como presupuesto ineludible de "juicio justo", ha tenido su recepción jurisprudencialmente, reconociéndose al imputado el derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo, ofrecer y poder citar a testigos de descargo en iguales condiciones que el acusador, interrogar y hacer interrogar testigos de descargo, lo que se completa con la oportunidad de conocer y argumentar las alegaciones y pruebas aportadas por la otra parte y de contradecir la autenticidad de la prueba, oponerse a su uso y poner en duda su fiabilidad y precisión. Por lo que debe garantizarse que la parte

adversa este al corriente de la presentación de observaciones y goce de una oportunidad verdadera para argumentar sobre ellas⁸⁰.

Y tuvo su reconocimiento en la jurisprudencia de la CSJN en el caso “Benítez”⁸¹ quien fuera condenado como autor de delitos de abuso sexual en base a testimonios receptados durante la investigación, que no pudieron repetirse en el debate con el debido control de la defensa, ya que la víctima y testigos no pudieron ser hallados, por los que fueron incorporados por su lectura. Sostuvo el máximo tribunal lo relevante del caso es “...determinar si la base probatoria obtenida sin el control de la defensa es legítima como tal...” por lo que la imposibilidad de comparencia del testigo es insuficiente para subsanar la lesión al debido proceso que implica que la parte no tuvo siquiera la posibilidad de controlar dicha prueba. Y agregó que “... no se cuestiona la legitimidad de incorporar por lectura una declaración testimonial, que bien puede resultar admisible, lo que se debe garantizar es que al utilizar tales declaraciones como prueba se respete el derecho de defensa del acusado...”.

El reconocimiento de los derechos de la víctima, y en especial de los derechos de los niños, persona vulnerable si lo hay en el proceso penal, ha llevado a, tanto doctrinaria como jurisprudencialmente, redefinir el alcance de la garantía procesal puesta en juego, considerando que el derecho de confrontar “cara a cara” debe ser analizado desde la necesidad de no victimizar al menor, atendiendo al interés superior del niño.

El Superior Tribunal de Justicia del Chubut sostuvo que “...En el caso concreto juegan el derecho de defensa del imputado y el derecho del niño víctima de delito, ambos dos reconocidos en el Bloque Constitucional Federal aún cuando el primero es de cuño más antiguo (arts. 18 y 75 inc. 22 de la C.N.) y en la constitución provincial... Es correcto afirmar que el imputado tiene el derecho de controlar, por sí y por su defensor, la prueba de cargo, como mínimo...”. Pero, y reconociendo la posición asimétrica y desigual que para el menor implica enfrentar al acusado, el máximo tribunal provincial sostuvo que “... no menos correcto es decir que el niño víctima tiene el derecho de contar con especial protección por el Estado y de evitar la sobre victimización a partir de la actividad de los Tribunales que deberán cuidar que las necesidades del proceso no contraríen la integridad psicofísica de aquél... El derecho de defensa y la paridad de armas entre otros, se encuentran perfectamente asegurado, en el proceso penal, cuando se da la posibilidad de su ejercicio y no se obtura u oblitera arbitrariamente...”⁸².

Como consecuencia de ello, el derecho del imputado al confronte debe ser analizado desde el punto de vista de la proporcionalidad y del principio del interés superior del niño, por lo que se

⁸⁰ Chaia, Rubén A., “*Técnicas de litigación penal. Análisis doctrinario y jurisprudencial*” Tomo: 3. Editorial: Hammurabi. Año: 2020.

⁸¹ CSJN, “Benítez, Aníbal L.” Fallos: Fallos 329:5556. Fecha: 12/12/06.

⁸² STJCh, caratulados: “López Luis Alberto p.s.a. de abuso sexual a J.B.L.” Expte. 20402-L, año 2006.

trata de sopesar en función de las garantías procesales reconocida a ambas partes del litigio, y resolver de manera tal que se produzca la menor afectación de derechos, definiendo en función del bienestar y protección del menor y brindándole la oportunidad de ser oído en un ambiente sano, sin contaminación, buscando armonizar esa función con las garantías del imputado, ya que de ningún modo implica suprimir o menoscabar sus derechos.

Con posterioridad al precedente “Benítez”, la CSJN se expidió en caso “Gallo”. Resulta por demás interesante el voto de la Dra. Elena I. Highton de Nolasco, en cuanto analiza el estado de vulnerabilidad de la víctima y las garantías procesales del imputado y su derecho al confronte con el testigo, cuya presencia en el juicio oral, había sido desaconsejada en razón de la evaluación de riesgo efectuado por los expertos, no advirtiendo, la magistrada, vulneración a la garantía constitucional alguna. En esa senda sostuvo “...determinar qué alcance corresponde otorgar al derecho del imputado a controlar de modo útil la prueba (art. 14 párrafo 3 inciso “e” del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8 párrafo 2 inciso “f” de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) frente a los derechos de una víctima en condición de vulnerabilidad, pues incumbe al Estado la carga de justificar la limitación que se deba verificar. Que se encuentra en condición de vulnerabilidad aquella víctima del delito que tiene una relevante limitación para evitar o mitigar los daños y perjuicios derivados de la infracción penal o de su contacto con el sistema de justicia o para afrontar los riesgos de sufrir una nueva victimización. La vulnerabilidad puede proceder de sus propias características personales o bien de las circunstancias de la infracción penal. Se destacan, entre otras víctimas, las menores de edad y las que padecieron delitos sexuales. Todas estas condiciones se presentaron en la damnificada. Que los jueces deben adoptar en estos casos las medidas que resulten adecuadas para moderar los efectos negativos del delito (victimización primaria) y también deben procurar que el daño sufrido no se vea incrementado como consecuencia del contacto con el sistema de justicia (victimización secundaria); en todas las fases del procedimiento penal, deben proteger la integridad física y psicológica de la víctima. La sentencia anulada por la cámara de casación había garantizado el cumplimiento de esos parámetros y si bien es cierto que para ello necesitó restringir el derecho a interrogar del imputado, lo hizo en la medida estrictamente necesaria para preservar la salud psicofísica de la damnificada, con argumentos pertinentes que se basaron en un informe médico que demostró objetiva y concretamente, superando toda mención genérica, el alto riesgo que para su salud mental una decisión en contrario podía aparejar... No toda restricción del derecho a interrogar es incompatible con la noción de un juicio justo, en tanto y en cuanto —como en el caso— no se resigne definitivamente a mantener el equilibrio que debe mediar entre la acusación y la defensa.... el tribunal a quo prescindió de los elementos señalados, renunció al parámetro de proporción que debió tener presente para resolver la colisión de intereses que se le presentó y descalificó una resolución que trató a la víctima con compasión y respeto por su dignidad,

principios fundamentales de justicia para víctimas de delito adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas —resolución 40/34 del 29 de noviembre de 1985⁸³.

Viéndose comprometida la garantía constitucional del derecho de la defensa, el principio contradictorio que regula el debido proceso adversarial, la declaración testimonial para que pueda ser utilizada como prueba válida dentro del proceso, no deba ser reiterada, y no se vea afectado los derechos que le asisten al imputado, éste debe ser debidamente notificado del acto a los fines de llevar a cabo un efectivo control de la prueba. Es en ese momento en que podrá ejercer el contradictorio a través de la formulación de preguntas que considere pertinentes por sí o por intermedio de su defensor⁸⁴.

El problema podría plantearse cuando el imputado, al momento de llevarse a cabo la declaración testimonial, no pudo ser habido. El Código Procesal Penal del Chubut dispone que para esos casos, y teniendo en cuenta razones de extrema urgencia, se podrá llevar a cabo el acto con la intervención del defensor público a fin de que participe y controle el acto, garantizándose el derecho a la defensa del imputado y el ejercicio de sus derechos desde el inicio del proceso. (Artículos 279 y 9 del rito local).

Claro está que las razones de urgencia del acto procesal se encuentran justificada por la situación de trauma y vulnerabilidad de la víctima de un delito que lo afecta psicológica y emocionalmente como lo son los abusos sexuales o maltratos infantiles, retrasar indefinidamente su declaración podría causar un perjuicio mayor, no siendo, por otra parte recomendable ello conforme lo establecen las guías de las buenas prácticas de Protección de Víctimas y Testigos que aconsejan no retrasar su declaración cuando la misma se encuentra en condiciones psicológicas de hacerlo.

II a. Derecho al confronte en la jurisprudencia comparada.

Estados Unidos

⁸³ CSJN, G. 1359. XLIII. Recurso de Hecho. “Gallo López, Javier s/ causa N° 2222”. Buenos Aires, 7 de junio de 2011. La Corte revocó la decisión de la Sala IV de la Cámara Nacional Casación Penal que resolvió la anulación de la condena, dispuso el reenvió las actuaciones a un nuevo tribunal, “para que se ocupara de que la víctima fuera preparada psicológicamente para prestar declaración en el debate y de la búsqueda intensiva de la denunciante, a fin de que se realizara un nuevo juicio”, atento la “imposibilidad que había tenido la defensa de controvertir los dichos de la joven y su tía, denunciante en la causa, y ello, en el primero de los casos, como consecuencia de haber sido desaconsejada por las expertas su comparecencia en juicio a la luz del intento de suicidio y de los episodios psicóticos padecidos por la joven”.

⁸⁴ Tal como se encuentra regulado en el artículo 279 del CPPCh, de hacerse lugar al anticipo jurisdiccional de prueba, el juez ordena su realización con citación de todas las partes. El derecho al confronte se encuentra salvaguardado, al ser notificado el imputado y su defensor a participar del acto si es que así lo desea.

La declaración del testigo víctima en los casos de abuso o maltrato infantil a través de la cámara Gesell ha merecido no pocas críticas en la jurisprudencia de los Estados Unidos, al considerar la afectación al derecho de confrontar “cara a cara” a los testigos tal como lo prevé la VI Enmienda, que consagra que en los procesos penales el acusado disfrutará del derecho a ser confrontado con los testigos en su contra.

La Corte americana entiende que la cláusula contenida en la VI Enmienda tiende a garantizar la confiabilidad de las pruebas de cargo contra el acusado dentro de un proceso adversarial y contradictorio. Así confrontación importa contraposición de argumentos.

La cláusula de confrontación se proyecta en dos sentidos. Uno desde el punto de vista del acusado, que implica evitar que las declaraciones previas se utilicen contra el acusado en lugar de un interrogatorio o examen personal del testigo. Y por otro lado, desde el punto de vista del jurado, ya que el estar cara a cara en la sala de audiencia hace efectivo el principio de la inmediación. Pero también admite, que el derecho a confrontar cara a cara al testigo no es un derecho absoluto reconociendo excepciones, sea por razones de salud u otro motivo que le impida su presencia, e incluso admite la posibilidad de excluir al imputado de la sala de audiencia cuando el que deba declarar sean niños a fin de evitar daños, maltrato físico y psicológico del menor disponiendo en el caso de mecanismo especial para recepción de su declaración, a través de circuito cerrado de televisión en una sala contigua a la de audiencia.

La posibilidad de que la declaración del menor testigo sin la presencia del imputado, fue denegada por la Corte Suprema de Estados Unidos en caso “Coy v. Iowa”⁸⁵ al sostener que “... la confrontación es esencial para la equidad. La pantalla claramente interrumpió esta confrontación de manera que podría haber sesgado el juicio... un tribunal de primera instancia no puede cercenar el derecho a la confrontación basándose en las generalidades de la ley. En el caso “Coy” no se dio ninguna razón específica para usar la pantalla...”, al tiempo que reafirma que “la presencia cara a cara puede, lamentablemente, causar malestar a la víctima de un abuso sexual o a un niño maltratado, insistió en que, del mismo modo, puede confundir y desenmascarar a un falso acusador, o a un niño entrenado maliciosamente por un adulto”.

Luego del precedente, debate doctrinario giró en torno a garantizar el derecho al frente del imputado pero al mismo tiempo de evitar el maltrato físico y emocional a las víctimas infantiles, sin perder de vista la confiabilidad del testimonio, el cual podría ser garantizado a través de mecanismo cerrado de televisión.

El caso que llega a la Corte Federal es “Maryland v. Craig”⁸⁶, cuando ante consulta a los expertos consideraron que el niño no sería capaz de comunicarse efectivamente frente al imputado, que se volvería extremadamente tímido y poco dispuesto a hablar por la angustia emocional que importaba encontrarse frente al acusado.

La Corte Federal estableció en el presente caso los recaudos que deben tomarse para recibir la declaración especial del menor víctima y la no afectación a la garantía constitucional del

⁸⁵ «Coy v Iowa» – Supreme Court of the United States - 487 U.S. 1012 – (1988)

⁸⁶ «Maryland v Craig» – Supreme Court of the United States – 497 U.S. 836 (1990).

derecho al confronte, toda vez que ese derecho no es absoluto, debiendo comprobarse el riesgo emocional que importa en el menor la presencia del imputado en el caso concreto quien seguirá los pormenores de la declaración a través de circuito cerrado de televisión, de manera que el menor no pueda percibir su presencia, pudiendo el acusado realizar preguntas y contraexaminar al testigo al mantener comunicación con su defensor. En base a ello resolvió que "... cuando sea necesario para proteger a un niño testigo del trauma que le causaría testificar en presencia física del acusado, al menos cuando dicho trauma pueda afectar la capacidad del menor para comunicarse, la Cláusula de Confrontación no prohíbe el uso de un procedimiento que, a pesar de la ausencia del enfrentamiento cara a cara, asegure la confiabilidad de la evidencia al someterla a rigurosas pruebas contradictorias y, por lo tanto, preservar la esencia de la eficacia de la confrontación. Debido a que no hay duda de que los menores de este caso testificaron bajo juramento, estuvieron sujetos a recibir preguntas y repreguntas, pudieron ser observados por el juez, el jurado y el acusado mientras daban testimonios, concluyó que, en la medida que se determinó que la necesidad de este procedimiento era adecuada, la admisión de dicho testimonio estuvo en consonancia con lo establecido por la cláusula de Confrontación."

Si bien admite que el derecho al confronte no es absoluto, las razones por las que el tribunal autoriza la declaración bajo estándares especiales de un menor deben estar debidamente justificadas. Así lo reconoció la Corte en "Knight v. State of Florida"⁸⁷ en el que la defensa el tribunal de primera instancia no determinó específicamente en qué se basó para autorizar el testimonio remoto de la víctima y porque el imputado no pudo comunicarse con su letrado durante el testimonio, el máximo tribunal luego de reafirmar la vigencia del derecho del imputado a confrontar reconoce que este derecho no es absoluto y "debe ceder ante el interés del Estado en librar a un menor presuntamente víctima de un delito sexual, del trauma adicional de brindar testimonio en el tribunal..." Sin embargo, advierte que "...la constitución requiere que los jueces del juzgado de juicio elaboren consideraciones y conclusiones específicas en cada caso, antes de negar a los acusados la posibilidad del careo con el testigo..."

Así en el caso "Lipsitz v State of Nevada"⁸⁸ la Corte del Estado de Iowa consideró atendibles las razones brindadas por el tribunal al autorizar la declaración de la víctima por videoconferencia. Sostuvo que "...que el juzgado del distrito no abusó de su discreción al permitir que la víctima declarara vía video. Primero, porque el procedimiento audiovisual era necesario para proteger el bienestar de la víctima, un objetivo importante para la política pública, mientras que el imputado se aseguraba un juicio en plazo razonable. Segundo, porque la transmisión audiovisual aseguraba adecuadamente la confiabilidad del testimonio, ya que permitía al imputado repreguntar al testigo y el jurado podía observar la actitud del declarante".

Alemania

⁸⁷ «Knight v State of Florida» – District Court of Appeal of Florida, First District – 254 So. 3d 642 (2018)

⁸⁸ «Lipsitz v State of Nevada»– Supreme Court of Nevada - 442 P.3d 138 (2019).

La jurisprudencia alemana, también consagra el principio de contradicción y el derecho a la confrontación del imputado. Reconoce que este derecho no es absoluto y admite la posibilidad de la recepción de la declaración testimonial de la víctima por sistema de video conferencia en aras del principio de protección de la víctima. El objetivo de esta ley es proteger al testigo (menor) de las tensiones de un interrogatorio y protegerlo de un nuevo enfrentamiento con el acusado, sostuvo el BGH.

Reconoce dentro de su normativa legal⁸⁹, la posibilidad de que las declaraciones sean videos grabados, no afectándose el principio de inmediatez ni confrontación siempre y cuando el defensor y el imputado tengan la posibilidad de participar del acto, puedan controlar y confrontar por medio de esa modalidad con el testigo.

Permite la incorporación por lectura del acta de declaración testimonial cuando el fiscal, imputado y defensa hubieran aceptado su incorporación.

El Tribunal Supremo Alemán⁹⁰ reconoció que “el uso de las grabaciones de vídeo de los interrogatorios del juez de instrucción durante la audiencia son admisibles... El Código de Procedimiento Penal permite expresamente la sustitución del interrogatorio de un testigo mediante la exhibición de la grabación de audio-vídeo de su anterior interrogatorio judicial sólo si el acusado y su abogado defensor tuvieron la oportunidad de participar en él...”. Tampoco se considera vulnerada la garantía el hecho de que el defensor haya podido inspeccionar los expedientes o la transcripción de un interrogatorio policial previo a la audiencia principal. El derecho a hacer preguntas en sí mismo no se viola por la posible falta de inspección de los expedientes de antemano; está salvaguardado por la oportunidad de participar en la audiencia grabada y de interrogar al testigo⁹¹.

Se puede observar una similitud de fundamentos en el caso “BvR 411/11” del Tribunal Constitucional Alemán, con lo resuelto por la CSJN en el precedente “Gallo”, al rechazar el pedido de reiteración de la declaración de menores de edad testigo en audiencia de debate, bastando la reproducción de su testimonio prestado durante la primera instancia. Se sostuvo que por razones de protección de la víctima no viola el derecho a un juicio justo. Los niños, fueron testigos presenciales de un homicidio y, por tanto, desde el punto de vista de la protección de las víctimas, fueron ellos mismos víctimas del crimen. El Tribunal notó la retraumatización que podría generarles una nueva audiencia y se abstuvo de volver a confrontarlos con los acontecimientos⁹².

⁸⁹ Sección 255ª: Presentación de un examen registrado de testigos: (1) Para la presentación de la grabación de video-sonido de un interrogatorio de testigos, se aplican las normas para la lectura en voz alta de un registro de un interrogatorio de conformidad con las Secciones 251, 252, 253 y 255. Strafprozeßordnung (StPO).

⁹⁰ BGH 1 StR 327/11 – Sentencia del 26 de agosto de 2011.

⁹¹ BGH 1 StR 64/03 – Sentencia del 15 de abril de 2003.

⁹² BvR 411/07 Sentencia del 02 de mayo de 2007.

🇪🇸 España.

Los principios de inmediación, contradicción y publicidad, garantías del debido proceso, han sido motivo de diversos fallos jurisprudenciales sopesando las garantías constitucionales cuando una de las partes sea un menor, víctima de violencia sexual con los derechos del imputado en salvaguarda del legítimo derecho de defensa, considerando el Tribunal Supremo Español que “son valores y garantías que deben estar presentes en todo proceso penal y con mayor intensidad en el momento del juicio oral...” y obliga al Tribunal a que “... cuando los principales testigos de cargo sean menores de edad, a un necesario ejercicio de ponderación y equilibrio con objeto de preservar la indemnidad de las víctimas y, al mismo tiempo, garantizar los derechos de las personas que se ven implicadas en acusaciones que pueden llevar a la imposición de gravísimas penas...”.

El Superior Tribunal Constitucional sostuvo que la doctrina establece: “como regla general, sólo pueden considerarse pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal las practicadas en el juicio oral (..). Es en el juicio oral donde se aseguran las garantías constitucionales de inmediación, contradicción, oralidad y publicidad”, sin embargo existen determinadas excepciones si se cumplen una serie de requisitos respecto a las declaraciones prestadas en fase sumarial: “a) materiales -que exista una causa legítima que impida reproducir la declaración en el juicio oral-; b) subjetivos -la necesaria intervención del Juez de Instrucción-; c) objetivos -que se garantice la posibilidad de contradicción, para lo cual ha de haber sido convocado el Abogado del imputado, a fin de que pueda participar en el interrogatorio sumarial del testigo-; y d) formales -la introducción del contenido de la declaración sumarial a través de la lectura del acta en que se documenta, conforme a lo ordenado por el art. 730 LECrim, o a través de los interrogatorios, lo que posibilita que su contenido acceda al debate procesal público y se someta a confrontación con las demás declaraciones de quienes sí intervinieron en el juicio oral”⁹³.

Determina las condiciones de validez de la declaración de la víctima durante la etapa instructoria “a) En cuanto al presupuesto, que haya motivo racionalmente bastante para temer la muerte del testigo o su incapacidad física o intelectual antes de la apertura del Juicio Oral, o bien que el testigo, al hacerle la prevención referida en el art. 446 acerca de su obligación de comparecer para declarar de nuevo ante el Tribunal competente cuando se le cite para ello, manifieste: «la imposibilidad de concurrir por haber de ausentarse de la Península»; b) en cuanto al modo de practicarse: que se provea de Abogado al reo por su designación o de oficio «para que le aconseje en el acto de recibir la declaración del testigo»; que se le examine «a presencia del procesado» y de su Abogado defensor -a salvo el supuesto del art. 449- y a presencia del Fiscal y del querellante si quisieren asistir al acto, permitiéndoles las preguntas convenientes; que la diligencia consigne las contestaciones a estas preguntas y sea firmada

⁹³ STC Sentencia N° 68/2010 de 18 de octubre de 2010; Sentencia N° 53/201328 de febrero de 2013.

por los asistentes; c) en cuanto a su introducción en el Juicio Oral, que en el acto de la vista se proceda a la lectura de esta diligencia de prueba preconstituida o anticipada, exigencia que, sin estar expresada en el art. 448, es de cumplimiento necesario por elemental observancia de los principios de inmediación, publicidad y contradicción. Así lo evidencia que lo exija el art. 777 en el procedimiento abreviado sin que tenga justificación alguna prescindir de lo mismo en el ordinario, referido como está a delitos de mayor gravedad y d) que además, la imposibilidad anticipadamente prevista durante el sumario, para comparecer al Juicio Oral, legitimadora de su anticipada práctica en aquella fase procesal, subsista después de ella, puesto que si por cualquier razón le fuera posible luego al testigo acudir al Juicio Oral, no puede prescindirse de su testimonio en ese acto ni se justifica sustituirlo por la declaración prestada según el art. 448 en la fase sumarial”⁹⁴.

Como garantía del debido proceso, destaca la notificación al imputado para que controle y ejerza el derecho del contra examen del testigo “...la ausencia de contradicción carecerá de trascendencia si es imputable en exclusiva a las partes pasivas y a título ilustrativo señala tres supuestos: “a) Que la falta de contradicción efectiva traiga como causa una conducta desidiosa o negligente o imputable de cualquier forma a la parte (estaba en rebeldía; no formuló pregunta alguna; desatendió la citación a la prueba anticipada). Será utilizable la prueba, según ha quedado dicho. b) La ausencia de una posibilidad de interrogar al testigo de cargo es fruto de una deficiente gestión procesal atribuible al órgano judicial (no se preconstituyó la prueba pese a que las circunstancias invitaban a ello; se omitió la citación de la defensa debidamente personada...). En el asunto ahora analizado el órgano judicial citó a la defensa, aunque no a los imputados. Bien es cierto que la ausencia de estos no se debió en exclusiva a esa falta de citación. Pero en todo caso hubo contradicción (el letrado de la defensa intervino). Solo se ha reducido su alcance en un aspecto no nuclear (presencia acusados). c) Casos en que esa deficiencia no es achacable ni a las partes ni a los agentes estatales (el sumario estaba declarado secreto; falleció el testigo inesperadamente; no se había averiguado todavía la identidad del imputado; estaba ilocalizado). Esta es una zona de mayor penumbra. El canon empleado por el TC para determinar cuándo un testimonio prestado sin contradicción puede ser prueba de cargo no es el de la atribución al propio imputado de la falta de contradicción, sino el de no atribución al órgano judicial, (por ejemplo, cuando la declaración se efectuó en un momento en que el sujeto a quien apunta la incriminación aún no había adquirido la condición de imputado). En los casos en que, la ausencia de contradicción del testimonio prestado en instrucción no es imputable a negligencia del órgano judicial, sino a factores inevitables e imprevisibles, el TC tiende a considerar en general que una condena basada en unos testimonios no reproducidos (por fallecimiento o ilocalización) y sin estricta contradicción no lesiona necesariamente el derecho a un proceso equitativo”⁹⁵.

⁹⁴ STS Sentencia N° 167/2017 de 15 de marzo de 2017.

⁹⁵ STS de 26 de julio de 2016 (n° 686/2016) –Ponente Antonio del Moral- citando la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH 19-02-2013).

III. Declaración durante la etapa de averiguación preliminar.

Que la declaración del menor en el contexto de cámara Gesell y como anticipo jurisdiccional de prueba, tampoco empece ni vulnera garantía constitucional alguna que afecte el derecho de defensa en juicio, si la misma se produce en la etapa de averiguación preliminar o etapa preparatoria.

Sostuvo el STJCh que "...los actos llevados a cabo –*testimonio de las menores*- se desarrollaron dentro del periodo de la etapa preparatoria (art. 256 CPP), período en el cual el acusador recolecta elementos de convicción que le permitan establecer una imputación. Este acto, en caso de ser suficiente la prueba reunida, lo concretará al disponer la apertura de la investigación y bajo las formas que impone el art. 274 del rito".

Como quedó expuesto en el apartado 5. "a", durante esta etapa el fiscal debe realizar todas aquellas diligencias necesarias para determinar la viabilidad y pertinencia de su caso. Y entre ellas, claro está, la de recibir la declaración testimonial del menor víctima en los términos del artículo 193 del CPPCh.

La Cámara Penal de Impugnación de Trelew sostuvo que "...Tan alta relevancia estadística tienen los distintos tipos de errores de memoria (de comisión o de omisión) que ha llevado a los expertos en ASI a alertar sobre la enorme importancia de reconstruir el primer relato del niño (develamiento) en forma inmediata cuando ha manifestado haber vivido una situación de abuso sexual. Es más, aconsejan no interrogar al niño, ni aún por parte de profesionales con experiencia en la materia, antes de recibir pormenorizada declaración a la o las personas que escucharon el relato del niño por primera vez. A su vez, todos –sin excepción- indican que el interrogatorio al niño debe hacerse la menor cantidad de veces posible, una sola o dos a lo sumo, para preservar lo más intocada posible su memoria..."⁹⁶.

Al mismo tiempo, el cimero tribunal chubutense ha fijado el alcance de la audiencia de apertura de investigación o formalización de causa, consagrado en el artículo 274 del rito local. Se sostuvo entonces que "...si bien la audiencia de apertura de la investigación resulta el acto en el cual se hacen conocer al encartado los sucesos que se le endilgan, el ceremonial habilita la realización de actos anteriores, destinados a acopiar elementos para sostener la acusación. De esta manera, la recepción del testimonio de una víctima en Cámara Gesell, con los recaudos que exige el rito en cuanto a la protección del derecho de defensa, no vulnera garantía constitucional alguna. Por lo demás, resulta imperativo que los niños declaren una sola vez en todo el proceso judicial, con el objetivo de reducir lo más posible la tensión del proceso judicial y no revictimizarlos...la recepción del testimonio de una víctima en Cámara Gesell, con los recaudos que exige el rito en cuanto a la protección del derecho de defensa, no vulnera

⁹⁶ Cámara Penal de Impugnación de Trelew, caratula "Romero, Eugenio s/denuncia en representación hija menor-Trelew" (CJ 3790 OJTw).

garantía constitucional alguna. Por lo demás, resulta imperativo que los niños declaren una sola vez en todo el proceso judicial, con el objetivo de reducir lo más posible la tensión del proceso judicial y no revictimizarlos”.

“...En consecuencia, si la imputación formal es un acto que el fiscal realizará con posterioridad, es evidente que aquella no estará al tiempo de ejecutarse los actos anteriores, pero no por ello resultan inválidos. No hay aquí ningún derecho a la defensa en juicio afectado. Y esto es así, pues el denunciado tuvo oportunidad de asistir, no ya a la imputación formal, sino al más directo y crudo relato que son los dichos de la víctima presuntamente afectada. No se trata de tomar conocimiento de la denuncia, que por cierto la conocía, sino del verdadero reproche que le formulaba la afectada y consistía en manoseos producidos sobre su cuerpo. La facultad de interrogar a la menor acerca de esto estuvo a su disposición, y acatar o no el consejo del profesional que lo asistía, fue también un acto que ejerció a voluntad. En consecuencia, el fundamento acerca de la necesidad de conocer la imputación previamente a la recepción de un testimonio es inaplicable al caso y su revisión, por parte del juzgador, una extralimitación. Como dijera, si el testimonio precedió a la apertura de investigación y el control de su necesidad y oportunidad fue llevado a cabo por el juez de la instancia y admitido, además, por el magistrado que llevó a cabo la audiencia preliminar, su cuestionamiento en el debate resulta extemporáneo y carece de fundamento su declaración de nulidad”⁹⁷.

5. b ii Naturaleza jurídica de declaración testimonial del menor en cámara Gesell.

La declaración en Cámara Gesell no es una pericia, tal como ya se adelantara en el punto 5 a. Se trata, mas bien, de una testimonial de características especiales, reservada solo para personas de dieciocho años o víctimas de hechos que la hayan afectado psicológicamente, por lo que la ley dispone un procedimiento particular, dado que no pueden ser interrogados en forma directa por el tribunal o las partes, sino a través de un profesional de la salud, como lo contempla el rito provincial.

Se ha sostenido que “(...) la entrevista del presunto damnificado menor de edad en los términos del art. 250 bis, CPPN, no puede ser considerada técnicamente una pericia, sino que el procedimiento previsto por el legislador es una forma de resguardar la declaración testimonial de un niño, equiparable como se dijo, a una audiencia testimonial (...) Tampoco se trata de una medida de prueba definitiva y, si bien puede ser reproducida, debe resaltarse que la entrevista fue grabada (arts. 200 y 202, CPPN) por lo que, no obstante el efecto que aquélla pueda tener a futuro, eventualmente, en la etapa ulterior del proceso, tal cuestión resultará, en definitiva, materia de estudio por parte los magistrados que les corresponda intervenir de acuerdo a la línea jurisprudencial dictada sobre la materia (CNCP, Sala I “A.”, rta. 11/2/99 y

⁹⁷ STJCh, caratulados: “Acheritobehere, Edgardo Daniel s/ p.s.a. Abuso sexual simple agravado- víctima M. M. S. – Sarmiento-” Sentencia N° 22/2016, fecha 6/06/2016.

Sala III, "N.", del 10/8/00 citados en recurso n° 32.169 de esta Sala, "M.", rto: 13/9/07, entre otras).

En consecuencia, podemos afirmar que estamos en presencia de un testimonio de características especiales, que se desarrolla en un ámbito especial con la intervención de un profesional experto que actúa como intermediario entre las partes y el juez.

Desde este punto de vista, no se lesiona el derecho de defensa en juicio ni la posibilidad de controlar la prueba, ya que tanto el defensor como el imputado, previa notificación, se encuentran en otro sector del recinto pudiendo seguir las alternativas del acto y formular las preguntas que estimen convenientes y de ésta forma se garantiza el derecho a interrogar a los testigos de cargo.

5. b iii De la intervención del psicólogo. Interrogatorio.

La intervención del psicólogo que actúa como intermediario entre el testigo y las partes, no importa violación a la garantía del juez natural. El acto procesal es ordenado por la magistratura, el juez sigue ejerciendo la dirección del proceso y controlando la regularidad del interrogatorio, que por la especialidad realiza un psicólogo.

Asimismo, este acto procesal, se encuentra asegurado para el momento del juicio oral ya que es grabada y esa declaración será exhibida y reproducida en audiencia ante el tribunal de juicio.

Otro cuestionamiento que suele presentarse en la praxis diaria, es al tipo y forma de realizar el interrogatorio por el psicólogo, quien debe canalizar las preguntas propuestas por las partes y del modo más prudente para evitar la victimización secundaria del testigo declarante. Por lo que es lógico que la manera y forma de preguntar del psicólogo, se aleje de las técnicas propias de litigación y del lenguaje forense.

Sin embargo, a mas de no perder de vista la vulnerabilidad de la persona que declara, las preguntas que formule el psicólogo, no pueden ser indicativas, es decir contener en sí misma parte o toda la respuesta, tampoco podrían ser capciosas, engañosas con la finalidad de obtener una respuesta que pueda favorecer o perjudicar a la parte, ni sugestivas ni insinuatorias de la respuesta. El juez es quien dirige el procedimiento y controla la regularidad del interrogatorio.

Es por ello que, para el mejor abordaje, se han dispuestos protocolos de entrevistas estructuradas⁹⁸.

M. Steller y G. Khönken elaboran en 1989 de 19 criterios agrupados en cinco categorías para evaluar los testimonios, entre ellos la estructura lógica, ya que el testimonio verdadero tiene sentido global, la elaboración es desestructurada, cuando es falsa tiende a ser lineal, la

⁹⁸ El Servicio de Asistencia a la Víctima del Delito en Chubut, elaboró el Programa de contención metodológica para víctimas y testigos, aprobado por Procurador General PG N° 3/11.

cantidad de detalles, descripción de interacciones, la reproducción de conversaciones, detalles inusuales superfluos, alusiones al estado mental de la víctima, forma en que se desarrolló la entrevista y motivación para informar en falso. Estos criterios de validación del testimonio, se conjugan con la información obtenida a través del denominado CBCA (Análisis de Contenido Basado en Criterios) y del estado de las reglas de validez, se determina la credibilidad del testimonio, el que se ajusta a las características de muy a lo mejor creíble, probablemente creíble, indeterminado, a lo mejor increíble y muy probablemente increíble⁹⁹.

A partir de ello, es posible que los NNyA puede proveer información confiable, ero esta posibilidad está relacionada mas con la capacidad del entrevistador y su habilidad para cooperar que con la memoria del niño sobre el hecho¹⁰⁰.

Ha resuelto la Corte de la Provincia de Córdoba “Constituye una regla de la experiencia común, que el relato de un niño/a no puede ser objeto de un control de logicidad de la misma estrictez que el de un mayor de edad, como evidencia el tratamiento que se le dispensa en otros ámbitos de su vida de relación familiar, escolar, social, etc. Lo cual es claramente corroborado por la psicología, que subraya tales peculiaridades, tornando aconsejable el acompañamiento de tal valoración con las conclusiones de las pericias psicológicas que practiquen sobre la víctima. Se trata de consideraciones que se encuentran en plena sintonía con las directrices que emanan de documentos internacionales e incluso con disposiciones que adquieren jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 de la C.N.),... Y la Declaración sobre los principios fundamentales de Justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder (ONU), proclama que [...cada niño tiene derecho a que se le trate como un testigo capaz, y a que su testimonio se presuma válido y creíble, a menos que se demuestre lo contrario...]”¹⁰¹.

Por su parte el STJ Chubut, en caso “Suarez” sostuvo que “...El testigo niño es un testigo “especial” en tanto merece protección “especial”; pero no es un testigo calificado, en todo caso sus dichos son obtenidos mediante procedimientos especiales (para su protección) y sometidos a sistemas de validación diferentes que – en interacción- son analizados por los jueces en el marco en que se ha expuesto...” y agrega en relación a la actuación del profesional psicólogo interviniente “...Hay que ser precavidos, en el análisis de los testigos niños cuando el interrogatorio es intermediado por un profesional, cuya intervención, aún quiera que no, puede

⁹⁹ Citado por Eugenio Sarabayrouse en su artículo “*Valoración de la prueba, testigo único en los delitos contra la integridad sexual y el caso de las niñas y niños*” en Género y Derecho Penal. Directores: Javier E. de La Fuente - Genoveva Cardinalli. Editorial: Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, Año 2021, p. 463-495.

¹⁰⁰ En Estados Unidos, se elaboró el protocolo NICHD (National Institute of Child Health and Human Development) como consecuencia de los casos judiciales ocurridos en la década de 1980 y 1990, casos Friedman, Michaels, ocurridos en New Jersey y Montessori, en la ciudad alemana Borken y Coesfeld. (Género y Derecho Penal, ob. Idem p. 468).

¹⁰¹ Córdoba TSJ, “Pedrera, Roberto p.s.a. Promoción a la corrupción.” s/Recurso Casación. 5/4/2010.

interferir de algún modo si no en la evocación de los recuerdos, pienso, no pueden manipularse en ese breve lapso al menos en la manifestación...”¹⁰².

Las críticas efectuadas por la defensa al interrogatorio realizado por el profesional psicólogo, también han sido consideradas por el máximo tribunal provincial en caso “Oyarzo”. Allí sostuvo que “...No concuerdo con la defensa cuando consideró que las preguntas puntuales realizadas por la Lic. Díaz en la cámara Gesell fueron una provocación del relato y una interferencia en el discurso de la niña, pues pierde de vista lo difícil es para toda víctima de violencia sexual brindar de manera espontánea información acerca de situaciones tan traumáticas, con la consecuencia de tener que revivir sus sufrimientos ante personas extrañas e interesadas en la averiguación de la verdad. Las técnicas de interrogación que la Lic. Díaz desarrolló para lograr que la niña relatara fielmente lo sucedido, fueron destrezas profesionales tendientes a estimular la narración de la pequeña y no una inducción de su relato”¹⁰³.

¹⁰² STJCh, caratulados: “Suárez, Nancy s/ Dcia. Abuso Sexual representación nieta menor –s/ Impugnación” (Expediente N° 22156 – F° 15 - Año 2010 - Letra “S”). Sentencia N° 50. Fecha: 7/05/2012.

¹⁰³ STJCh, caratulados: “Oyarzo, Raúl Alberto s/ Abuso sexual en la modalidad de acceso carnal agravado....” (Expte. N° 20.987 – O –2007). Sentencia N° 48/2008. Fecha: 2/07/2008.

Capítulo VI: La declaración de la niña víctima de violencia de género.

En los casos de abuso sexual, cabe poner en relieve, la doble condición de la niña, que en el caso confluyen tanto de menor de edad como de mujer, que la vuelve particularmente vulnerable a la violencia.

La CIDH sostuvo que la violencia contra la mujer no solo constituye una violación de los derechos humanos, sino que es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres¹⁰⁴, que trasciende todos los sectores de la sociedad independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión y afecta negativamente sus propias bases¹⁰⁴.

6. a. Marco legal.

Al nuevo rol de la víctima, hoy considerada como sujeto procesal en el sistema procesal penal acusatorio, se le ha reconocido un importante catálogo de derechos derivados de la legislación nacional y los tratados internacionales, que en los casos de violencia de género han acentuado su protección.

He marcado en párrafos anteriores, y destacado la importancia de la Convención de los Derechos del Niño, cuando el caso involucra menor de edad¹⁰⁵.

El derecho de la víctima de violencia de género a ser oída, es uno de aquellos que expresamente le está reconocido a nivel nacional en el inciso “F” del artículo 2 la Ley 26.485 de Protección Integral Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales, al decir que “...al acceso a la justicia de las mujeres que padecen violencia...” y garantizado a nivel constitucional en el inciso f del artículo 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres Belém Do Pará¹⁰⁶, cuando el Estado se obligó a “...establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos, tal como lo expresa”.

El Código Procesal Penal de Chubut no es ajeno a este reconocimiento de derechos, y tan es así que el Título III refiere a la víctima y sus derechos fundamentales, los que son operativos

¹⁰⁴ CIDH Caso “Rosendo Cantú y otra vs. México”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2010, Serie C nº 216, párrafo 108.

¹⁰⁵ Ver Capítulo IV, Punto “4. a” «El corpus juris de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes: deber especial de protección».

¹⁰⁶ Tratado OEA, de fecha 9/06/1994, ratificada por nuestro país mediante Ley 24.632.

desde los primeros momentos de su intervención, detallando además que la información abarca el derecho a ser asistido por un Centro de Asistencia a la Víctima u organismo pertinente, aun sin asumir el carácter de querrela.

La Ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, particularmente en su artículo 4 define "... se entiende por violencia contra las mujeres toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad persona...". A su vez, el artículo 5.3 define a la violencia sexual como "...cualquier acción que implique la vulneración de todas sus formas, con o sin acceso genital, del derecho de la mujer de decidir voluntariamente acerca de su vida sexual o reproductiva a través de amenazas, coerción, uso de la fuerza o intimidación, incluyendo la violación dentro del matrimonio o de otras relaciones vinculares o de parentesco, exista o no convivencia, así como la prostitución forzada, explotación, esclavitud, acoso, abuso sexual y trata de mujeres".

Por su parte, el Decreto Reglamentario de la Ley de Protección Integral a las Mujeres N° 1011/2010, en el artículo 4° precisa que la "relación desigual de poder...se configura por prácticas socioculturales históricas basadas en la idea de inferioridad de las mujeres o la superioridad de los varones, o en condiciones estereotipadas de hombres y mujeres, que limitan total o parcialmente el reconocimiento o goce de los derechos de éstas, en cualquier ámbito en que desarrollen sus relaciones interpersonales".

Estas situaciones, se producen en aquellas relaciones de pareja que dimanen de ciertas características que podrían considerarse como constantes, cuales son: el control de la mujer como sinónimo de posesión y con la idea de dominarla; los celos patológicos; el aislamiento de la víctima de su familia y amigos para perpetuar la violencia; el acoso, que embota las capacidades críticas y el juicio de la ofendida; la denigración y las humillaciones y las indiferencias ante sus demandas afectivas, la aplicación de roles de género socialmente asignados, entre otras.

La CEDAW¹⁰⁷ en su artículo 4 destaca la importancia de responder a la violencia de género de manera diligente, estableciendo que los Estados deben actuar con la debida diligencia para prevenir e investigar todo acto de violencia contra las mujeres sea que éste sea perpetrado por el Estado o por un particular.

La Recomendación General N° 19: La Violencia Contra La Mujer, CEDAW, en el 11° período de sesiones (29/01/1992) sostuvo que "...En virtud del derecho internacional y de pactos específicos de derechos humanos, los Estados también pueden ser responsables de actos privados si no adoptan medidas con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia e indemnizar a las víctimas...".

¹⁰⁷ Sigla en inglés de Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, tratado de la ONU de fecha 18/12/79 y ratificada por nuestro país por Ley 23.179, 3/06/85.

La Ley XV N° 26 de la Provincia del Chubut, de Protección Integral e Igualdad de Oportunidades y Equidad de Género, reconoce la especial protección del derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado.

La violencia contra las mujeres importa una grave violación a los derechos humanos más básicos, un supuesto de discriminación en razón del género.

La sanción de todas las leyes reseñadas y la ratificación de tratados internacionales, conforman un bloque normativo de singular importancia en materia de violencia de género y de protección de los niños que ponen de manifiesto el interés de Estado en la erradicación de la violencia contra la mujer.

El Dr. Jorge Buompadre señala que "...Teniendo en cuenta que la Convención internacional es directamente operativa en el marco de los ordenamientos internos de los países firmantes que la han ratificado, más aún cuando se trata de la protección de derechos humanos, y que sus normas implican una manda de inevitable cumplimiento, el legislador se encuentra obligado, como lo establece el artículo 7 c-a a incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso. Por lo tanto, el Estado Argentino ha asumido un compromiso que debe cumplirlo para evitar la condena internacional: tipificar penalmente en forma autónoma las diversas formas de acoso a la mujer que se encuentran previstas en el acuerdo internacional. Solo de este modo, el estado podrá garantizar, como manda el Tratado, el derecho de la mujer a que se respete la dignidad inherente a su persona (art. 4.e)"¹⁰⁸.

"En orden a toda la normativa de contexto - Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (art. 75 inc 22, C.N.), la Convención de Belem do Pará (art. 75 inc 22, C.N.), la Ley de Protección Integral a la Mujer, la Ley 26485, la Ley XV N° 26 de la Provincia del Chubut, la Convención de los Derechos de los niños, niñas y adolescentes (art. 75 inc 22, C.N.)- el principio del interés superior del niño proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños, niñas y/o adolescentes en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos y, de tal modo, frente a un presunto interés del adulto, se impone priorizar el del niño...Además, este marco normativo de jerarquía suprema, claramente reconoce que la violencia contra la mujer, incluye la violencia sexual y psicológica dentro de la familia o fuera de ese ámbito, comprendiendo violación, maltrato o abuso sexual y obliga a la aplicación de la ley en todo el territorio. Asimismo, la CIDH afirma que la violencia sexual contra las niñas y mujeres, es una de las manifestaciones más claras de una cultura patriarcal que fomenta el control del cuerpo y sexualidad de las mujeres..."¹⁰⁹.

¹⁰⁸ Buompadre, Jorge E. « *Violencia de Género, Femicidio y Derecho Penal- Los nuevos delitos de género-* ». Editorial: Alveroni.Córdoba. Año: 2013, ps 22 y ss.

¹⁰⁹ Colegio de Jueces de Trelew, caratula "F.N.A. S/ Dcia.en rep. hija menor - Trelew- Carpeta Nro. 8406 – Tribunal Colegiado – Oficina Judicial Trelew." Sentencia N° 1371/2021, Fecha: 27/05/2021.

6. b Valoración de la declaración del testigo único. Principio de amplitud probatoria. Perspectiva de Género.

Existen, y lamentablemente aún, muchos prejuicios por parte de la sociedad respecto de la credibilidad del relato de una víctima de abuso sexual. Y mucho más cuando ese develamiento ocurre mucho tiempo después. La víctima suele demorar la revelación del abuso sexual por temor a una reacción negativa de su entorno, por no quedar expuesta, por no ser estigmatizada, a la desesperanza frente a la eficacia del sistema judicial, prefiere el silencio y opta por callar.

En relación con los casos de violencia sexual, la Corte Interamericana ha establecido que "las agresiones sexuales se caracterizan, en general, por producirse en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor o los agresores. Dada la naturaleza de estas formas de violencia, no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales y, por ello, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho. Asimismo, al analizar dichas declaraciones se debe tomar en cuenta que las agresiones sexuales corresponden a un tipo de delito que la víctima no suele denunciar, por el estigma que dicha denuncia conlleva usualmente. La Corte, igualmente, ha tenido en cuenta que las declaraciones brindadas por las víctimas de violencia sexual se refieren a un momento traumático de ellas, cuyo impacto puede derivar en determinadas imprecisiones al recordarlos. Por ello, la Corte ha advertido que las imprecisiones en declaraciones relacionadas a violencia sexual o la mención de algunos de los hechos alegados solamente en algunas de éstas no significa que sean falsas o que los hechos relatados carezcan de veracidad" ("Caso Espinoza González vs. Perú", sentencia del 20 de noviembre de 2014, párrafo 150; en el mismo sentido, "Caso Fernández Ortega y otros vs. México", sentencia del 30 de agosto de 2010, párrafos 100 Y 104, "Caso Rosendo Cantú y otra vs. México", sentencia del 31 de agosto de 2010, párrafo 89, y "Caso J. vs. Perú", sentencia del 27 de noviembre de 2013, párrafos 323 y 324).

En los procedimientos judiciales vinculados con la problemática de la violencia doméstica, la prueba de los hechos denunciados por la víctima no es una tarea simple y ello es así porque se trata de hechos que normalmente transcurren en la intimidad o en circunstancias en las que solo se encuentran presentes la víctima y el agresor, por ello, en este tipo de supuestos, los testimonios de las personas directamente involucradas en el conflicto cobran mayor relevancia para analizar y confrontar las diferentes hipótesis en cuanto a las circunstancias en las que presumiblemente habría sucedido el hecho denunciado y, especialmente, reviste fundamental entidad el relato de la ofendida que tiene que ser recibido con las debidas garantías, para

posibilitar su contradicción por el sujeto ofensor que es llevado a juicio. (Expte. n° 8796/12 “Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Legajo de requerimiento de elevación a juicio en autos Newbery Greve, Guillermo Eduardo s/ inf. art. 149 bis CP’).

El testimonio de la víctima en los supuestos de violencia doméstica, tiene en sí mismo valor de prueba para enervar la presunción de inocencia, siempre que se efectúe con las debidas garantías de manera tal que el involucrado pueda desvirtuar el relato de la denunciante, si lo estima pertinente.

Es importante señalar –reitero-, el ámbito y contexto en que se desarrolla los abusos sexuales y se ejerce la violencia doméstica, los que suelen ocurrir en la intimidad, exentos de las miradas de terceros por lo que la declaración de testigo único adquiere especial relevancia para el esclarecimiento del hecho.

La valoración de la prueba en los delitos cometidos contra las mujeres en un contexto de violencia de género, ha provocado no pocas discusiones en los últimos tiempos tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

Ello nos conduce a analizar la validez del testimonio único, ya que generalmente se sostiene es el único medio probatorio incriminante en que se basa una sentencia condenatoria.

Sancinetti, efectúa una fuerte crítica a la forma en que estos tipo de delitos son juzgados en los tribunales, asegura que la metodología aplicable por los jueces es violatoria de las garantías procesales del imputado, del principio de igualdad e inocencia. Se pregunta ¿es acaso es razonable llevar adelante una acusación sobre los dichos de la supuesta víctima, sin corroboraciones objetivas? En principio dice, las palabras son una prueba insuficiente de la materialidad del hecho, menos si provienen de una sola persona y si ésta es la propia víctima. Del otro lado, el psicodiagnóstico efectuado al menor víctima de abuso, pareciera convertir al dictamen del psicólogo forense en un instrumento necesario de validación del testimonio del menor, en el que frecuentemente se recurre a frases como “no tendencia a la fabulación”, “no presenta signos de mitomanía”. Advierte vulneración al principio de igualdad, cuando el acusado se dice inocente no se hacen dictámenes periciales que indiquen que el acusado no tiende a la fabulación, el valor de su palabra es desmerecido simplemente porque es el imputado. Destaca que la apreciación de la prueba por el principio de libre valoración no libera al juzgador de brindar un razonamiento lógico y razonable¹¹⁰.

¹¹⁰ Sostiene el autor que habría que reverdecir la máxima de que el testigo único no es suficiente para constituir una prueba, mucho menos si ese testigo “es parte del proceso”. La palabra “víctima”, que en los últimos 25 años ha tenido un notorio “prestigio” en el sistema del Derecho Penal es la trampa del “principio de inocencia”. Ella es la menos autorizada para crear por sí misma “la prueba” de un hecho punible. Contra eso no se puede argumentar sobre la base de la “libre valoración de la prueba”. primeramente habría que demostrar que tal palabra “es una prueba”. En segundo lugar, porque la libre valoración de la prueba no puede infringir las “leyes del pensamiento” ni “las máximas de la experiencia. Mientras la Psicología de la declaración no pueda aportarnos un sistema de “análisis de validez de la declaración” que esté muy por encima de un 70% de probabilidad de acierto, condenar sobre la base de la palabra de un solo testigo y adosarle a esto que uno logra “la convicción subjetiva” por esa vía,

Eugenio Sarrabayrouse, por el contrario, considera que las críticas de Sancinetti no deberían conducir a la modificación de las reglas de valoración de la prueba como propone, sino a modificar y mejorar tres aspectos del proceso penal, a saber la fundamentación de la cuestión fáctica de la sentencia, la investigación y la forma en que se obtienen los testimonios de las víctimas presuntas de abusos sexuales y la elaboración de los dictámenes psicológicos.

Las dificultades probatorias, que son propias de este tipo de delito, no deben llevar a conducir a ni la impunidad de su autor ni al retorno de la prueba tasada. Exigen, por el contrario de un mayor esfuerzo por parte de los investigadores en la obtención de los elementos de prueba capaz de destruir el estado de inocencia que goza el imputado. Tomando como punto de partida que la principal prueba de cargo siempre lo es la declaración de la víctima, siempre que no surjan elementos que pongan en duda sus dichos¹¹¹, analizados con la cautela necesaria a fin de evitar la revictimización y/o culpabilización por los hechos vividos y que ha denunciado¹¹². En este orden de ideas, para este tipo de delitos, el principio de amplitud probatoria marca la senda para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos, tal como lo establece el artículo 16 inciso 1° de la Ley 26.485 de Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales.

siempre infringirá “una máxima de experiencia”, a saber: que no se puede llegar a la seguridad, más allá de toda duda razonable, de que la declaración sea veraz. (Las imputaciones por abuso sexual libradas a la arbitrariedad del denunciante por el Prof. Dr. Dr. h. c. Marcelo A. Sancinetti)

¹¹¹ Es admisible como prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia la declaración de la víctima... siempre que el testimonio no aparezca invalidado por razones objetivas y no provoque dudas a los Tribunales que le impidan formar su convicción, y así en el testimonio de la víctima habrán de concurrir: a) ausencia de incredibilidad subjetiva derivada de las relaciones entre el acusado y la víctima que permitieran deducir móviles de resentimiento, enemistad o venganza en la segunda, que privase al testimonio de aptitud para generar ese estado subjetivo de servidumbre en que la convicción judicial estriba esencialmente. b) Verosimilitud, que se consigue mediante la corroboración del testimonio por medio de datos objetivos que doten de aptitud probatoria. En definitiva, lo decisivo es la constatación de la real existencia del hecho. c) Persistencia en la incriminación, en las manifestaciones de la víctima. Esta habrá de ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones que habrán de mantenerse en el tiempo firme. (Valoración de la declaración de la víctima como única prueba de cargo en los delitos sexuales, en LegalToday)

¹¹² TSE, Sentencia N° 570/2021, Fecha: 29/06/2021. El hecho de que la prueba esencial fundante de la condena sea básicamente un testimonio, el de la víctima, es compatible con la presunción de inocencia... La palabra de un solo testigo, sin ninguna otra prueba adicional, puede ser suficiente en abstracto para alcanzarla convicción subjetiva. Ahora bien, la exigencia de una fundamentación objetivamente racional de la sentencia hace imposible fundar una condena sobre la base de la mera "creencia" en la palabra del testigo, a modo de un acto ciego de fe... En los casos de "declaración contra declaración" (normalmente no aparecen esos supuestos de esa forma pura y desnuda, despojada de otros elementos), se exige una valoración de la prueba especialmente profunda y convincente respecto de la credibilidad de quien acusa frente a quien proclama su inocencia. Cuando una condena se basa en lo esencial en una única declaración testimonial ha de redoblarse el esfuerzo de motivación fáctica... La testifical de la víctima, así pues, puede ser prueba suficiente para condenar. Pero es exigible una motivación fáctica reforzada que muestre la ausencia de fisuras de fuste en la credibilidad del testimonio.

Principio éste, que es reafirmado a su vez en el artículo 31 de la citada norma "...regirá el principio de libertad probatoria para acreditar los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica...".

En ese sentido y concordante con ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹¹³ ha señalado en diversos precedentes que la investigación penal en casos de supuestos actos de violencia contra la mujer debe incluir la perspectiva de género.

La perspectiva de género exige que el relato que realiza la mujer de haber sido víctima de actos violentos protagonizados por el hombre se evalúe eliminando estereotipos que tratan de universalizar como criterios de racionalidad simples máximas de experiencia machistas¹¹⁴, prejuicios en relación a la edad de la víctima, su forma de vida o tiempo en que realiza la denuncia, deben ser desechados¹¹⁵.

Analizar los casos de violencia contra la mujer con perspectiva de género, nos permite romper con conductas estereotipadas aceptadas como naturales por mandato social, en el que la mujer asume un rol solo porque es "su obligación natural" viéndose impedida por esa misma razón de realizar otro tipo de comportamiento, reservados generalmente para el hombre por su condición de tal, por cuanto se pone de manifiesto el lugar y significado que tiene ser varón y mujer en una sociedad determinada y no por su determinación biológica.

¹¹³ CIDH casos "Veliz Franco y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas", sentencia de 19 de mayo de 2014, párr. 188; "Espinoza Gonzáles Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas", sentencia de 20 de noviembre de 2014, párr. 309 y "Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas", sentencia de 19 de noviembre de 2015, párr. 146

¹¹⁴ Destaca José Luis Ramírez Ortiz, entre otros, v.gr.: el estereotipo de «víctima ideal» que, tras sufrir el hecho, lo denuncia inmediatamente, mantiene siempre un relato idéntico de lo acontecido y se aísla socialmente; el estereotipo de mujer sexualmente disponible para cualquier hombre, inducido de datos con pretendido valor indiciario tales como su vestimenta, su estado de embriaguez o el lugar y hora de la noche en la que se le encuentra y, frente a él, el de la mujer decente; o los estereotipos de la buena esposa o buena madre. («El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género». Quaestio facti-Revista internacional sobre razonamiento probatorio. Año: 2020).

¹¹⁵ El TSE mediante Sentencia N° 69/2020 de la Sala Penal, sostuvo que "...En reiteradas ocasiones ha tenido ya oportunidad de destacar nuestra jurisprudencia que la circunstancia de que la 'denuncia sea presentada, especialmente en relación con esta clase de delitos, con cierta demora o después de haber transcurrido, incluso, varios años, sin perjuicio de que deba ser ponderada con relación a cada caso concreto, no resta, de manera automática, veracidad a la declaración testifical de la víctima. Es obvio que quien sufre las consecuencias de un hecho delictivo, especialmente cuando se trata de un suceso grave, no tiene, por lo general, entre sus preocupaciones inmediatas la presentación de la denuncia, debiendo hacer frente a otras inquietudes o necesidades que le obligan a ponderar serenamente la conveniencia de dar inicio al correspondiente procedimiento penal. Por lo regular, en estos casos, se halla o cree hallarse la víctima en una encrucijada muy distinta al escenario de ecuanimidad, tranquilidad o seguridad, que les demandan quienes exigen la inmediata reacción "procesal" ante la agresión padecida. Son muchas las consideraciones que pesan en el ánimo de quienes sufren esta clase de hechos delictivos, las dudas e inquietudes que les acucian, todo lo que sobradamente justifica la necesidad de un periodo de reflexión, mayor a veces y menor en otras ocasiones, antes de resolverse a interponer la correspondiente denuncia."

La CSJN en caso "Rivero"¹¹⁶, haciendo propios el dictamen del Procurador General, hizo lugar al recurso de queja contra la sentencia absolutoria por hechos de abusos sexuales al no haberse efectuado una correcta valoración de los elementos probatorios sentencia. Sostuvo el Procurador General tanto "...el tribunal oral como el a quo pasaron por alto los criterios para la correcta valoración de la prueba en casos como el presente, en la medida en que cuestionaron la confiabilidad del testimonio de la víctima a partir de la diferencia que presentarían sus declaraciones acerca de la cantidad de veces que fue obligada a practicar sexo oral al acusado..."¹¹⁷. Tal proceder implicó, además, menospreciar lo declarado por aquélla sobre las oportunidades en que habría sido accedida carnalmente por el acusado a pesar de que en este aspecto no existieron discrepancias -en todas sus declaraciones dijo que ocurrió tres veces-, lo que, en mi opinión, constituye una patente arbitrariedad. Y agrega que lo mismo ocurrió con la otra víctima "...el tribunal y el a quo pusieron en duda el testimonio de la víctima por el término que -según el testigo- habría empleado en aquella oportunidad -acoso-, sin atenderse en ambas instancias al criterio antes expuesto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, según el cual no es necesario que la calificación que la mujer dé a los hechos coincida con la definición jurídica. Critica la argumentación del fallo impugnado que fue construida sobre un estereotipo según el cual una mujer que fuese desenfadada en sus expresiones o comportamientos sexuales con alguna persona en particular, no podría proceder con timidez al referirse a hechos de violencia sexual de los que fue víctima. A la par de sostener que la valoración probatoria fue sesgada, fragmentaria y aislada del resto de la prueba de cargo"¹¹⁸. En un sentido similar, el Tribunal Supremo Español sostuvo "...En los casos de agresiones sexuales la sensibilidad debe ser todavía mayor en cuanto que, las manifestaciones de las víctimas menores, les hace revivir públicamente acontecimientos que han impactado necesariamente sobre su equilibrio psicológico y emocional. Es necesario extremar la delicadeza en la selección y admisión de las preguntas pertinentes, evitando las que sean

¹¹⁶ CSJN, caso "Rivero, Alberto y otros/ abuso sexual – art. 119 3° párrafo y violación según párrafo 4to. art. 119 inc. e". FRE 8033/2015/TO1/6/RH1. Fecha: 03/03/2022.

¹¹⁷ Refirió el Procurador General a lo resuelto por la CIDH en relación a "las declaraciones brindadas por las víctimas de violencia sexual se refieren a un momento traumático de ellas, cuyo impacto puede derivar en determinadas imprecisiones al recordarlos. Por ello, la Corte ha advertido que las imprecisiones en declaraciones relacionadas a violencia sexual o la mención de algunos hechos alegados solamente en algunas de éstas no significa que sean falsas o que los hechos relatados carezcan de veracidad" (sentencia en el caso "Espinoza González vs. Perú", citada, parágrafo 15 O).

¹¹⁸ Con cita de fallos de la CIDH, fundó su posición y en particular al referir "lo precisado por la Comisión Interamericana en su informe temático sobre 'Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia' en el sentido de que la influencia de patrones socioculturales discriminatorios puede dar como resultado una descalificación de la credibilidad de la víctima durante el proceso penal en casos de violencia y una asunción tácita de responsabilidad de ella por los hechos, ya sea por su forma de vestir, por su ocupación laboral, conducta sexual, relación o parentesco con el agresor, lo cual se traduce en inacción por parte de los fiscales, policías y jueces ante denuncias de hechos violentos. Esta influencia también puede afectar en forma negativa la investigación de los casos y la valoración de la prueba subsiguiente, que puede verse marcada por nociones estereotipadas sobre cuál debe ser el comportamiento de las mujeres en sus relaciones interpersonales" (caso "González y otras -Campo Algodonero- vs. México", sentencia del 16 de noviembre de 2009, parágrafo 400).

innecesarias en relación con el objeto del proceso y rechazando, como es lógico, todas aquellas que traten de menoscabar su dignidad o que busquen impactar al menor haciéndole perder la necesaria estabilidad psíquica en la prestación de su testimonio. Por otro lado, la confrontación directa y personal entre la víctima menor de una agresión sexual y su agresor adquiere caracteres dramáticos cuando éste, es además su padre o una persona estrechamente relacionada con el círculo familiar, por lo que cualquier medida encaminada a suavizar estas tensiones, sin vulnerar por ello las garantías de defensa, está perfectamente justificada y encaja en las previsiones de un sistema procesal compatible con una sociedad democrática...¹¹⁹.

Tanto el principio de amplitud probatoria como el análisis desde la perspectiva de género, permiten que la declaración de la víctima, único testigo presencial del hecho, pueda ser corroborado con otros medios probatorios objetivos, partiendo de las características comunes de la violencia domestica, que servirán como indicios de la existencia de un vínculo violento, aún cuando los hechos hubieran acaecido en un ámbito privado, como es habitual. "...Conocer estos indicadores y buscarlos en el testimonio de la víctima y luego en su círculo íntimo permitirá confrontar un cuadro probatorio que ayudara al juez a conformar la convicción necesaria para cree en la versión de la damnificada..."¹²⁰.

El Tribunal Colegiado, de la Oficina Judicial de Trelew, sostuvo que "... tal como lo mandan las normas convencionales y legales vigentes, las características de los hechos ventilados en el debate, así como la condición de niña mujer de la víctima y las condiciones de su agresor, exigen ponderar la prueba desde la perspectiva de género y de los derechos del niño, conforme surge de ...en particular, en relación a la valoración probatoria, dispuesto por el artículo 16, inciso i) de la ley 26.485, referida a la exigencia de "amplitud probatoria ..." ¹²¹.

Jurisprudencialmente se han venido estableciendo una serie de parámetros o criterios que deben tomarse en consideración para valorar el testimonio del único testigo.¹²²

El Superior Tribunal de la Provincia de Chubut, sostuvo en el caso "Alvarado" que "... este relato es orientador en cuanto a brindar un panorama de lo que le sucediera a la menor víctima, pero no se convierte en el único elemento imputativo, sino que se corrobora además, por otros elementos que arrojan luz para el esclarecimiento del ilícito, en contra de lo sostenido por la Defensa Técnica, quien tuvo la posibilidad concreta de controlar la prueba traída a debate....Ni

¹¹⁹ Tribunal Supremo Sala de lo Penal Sede: Madrid Sección: 1 Fecha: 26/04/2000 N° de Resolución: 706/2000 Id Cendoj: 28079120012000103024

¹²⁰ Así lo refiere Genoveva Cardinali en «La perspectiva de género en la investigación penal» en Género y Derecho Penal. ob. Idem ps 397 y ss.

¹²¹ Colegio de Jueces de Trelew "F.N.A", ya citado.

¹²² STS 355/2015, de 28 de mayo, "es claro que estos parámetros de valoración constituyen una garantía del derecho constitucional a la presunción de inocencia, en el sentido de que frente a una prueba única, que procede además de la parte denunciante, dicha presunción esencial solo puede quedar desvirtuada cuando la referida declaración supera los criterios racionales de valoración que le otorgan la consistencia necesaria para proporcionar, desde el punto de vista objetivo, una convicción ausente de toda duda racional sobre la responsabilidad del acusado".

el testigo único ni el incorrectamente denominado “testigo de oídas” son inaceptables en tanto fuentes de prueba, en un contexto determinado, aún cuando fueren de cargo. Mucho menos el relato de un menor víctima de un delito sexual, o las opiniones técnicas a partir de las cuáles se forma convicción... el juicio sobre la convicción acerca de la virtud de un testigo para emitir un predicado no es una cuestión de fe, entendida ésta como la creencia en algo por la autoridad o la fama de quien lo emite. Todo testigo ha de ser examinado en sí y en relación con las demás evidencias que nutren el debate, otra manera de dar contenido a las categorías “coherencia interna” o “externa” de un relato que orbitan alrededor del examen”.

La Cámara Penal de Impugnación de Trelew precedente “Carmona”, ya citado, sostuvo que “...determinar en qué casos y bajo qué condiciones puede considerarse que la declaración de la víctima resulta suficiente prueba de cargo para destruir el estado de inocencia. Ciertamente es que la jurisprudencia de los tribunales, no sólo a nivel local, ha admitido la posibilidad de que una condena penal se funde sólo en los dichos de la víctima, particularmente en casos de delitos de índole sexual, por la modalidad de secreto y ocultamiento en que por lo general ocurren. Pero no menos cierto es que conferir prevalencia a tal declaración frente a la negativa del acusado exige máxima rigurosidad en la valoración y, fundamentalmente, la constatación por parte de los jueces de que concurren ciertas notas o condiciones tipificantes en los dichos de la víctima, capaces de generar la certeza que exige una condena...en la investigación de delitos de índole sexual la declaración de la víctima configura la principal fuente de datos incriminatorios –en la mayoría de los casos única prueba directa de los hechos-, que permite fundar un pronunciamiento de condena. Por tal motivo la credibilidad o verosimilitud de la versión brindada por la víctima debe ser ponderada con especial cuidado y mesura. En tal sentido la doctrina y la jurisprudencia han ido señalando diversas pautas a considerar en el análisis de esos dichos, siendo fundamental verificar: a) la ausencia de móviles espurios b) la coherencia interna y externa del relato c) la persistencia en la incriminación y d) la corroboración periférica del relato con datos de carácter objetivo, entre otros”.

La credibilidad, coherencia, verosimilitud, persistencia, falta de mendacidad en la incriminación que se desprenda del testimonio de la víctima de violencia doméstica será un factor determinante y decisivo para la reconstrucción histórica de lo ocurrido, en la medida en la cual se concluya que dicho relato no presenta fisuras, pues lo contrario importaría que estos hechos, que tienen lugar puertas adentro o en ámbitos de relativa invisibilidad, queden impunes por la particular modalidad unilateral y convenientemente escogida por su autor.

6. c La valoración de la prueba única en la jurisprudencia española.

El legislador español ha ido introduciendo pautas específicas de actuación en el proceso penal en los casos en que la víctima es un menor de edad¹²³.

En la exposición de motivos de la Ley del Estatuto de la víctima del delito, señala que la ley tiene "... la vocación de ser el catálogo general de los derechos, procesales y extraprocesales, de todas las víctimas de delitos, no obstante las remisiones a normativa especial en materia de víctimas con especiales necesidades o con especial vulnerabilidad...". Por ello, agrega que cuando las víctimas sean menores de edad el interés superior del niño actúa como guía para cualquier medida y decisión que se tome dentro del proceso penal y que lo involucre.

Se incorporan normas procesales españolas regulan la intervención de la víctima menor de edad tales como el supuesto de pre constitución de prueba o prueba anticipada para el caso de personas especialmente vulnerables¹²⁴.

En los procesos penales por delitos de violencia de género, resulta fundamental la posición adoptada por la víctima, cuya declaración constituirá, con frecuencia, en la única prueba de cargo directa del delito. La credibilidad de la víctima no se cuestiona cuando esta mantiene y defiende con firmeza la misma explicación en todas y cada una de las declaraciones que preste durante la causa¹²⁵.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, en forma pacífica y reiterada ha resuelto que la declaración inculpativa de una víctima de violencia de género puede constituirse en prueba de cargo con entidad suficiente para desvirtuar el estado de inocencia que goza el imputado y fundar la sentencia condenatoria, diseñando una serie de pautas orientativas para abordar la valoración testimonial de la víctima, no obstante, recomienda ser cauteloso y prudente en su valoración por parte del Tribunal. Al tiempo que indicó que estas pautas orientativas tienden a garantizar, en lo posible la exclusión de dicho riesgo, y que sirven al

¹²³ La Ley Orgánica N° 8/2021 (4/06/2021) de Protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, vino a fortalecer el reconocimiento de los derechos de los menores principalmente en relación al de información, asesoramiento, a ser escuchados en los procesos que sean víctimas, a la atención integral, a intervenir en el procedimiento judicial o a la asistencia jurídica gratuita, además de imponer una obligación genérica a todos los ciudadanos de comunicar a las autoridades y en forma inmediata, aquellas situaciones de violencia o indicios de ella observados en niños.

¹²⁴ El artículo 433 de la L.E.Crim, párrafo segundo dispone que "...Los testigos que, de acuerdo con lo dispuesto en el Estatuto de la Víctima del Delito, tengan la condición de víctimas del delito, podrán hacerse acompañar por su representante legal y por una persona de su elección durante la práctica de estas diligencias, salvo que en este último caso, motivadamente, se resuelva lo contrario por el Juez de Instrucción para garantizar el correcto desarrollo de la misma. El Juez ordenará la grabación de la declaración por medios audiovisuales.

¹²⁵ Castro Corredoira, María «*Menores víctimas de violencia doméstica y de género*», en "La víctima en el proceso penal de menores. Tratamiento procesal e intervención socioeducativa". Directora: Estheher Pillado González. Editorial: Dykinson, S.L. Madrid- España- Año: 2022, p. 313-335.

juzgador de instancia como parámetros de referencia a la hora de evaluar la veracidad del testimonio de cargo a fin de extremar la garantía de una decisión acertada.

“...Una vez más, hemos de reiterar la doctrina jurisprudencial emanada de los numerosos casos en los que la convicción inculpatoria se alcanza a través del testimonio de la víctima, que se convierte, además, en testigo único o por lo menos principal. Es necesario depurar con rigor las circunstancias del caso para comprobar si efectivamente concurren los requisitos que se exigen para la viabilidad de la prueba y que son los siguientes: a) Ausencia de incredulidad subjetiva. La comprobación de la concurrencia de este requisito, exige un examen minucioso del entorno personal y social que constituye el contexto en el que se han desarrollado las relaciones entre el acusado y la víctima, cuyo testimonio es el principal basamento de la acusación. Es necesario descartar, a través del análisis de estas circunstancias, que la declaración inculpatoria se haya podido prestar por móviles de resentimiento, venganza o enemistad y, al mismo tiempo, excluir cualquier otra intención espuria que pueda enturbiar su credibilidad. Sólo de esta forma, se puede establecer una primera base firme para llegar a un principio de convicción inculpatoria; b) Verosimilitud del testimonio. No basta con el requisito anterior, sino que también es necesario que nos encontremos ante una manifestación, que por su contenido y matices, ofrezca sólidas muestras de consistencia y veracidad. La mejor forma de conseguir este objetivo pasa por contrastar las afirmaciones vertidas por el testigo, con los demás datos de carácter objetivo que bien de una manera directa o periférica sirvan para corroborar y reforzar aspectos concretos de las manifestaciones inculpatorias. Este apoyo material sirve para reforzar la credibilidad, no sólo de la persona que vierte la declaración, sino también la verosimilitud del dato facilitado. Es evidente que esta exigencia debe aquilatarse y extremarse en aquellos casos en los que el delito, por sus especiales características, no ha dejado huellas o vestigios materiales de su ejecución, y c) Persistencia en la incriminación. Por último debe comprobarse cuál ha sido la postura del testigo incriminador a lo largo de las actuaciones, tanto en la fase de investigación como en el momento del juicio oral. La continuidad, coherencia y persistencia en la aportación de datos o elementos inculpatorios, no exige que los diversos testimonios sean absolutamente coincidentes, bastando con que se ajusten a una línea uniforme de la que se pueda extraer, al margen de posibles matizaciones e imprecisiones, una base sólida y homogénea que constituya un referente reiterado y constante que esté presente en todas las manifestaciones”¹²⁶.

El Tribunal Supremo sostuvo que “...Ciertamente que con el fin de garantizar la credibilidad del testimonio de la víctima, y como criterios de racionalidad, esta Sala ha venido refiriéndose a las notas de ausencia de incredulidad subjetiva, verosimilitud y persistencia en la incriminación. La Sala sentenciadora se refiere a estos criterios de racionalidad o de contraste para garantizar la credibilidad del testimonio de la menor sin encontrar tacha alguna, y en este control casacional nada se encuentra que pueda afirmar que la decisión sobre la aceptación del

¹²⁶ Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Fecha: 26/04/2000 N° de Resolución: 706/2000 Id Cendoj: 28079120012000103024

testimonio de la menor como prueba de cargo, sea decisión inmotivada, gratuita y arbitraria...”¹²⁷.

La cautela y mesura al momento de la valoración del testimonio único se destaca en la sentencia al reconocer que “...existe un amplio espacio dedicado a la valoración de la prueba, ... se ha producido un análisis exhaustivo y metódico de todo el material probatorio obtenido a lo largo de la tramitación de la causa y en el momento del juicio oral...las declaraciones de la víctima o perjudicado tienen valor de prueba testifical, siempre que se practiquen con las debidas garantías y son hábiles por si solas para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia, y de manera específica en los delitos en que por las circunstancias en que se cometen no suele concurrir la presencia de otros testigos (SS. 28-1 y 15-12-95), bien entendido que cuando es la única prueba de cargo exige - como ha dicho la STS. 29-4-97 - una cuidada y prudente valoración por el tribunal sentenciador, ponderando su credibilidad en relación con todos los factores subjetivos y objetivos que concurren en la causa, precisando la STS. 29-4-99 con que no basta la sola afirmación de confianza con la declaración testimonial cuando aparece como prueba única, la afirmación ha de ir acompañada de una argumentación y esta ha de ser razonable por encontrarse apoyada en determinados datos o circunstancias...” y agrega que “... las declaraciones de la víctima no son asimilables totalmente a las de un tercero, por ello cuando el Tribunal Constitucional... señala que la declaración de la víctima o denunciante puede ser prueba hábil para desvirtuar la presunción de inocencia, incumbiendo su valoración al tribunal sentenciador, ello no significa, desde luego, que con dicha declaración quede automáticamente desvirtuada la presunción de inocencia, en el sentido de que se invierta la carga de la prueba, dándose ya por probada la acusación e incumbiendo al acusado desvirtuar su presunta presunción de certeza de la acusación formulada, sino únicamente que dicha prueba no es inhábil a los efectos de su valoración como una prueba más, por el tribunal sentenciador, el cual debe aplicar obviamente, en esta valoración, criterios de razonabilidad que tengan en cuenta la especial naturaleza de la referida prueba...”¹²⁸.

El TSE en sentencia 570/2021 sostuvo que “...la valoración probatoria ha de venir presidida por la cautela, la unicidad de la prueba de cargo imponga o refuerce la necesidad de ponderar con detalle los aspectos que conforman esta fuente única de información probatoria... la valoración del testimonio único, deberá ponderarse su credibilidad subjetiva, -- cuidando de reparar en la posible existencia de móviles o propósitos espurios que pudieran estar animando el testimonio; y ponderando también las cualidades personales del testigo vinculadas a su capacidad de percepción--; su credibilidad objetiva, --que tomará en cuenta la solidez y persistencia de su relato--; y analizando, por último, el posible concurso de elementos objetivos, en tanto ajenos a la sola voluntad del testigo de cargo, que pudieran corroborar, al menos, ciertos aspectos

¹²⁷ Tribunal Supremo. Sala de lo Penal Fecha: 05/12/2000, Nº de Resolución: 1845/2000 Id Cendoj: 28079120012000102526.

¹²⁸ Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Fecha: 25/10/2006. Nº de Resolución: 1030/2006 Id Cendoj: 28079120012006101037.

colaterales o periféricos del relato (ya que no los nucleares pues, en tal caso, no estaríamos, en realidad, ante un testimonio único).

Así "...la declaración prestada por la denunciante, se torna adecuado exponer previamente ciertos criterios aplicables a la valoración de lo declarado por un testigo único, en particular cuando que se trata, como en el caso, de acusaciones de abuso sexual del que el testigo se dice víctima. Con frecuencia la reconstrucción del hecho de la acusación depende de modo decisivo del relato de quien aparece como víctima... Al sopesar las informaciones de un testigo, debe examinarse la existencia de razones objetivas que quiten valor de convicción a su testimonio. He señalado que en la crítica del testimonio se han de observar, al menos, tres abordajes: a) la veracidad, entendida como ausencia de indicios de mendacidad, que podrían sospecharse, por ejemplo, de las relaciones de interés del testigo, o de relaciones de amistad, enemistad, ánimo de favorecimiento o de perjuicio; b) la verosimilitud, que debe ser investigada en el examen intrínseco del contenido de la declaración, y en la medida de las posibilidades por su confrontación con otros elementos de prueba o de otros datos o informaciones disponibles que pudieran ser corroborantes o poner en duda la exactitud de lo declarado; y c) la persistencia o las vacilaciones en la incriminación"¹²⁹

Diversos pronunciamientos de la justicia provincial han dado crédito al valor de la declaración testimonial del único testigo, considerándolo como un importante medio probatorio en este tipo de delitos, el cual debe ser analizado con el marco del principio de libertad probatoria consagrada en la normativa nacional y con perspectiva de género.

¹²⁹ CNCC, Sala I. "Barrios". Causa N° 6292/2015. Registro N° 1182/2018. 25/9/2018.

Capítulo VII: La declaración de la víctima de trata de personas con fines de explotación sexual.

Cuando hablamos de mujeres víctimas de trata, específicamente víctimas de explotación sexual y prostitución forzada, las niñas y mujeres son consideradas como objetos que están y deben de estar a disposición de quien en su momento es “su dueño”.

La trata de personas con fines de explotación sexual, constituye una de las formas más extrema de violencia contra las mujeres, al tiempo que resulta una de las más graves violaciones a los derechos humanos y libertades fundamentales. No sin razón, se dice que la trata de persona, es la forma moderna de esclavitud. Es por ello, que la trata de persona se ha considerado como crimen de lesa humanidad¹³⁰ y de especial gravedad por su pluriofensividad, constituyendo las mujeres y niñas la mayor parte de las víctimas de este delito.

La especial situación de vulnerabilidad que padecen las víctimas de trata, sea por razón de su edad, raza, circunstancias sociales, económicas, culturales o políticas, en una sociedad que impide y dificulta su desarrollo como personas y como mujeres, por estar diseñada en base a patrones culturales patriarcales y estereotipados que reproducen desigualdades de género, prejuicios sexistas favoreciendo la dominación y el abuso de un sexo por el otro, provoca que muchas veces mujeres y niñas caigan en las redes de abuso y explotación en búsqueda de una vida más digna.

¹³⁰ La CIDH en caso “Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde c/ Brasil”, Sentencia de fecha 20 de octubre de 2016, ante la gravedad de los hechos investigados llevó a concluir de que se trataban de crímenes de lesa humanidad. Se señaló que “...La Corte ya ha establecido que: i) la esclavitud y sus formas análogas constituyen un delito de derecho internacional, ii) cuya prohibición por el derecho internacional es una norma de jus cogens (supra párr. 249). Por lo tanto, la Corte considera que la prescripción de los delitos de sometimiento a la condición de esclavo y sus formas análogas es incompatible con la obligación del Estado brasileño de adaptar su normativa interna de acuerdo a los estándares internacionales. En el presente caso la aplicación de la prescripción constituyó un obstáculo para la investigación de los hechos, la determinación y sanción de los responsables y la reparación de las víctimas, a pesar del carácter de delito de derecho internacional que representaban los hechos denunciados....(parágrafo 413)

7. a Marco Legal.

La Ley 25.632¹³¹, sancionada en el año 2002¹³², incorporó a nuestro derecho positivo la Convención Internacional contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos complementarios para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas. Así el Protocolo de Palermo, en su artículo 3º dispone que: “Por ‘trata de personas’ se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos...”.

La Ley N° 26.364, vigente a partir del 30/04/2008, sobre “Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus víctimas”, por su parte incorporó el delito de trata dentro de aquellos que tutelan la libertad individual en el digesto penal, mantenido luego con la reforma introducida por la Ley N° 26.842 (B.O. 27/12/12). Puesto que este delito afecta gravemente la libertad de autodeterminación de la persona¹³³.

Así el delito de trata de personas se halla en consonancia con la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), con la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará) y del Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niñas, que complementa la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, dejan claramente establecidos los parámetros legales que demandan la visibilización de las mujeres y niñas como sujetos de derecho, sus particulares necesidades y las situaciones de vulnerabilidad en las que puedan encontrarse inmersas.

¹³¹ En Boletín Oficial de la República Argentina N° 29973, 30-08-2002, p. 1-11.

¹³² En el transcurso de ese año, el hecho emblemático que provocó el momento de mayor visibilización del delito de trata de persona lo constituyó la desaparición de María de los Ángeles Verón, a partir del cual comienzan a presentarse sendos proyectos ante el Poder Legislativo para la sanción de una ley específica.

¹³³ Se ha sostenido que “...la sanción de la normativa bajo análisis se tiende a garantizar nada más y nada menos que la libertad tanto física como psíquica de autodeterminación de las personas, de poder elegir un plan de vida libremente... En ese orden de ideas, el tribunal afirmó “... que el bien jurídico sea preponderantemente la libertad, no implica que las víctimas tengan que ser privadas de su libertad ambulatoria de manera efectiva, o se encuentre encadenada en una habitación, siendo necesario y razonable que la víctima, como fue probado en el presente caso, le sea lesionado su libertad de autodeterminación como persona”. CFCP - SALA I causa n° FTU 12668/2015/TO1/CFC1 “Lencina, Ana Rosa y otros/recurso de casación” 17/06/2021.

A su vez la Convención sobre los Derechos del Niño, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 8), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 5 y 6), la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (art. 1 y 16) complementan el catálogo legal.

La CIDH ha indicado que "En casos de violencia contra la mujer las obligaciones generales establecidas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana se complementan y se refuerzan, para aquellos Estados que son Parte, con las obligaciones derivadas del tratado interamericano específico, la Convención de Belem Do Para. El artículo 7.b de la Convención obliga de manera específica a los Estados Partes a utilizar la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. De tal modo, ante un acto de violencia contra una mujer, resulta particularmente importante que las autoridades a cargo de la investigación la lleven adelante con determinación y eficacia, teniendo en cuenta el deber de la sociedad de rechazar la violencia contras las mujeres y las obligaciones del Estado de erradicarla y de brindar confianza a las víctimas en las instituciones estatales para su protección" (conf. CIDH "Caso Fernández Ortega y otros vs. México, 30 de agosto de 2010, serie C, n° 215, párr. 193 y Corte IDH, Caso Rosendo Cantu y otra vs. México, 31 de agosto de 2010, serie C, n° 216, párr. 177).

7. b Declaración Testimonial a Víctimas de trata y Explotación de Personas: Testimonio especial.

La Ley 26.842 estableció un procedimiento especial para la recepción de la declaración testimonial de las víctimas del delito de trata de personas y sus delitos vinculados que deban ser escuchadas durante el proceso penal, incorporándose el artículo 250 quater al Código Procesal Penal Federal¹³⁴.

¹³⁴ El artículo 250 quater CPPF establece que "...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. Cuando se trate de actos de reconocimiento de lugares u objetos, la víctima será acompañada por el profesional que designe el Tribunal no pudiendo en ningún caso estar presente el imputado.

Lo que guarda estrecha relación con las medidas de protección y seguridad para este tipo de víctima de extrema vulnerabilidad, cuyos derechos se encuentran reconocidos y regulados en el artículo 6 entre ellos el inciso i) a prestar testimonio en condiciones especiales de protección y cuidado. Como asimismo, en las “Guías de Santiago sobre Protección de Víctimas y Testigos” donde se establece claramente que “La investigación no debe alterar la seguridad de la víctima y a lo largo de la misma debe valorarse la posible práctica de actuaciones de prueba anticipada para que, con garantía 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”.

El Convenio del Consejo de Europa para la Protección de los Niños contra la Explotación y el Abuso Sexual, conocido también como Convenio de Lanzarote (25 de Octubre de 2007)¹³⁵ dispone que cada Estado “...adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que sean necesarias para garantizar que las investigaciones y actuaciones penales se lleven a cabo en el interés superior del niño y dentro del respeto a sus derechos...2. Cada Parte adoptará una actitud protectora hacia las víctimas, velando por que las investigaciones y actuaciones penales no agraven el trauma sufrido por el niño y por que la respuesta penal se acompañe de asistencia, siempre que sea apropiado. En lo que refiere a la entrevista de los niños, el artículo 35 dispone que “...1. Cada Parte adoptará las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para que: a) Las entrevistas al niño tengan lugar sin demora injustificada después de que se hayan denunciado los hechos a las autoridades competentes; b) las entrevistas al niño se realicen, en su caso, en lugares concebidos o adaptados a tal fin; c) las entrevistas al niño se lleven a cabo por profesionales debidamente formados a tal efecto; d) en la medida de lo posible y siempre que sea apropiado, el niño sea siempre entrevistado por las mismas personas; e) el número de entrevistas se limite al mínimo posible y en la medida estrictamente necesaria para el desarrollo del procedimiento penal; f) el niño pueda estar acompañado por su representante legal o, en su caso, por un adulto de su elección, salvo decisión motivada en contrario respecto de dicha persona”.

El Protocolo de Palermo en los artículos 6, 7 y 8 se establece un amplio régimen de medidas destinadas a la recuperación física, psicológica y social de las víctimas de trata. El Estado, por otro lado, tiene el deber de proporcionarles apoyo médico, psicológico, como así también el de suministrarles asesoramiento, educación, capacitación y alojamiento, lo cual lo colocan en una

¹³⁵ En su Preámbulo se fijan las pautas y denota la preocupación de los Estados en materia de abuso sexual infantil. Tomando en consideración que “...la explotación sexual de los niños, en particular la pornografía y la prostitución infantil, y todas las formas de abuso sexual infantil, incluidos los actos cometidos en el extranjero, ponen en grave peligro la salud y el desarrollo psicosocial del niño, los que han adquirido dimensiones preocupantes tanto a nivel nacional como internacional... Resueltos a contribuir eficazmente al objetivo común de proteger a los niños contra la explotación y el abuso sexual, con independencia de quién sea el autor, y de prestar asistencia a las víctimas...” el convenio configura un instrumento internacional cuyo principal objetivo es la prevención, la protección reuniendo en el documento la legislación penal en materia de lucha contra todas las formas de explotación y abuso sexual de los niños.

perspectiva jurídica de garante o responsable de los derechos humanos de las personas bajo su jurisdicción.

Todas estas disposiciones en torno a las medidas de protección y de cuidado respecto a la víctima de trata, como a la forma de su intervención en el proceso penal y recepción de su declaración testimonial, se encuentran también reguladas en el Título II de la ley 26.364, estableciéndose así un piso legal mínimo de derechos y garantías que debe respetarse en lo referido a la asistencia y a los derechos de las víctimas de trata de personas.

En este sentido, el decreto presidencial N° 111/2015, reglamentario de la Ley 26.346 taxativamente instituye que las víctimas deberán ser acompañadas por un equipo especializado en trata de personas en todas las diligencias procesales de las que deban participar “hasta la finalización del proceso”.

Sin embargo, estas circunstancias especiales de protección, no implican una violación al derecho de defensa, en concreto, de la garantía a “interrogar a los testigos de cargo” prevista en el artículo 8º, inciso 2º, letra f, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 14, inciso 3º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ya que, necesariamente, se debe notificar al imputado y su defensor acerca de la realización del acto y podrán aportar un interrogatorio¹³⁶.

7. c Valoración de la declaración de la víctima de trata.

La situación especial de la víctima de este delito importa por un lado, como sujeto de derechos, el respeto de todos los derechos y garantías que como tal le han sido acordado, siendo prueba viviente de la comprobación de los hechos, por otro lado, al reunir en sí misma la calidad de víctima-testigo, la convierte en objeto de prueba, y en tal sentido es un testigo altamente calificado, por lo que habrán de tomarse los recaudos necesarios a los efectos de preservar tanto el testimonio como la integridad de la víctima.

Es frecuente escuchar que las víctimas de trata refieren estar atravesando una difícil situación económica, que es única sostén de familia, que tiene a su cargo hijos menores o adultos mayores, que en su ciudad no encuentra trabajo o que las condiciones de mejoras de su calidad de vida allí son nulas. Indicios todos ellos, de su especial situación de vulnerabilidad.

En esa búsqueda de mejorar su calidad de vida, como la de sus hijos, las lleva a tomar la decisión de emigrar a otros sitios lejos de residencia, a partir de las referencias de conocidos o de otras personas. Se les ofrecen facilidades económicas, proporcionan los documentos necesarios para su traslado e ingreso al país/lugar de destino recurriendo a la persuasión, engaño, a la amenaza u otras formas de coacción a la víctima o personas con influencia hacia ella.

¹³⁶ Analizado en el Capítulo V. Punto 5. b i «Recepción de la declaración del menor: averiguación preliminar. Anticipo jurisdiccional de prueba. Principio contradictorio».

Las víctimas de trata suelen mencionar las razones por las que deciden emigrar de su ciudad natal. Así "...que vino desde XXX porque se cansó de trabajar en casas de familia, ganar poco... Que conoció a XXX cuando fue a visitar a la madre que alquilaba la casa de su tío en XXX...y le ofreció trabajar en XXX y le dio para el pasaje pero que vino sola en ómnibus... Que tiene tres hijos que se encuentran en XXX viviendo con su abuela..."; "...XXX era mi vecina me invitó a venir y vine. Yo acepté trabajar en esto...trabajaba como doméstica y vivía con mi novio, lo que ganaba no me alcanzaba para nada..."; "...trabajaba en casas de familia y estudiaba. ... Que no quiere volver a XXX porque hay mucha pobreza, que vive en la casa porque no puede afrontar un alquiler sola, que ya intentó trabajar en otro lugar, la tomaron a prueba pero la despidieron...".

Las víctimas muchas veces desconocen la verdadera actividad que realizarán en el lugar de destino. Pero también, es posible la conozcan. Y de ser el caso, suelen ser engañadas en cuanto a las condiciones reales de trabajo, tipo de labores, salario, gastos de su manutención (alquileres, alimentos, etc.), deudas contraídas, la mayor o menor libertad que podrá gozar.

El abuso de la situación de vulnerabilidad, acompañado generalmente de su poca instrucción educativa, por su escasa edad, por tremendas carencias económicas, tener a cargo hijos menores, es aprovechado por sus tratantes para someterlas física y psicológicamente, obligarlas a prostituirse y así obtener beneficios económicos. Cualquier idea de retorno a su ciudad o de recuperar su libertad se vuelve una ilusión.

En este contexto, sumado al transcurso del tiempo, la víctima de trata suele naturalizar su situación y el entorno en el que sobreviven, buscando adaptarse y readaptarse a su realidad, y así "...algunas víctimas de trata con fines de explotación sexual suele 'escalar' en la organización criminal, para salir de ese modo del lugar de víctimas para pasar a ocupar lugares activos en las redes de trata. Estas modalidades implican una afectación adicional para esas víctimas, ya que a las vulneraciones tradicionales de sus derechos se suma el riesgo de ver comprometida su responsabilidad penal"¹³⁷.

Víctima y victimaria, se vuelven las dos caras de una misma moneda. La participación de la víctima, ahora victimaria, en delitos de lo que ella misma resulta ser víctima, responde al conocimiento sobre el "negocio de la prostitución", pero también a mejorar sus condiciones de vida dentro de la red en la que se encuentra inmersa, mostrándose condescendiente con sus tratantes al momento de brindar su declaración, modificando o retractándose en sus dichos.

Al respecto, se ha sostenido que "Existen arraigados prejuicios sexistas y clasistas en los operadores del sistema penal (jueces, fiscales, defensores y agencias de seguridad, en todos por igual) que atentan temerariamente contra el valor probatorio del testimonio de mujeres víctimas o testigos de los delitos de explotación sexual"¹³⁸.

¹³⁷ Refiere la Dra. Stella Maris Martínez, Defensora General de la Nación en el artículo «Criminalización de víctima de trata de personas». Revista das Defensorías Públicas do Mercosul. , N° 3. Año: 2013.

¹³⁸ Estos preconceptos llevan a que no se conciba a los testimonios de las víctimas de trata como "testimonios especialísimos", y que como tales precisan de recaudos también especiales para su

"...Sabido es que en materia de trata para la prostitución todavía rige en muchas mentes la ilusoria idea de la prostituta feliz que puede entrar y salir de la prostitución lucrativa, y se desconoce que se trata de víctimas que son vendidas y revendidas como mercaderías. De esa forma, aún en la actualidad se sigue gastando energía en la discusión sobre el consentimiento de estas personas para ser objeto de estas prácticas, lo cual permite ocultar el verdadero problema, éste es, que no se trata de un trabajo pactado en igualdad de condiciones..."¹³⁹, y agrega el autor sería como confundir el consentimiento en la violación y en la prostitución.

Maximiliano Hairabedián afirma que es factible "que las mujeres que fueron explotadas sexualmente, tras su liberación ejerzan la prostitución, atento que es la forma más simple y rápida de conseguir sustento en un medio extraño, por lo que esta circunstancia no significa necesariamente que haya sido voluntario su sometimiento anterior"¹⁴⁰

Es preciso destacar que el análisis de los casos de mujeres y niñas víctimas de trata de persona con fines de explotación sexual, resulta imprescindible atenderlos bajo la directriz impuesta por la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer –Convención Belem Do Para- y desde una perspectiva de género, que conjuntamente con las pautas establecidas en la Ley 26.485, de Protección Integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, específicamente reconoce como garantía la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, así como la obligación de que en las resoluciones que se adopten se consideren las presunciones que contribuyan a la demostración de los sucesos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes (conforme artículos 16, inciso "i", y 31).

Si bien toda la legislación protege a las víctimas de trata evitando la reiteración de su declaración, sucede que durante el procedimiento la víctima va variando, modificando e incluso minimizando los efectos negativos de su situación de clandestinidad. Ello obedece a distintas circunstancias, sea porque ha mejorado en algunos aspectos su calidad de vida dentro de la organización, sea porque no se autopercibe como víctima intentando mejorar la situación de sus tratantes, sea por temor.

producción e interpretación. Son personas que soportaron prácticas abusivas extremas muy lejanas a las historias vitales de quienes hoy deben escucharlas. El prejuicio sobre la mujer prostituida se empieza así a construir sobre la base de una nula empatía con su situación, o una improbable capacidad del operador de colocarse en el lugar de esa víctima demasiado lejana y ajena a él. Estos prejuicios se traducen en el modo desaprensivo y descuidado en que se las escucha, el desinterés hacia su historia vital y en el descrédito con el que se interpretan sus testimonios. (Marcelo Colombo, "Sobre Víctimas victimarias", El delito de Trata de Personas. Herramientas para los defensores públicos, Buenos Aires, Ministerio Público de la Defensa, 2013.

¹³⁹ De Luca, Javier en Baigun, David y Zaffaroni, Raúl; "Código Penal", Editorial: Hammurabi, Bs.As., 2008, Tomo "5", pág. 442.

¹⁴⁰ Hairabedián, Maximiliano «*Tráfico de personas: La trata de personas y los delitos migratorios en el derecho penal argentino e internacional*». Editorial: Ad Hoc, Bs. As. Año: 2009, p 88.

La negación de la calidad de víctima de trata, ha tenido consideración en la jurisprudencia. En el caso "Tejada"¹⁴¹ la Cámara Nacional de Casación Penal sostuvo que "En ese punto, y no obstante que M. y M.C. durante la entrevista que mantuvieron con la psicólogas negaron encontrarse en situación de explotación sexual, tal situación debe ser valorada con suma cautela y en conglobancia con los restantes elementos convictivos producidos durante el juicio como bien lo hizo el a quo en la resolución recurrida (...) Sobre esta clase de situaciones Hairabedián refiere que 'es razonable dudar de la renuencia a declarar y las retractaciones, porque pueden deberse a presiones o temor a los autores. Y puede resultar altamente contraproducente presionar a la víctima con la amenaza de un castigo penal por su negativa a declarar con apego a la verdad, porque además de estar presente la excusa absolutoria para los delitos que sean consecuencia de la trata, ello generaría en la víctima una desconfianza en el sistema que debe tender a protegerla en vez de perseguirla' (cfr. Hairabedián, Maximiliano, Tráfico de Personas: La trata de personas y los delitos migratorios en el derecho penal argentino e internacional, 1 Ed., Ad Hoc, Bs. As., 2009, pág. 88). Trasladados los referidos conceptos a las particulares circunstancias que se presentan en el sub examine, surge que el desinterés por parte de M.C. y M.C. en proporcionar información de manera voluntaria, y la de reconocer que en la whiskería se ejercía la prostitución, se encontraría vinculado con el temor y la angustia que padecían al momento en que fueron rescatadas, al extremo de que expresaron su temor frente a la posibilidad de ser golpeadas por el personal policial por haberse prestado a conversar con las profesionales que las asistieron".

7. d Valoración de la declaración de la víctima de trata en la jurisprudencia de la CNCP: Retracción, modificación y contradicciones.

Se ha sostenido que "En lo que respecta a la retractación en la que incurrió T.C. durante la celebración del debate, tal situación debe ser valorada con suma cautela y en conglobancia con los restantes elementos convictivos producidos durante el juicio como bien lo hizo el a quo en la resolución recurrida. El a quo consideró que el testimonio que T. C. brindó después de producido el allanamiento al domicilio de José Guillermo Paoletti, es el que debe ponderarse ya que de acuerdo a lo informado por la Licencia V. el mismo aparece veraz, y la descripción que allí realizó sobre el modo en que fue captada, y que fue obligada a mantener relaciones con el

¹⁴¹ CFCP, Sala III, Causa nro. 16.746, "Tejada, Roberto Fabián y otros s/recurso de casación", rta el 25/10/2013, reg nro. 2027/13.

imputado y luego con otros sujetos aparece concordante con los relatos brindados por las otras víctimas y por esta razón debe rechazarse el agravio"¹⁴².

En caso "Sanfilippo"¹⁴³ el tribunal resolvió que "...es plausible que las mujeres recién rescatadas hubieran preferido no involucrar en un primer momento a quien participaba de las maniobras de captación en el lugar en que vivían sus familiares, por miedo a padecer represalias. Ello no resulta infrecuente en los casos como el presente, donde las víctimas habrían sido arrancadas—mediante engaños— de su lugar de residencia habitual, con el fin de romper los lazos de solidaridad y protección de quienes las podían resguardar". Y agrega "...Las restantes discordancias señaladas por el a quo en los testimonios de las damnificadas refieren a imprecisiones temporales y espaciales, vinculadas con el momento en que habría llegado SCVB a Clorinda y el lugar de arribo a Buenos Aires. Ello, no obstante, existen constancias en el legajo que dan cuenta del momento exacto en que SCVB pasó la frontera de Paraguay a Argentina, y no se advierte que las dubitaciones respecto de la secuencia del tiempo afecten la contundencia de la reconstrucción de los hechos relatados por las damnificadas, que fueron corroborados por otros testimonios, prueba documental y demás indicios concordantes supra mencionados".

En otro precedente, caso "Di Rocco"¹⁴⁴, se analizó el contenido de las contradicciones de la víctima en su declaración. Allí se indicó que "En lo que respecta a las contradicciones en que habría incurrido NF durante la celebración del debate, tal situación debe ser valorada con suma cautela y en conglobancia con los restantes elementos convictivos producidos durante el juicio como bien lo hizo el a quo en la resolución recurrida. Trasladados dichos conceptos al particular caso bajo estudio, entiendo que el testimonio que NF prestó durante la celebración del juicio, con control de las partes, es el que debe ponderarse ya que de acuerdo a lo informado por las psicólogas que la trataron concluyeron que se expresó de manera veraz, y la descripción que allí realizó sobre el modo en que fue captada, y que fue obligada a mantener relaciones sexuales aparece concordante con la prueba que ya fue examinada, y por ello debe rechazarse el agravio".

Factores condicionantes como la presencia del imputado al momento de recibir la declaración testimonial, también operan en el ánimo de la víctima. De allí, las recomendaciones establecidas en la legislación vigente para evitar su revictimización y proporcionarle un tratamiento especial. Ello se vio reflejado en el precedente "Lezcano"¹⁴⁵, donde se afirmó que "En relación a los testimonios brindados por C.E.J. —quien al momento del hecho fuera menor-

¹⁴² CNCP, Sala III, causa nro.16.244, "Paoletti José Guillermo s/recurso de casación", registro nro.2075/13, rta.1/11/2013.

¹⁴³ CNCP, Sala II, causa 15.554, "Sanfilippo José y otros s/ recurso de casación", registro 778/14, rta.13/05/2014.

¹⁴⁴ CNCP, Sala III, causa nro.16256, "Di Rocco Vanella Daniel Federico y otros s/recurso de casación", registro nro.2115/13, rta.7/11/2013.

¹⁴⁵ CNCP, Sala IV, causa nro.427/13, "Lezcano Claudio Marcelo s/recurso de casación", registro 2022/13, rta.17/10/2013.

A.C.V.G. y E.S.L., el a quo manifestó que ninguna de ellas en esta instancia mantuvo su testimonial anterior. Era evidente que la presencia de los imputados en la sala –salvo en el caso de E.S.L.- afectaba sobremanera su posibilidad de conducirse con la verdad. La revictimización que el juicio genera y de la que soy consciente, hará soslayar su posible falso testimonio y considerar sólo aquellas primeras manifestaciones agregadas por acta al proceso. (...) Las versiones que las testigos dieran en sede instructoria, hallan aval en otras circunstancias comprobadas en la causa y que, por otro lado, y tal como se mencionara ut supra, el a quo ha dado razones lógicas y suficientes como para no otorgarles credibilidad a los dichos brindados por las víctimas en el debate".

En caso "Díaz"¹⁴⁶, se señaló "hay factores que afectan el testimonio: temor; vergüenza; lejanía de la familia; soledad; indefensión; perversa identificación con el tratante; insensibilización. Por eso no hay que prejuzgar ciertas actitudes, como la imposibilidad de recordar situaciones y hechos. La credibilidad del testigo concretada por la corroboración detallada de algunos puntos, dará por resultado que otros puntos que no se han logrado corroborar serán tenidos por ciertos, a partir de la solidez en otros aspectos.(...). Así las cosas, analizada la resolución impugnada, en el mismo sentido que el indicado por la recurrente, no se advierte que los jueces sentenciantes hayan considerado los parámetros definidos precedentemente, toda vez que en la sentencia impugnada consignaron que "las declaraciones efectuadas por la menor [son] un vaivén de versiones que se van modificando conforme pasa el tiempo..." (Cfr. fs. 483vta.). Ello, sin analizar debidamente cuáles fueron las distintas versiones de la víctima y sin considerar la característica de los hechos denunciados, la situación de vulnerabilidad de B.J.L., sus pocos años de edad ni distinguir las diversas circunstancias de tiempo y lugar que acompañaron sus declaraciones, en consonancia con lo dispuesto, entre otras, por la Convención de los Derechos del Niño (aprobada por la Ley 26.061 de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, pub. B.O. 26/10/2005) (...) los magistrados de la etapa oral, no obstante afirmar la vulnerabilidad de B.J.L., señalaron que la menor estaba por voluntad propia en el lugar; que su situación '... no fue aprovechada por el imputado para su abuso...' y que en estos obrados no surge engaño, violencia, intimidación ni ninguna otra forma de presión sobre la menor para su explotación sexual. Se trató simplemente de una relación de amistad o confianza...'. (...) la postura del a quo no se condice con la asumida por el Máximo Tribunal in re N., N. M., y Otros, donde se afirmó 'El hecho de que la víctima menor de dieciocho años consienta el traslado y la posterior explotación `no tendrá –dice la ley– efecto alguno`....La configuración del delito de trata de menores que captura el texto del art. 145 ter, por ello, no requiere de la presencia de `engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga

¹⁴⁶ CFCP, sala IV, causa nro. FSA 71003881/2013, "Díaz, Raúl s/ recurso de casación, rta el 26/06/2015, reg nro. 1236/15.4.

autoridad sobre la víctima' (del dictamen de la Procuradora General de la Nación que la Corte hace suyo, C.S.J.N., Causa 15.465, rta. 12/11/2013).

También se resolvió en el mismo sentido en caso "Lencina"¹⁴⁷ que "... no puede soslayarse que el tribunal apreció que "[l]a situación de las víctimas se vio atravesada, además de la situación de vulnerabilidad ya comentada, por un contexto de violencia que conspiró contra su propia dignidad con una entidad tal que en algunas declaraciones negaron su condición de víctimas, naturalizando los abusos y la enajenación de su libertad. Sin perjuicio de ello, se observó que, en algunos casos, a pesar de la negación del proceso vivido, del relato de las víctimas surge de forma clara el componente de dominación, servilismo y aprovechamiento propio de una relación infamante y alienadora..." con acertado criterio los integrantes del tribunal entendieron que "...un indicador insoslayable del porqué de la naturalización de la explotación y afectación de su libertad, piénsese que, como lo declaró G. N. S., el imputado Carlos Guzmán, era quien se encargaba de cocinarles, comprarles todo lo que ellas necesitaban, hasta sus cosas personales como toallitas protectoras, así logrando que estas mujeres no salgan del local".

Conclusión

La especial condición de vulnerabilidad en la que se encuentra el NNyA que como testigo o víctima de un delito contra la integridad sexual, obliga al Estado a tomar las medidas necesarias de protección, asistencia y acompañamiento real a las víctimas en estos casos, garantizando el acceso a la justicia evitando las consecuencias nocivas de su revictimización.

Las dificultades probatorias propias de estos delitos que tienen lugar puertas adentro o en ámbitos de relativa invisibilidad, no puede conducir a la imposibilidad de investigación, pues lo contrario importaría que estos hechos queden impunes.

Para ello, resulta de vital importancia dotar a las investigaciones de estos hechos un enfoque sensible al género, despojada de conductas estereotipadas que social y culturalmente han sido aceptadas como obligaciones naturales, garantizando la protección especial de los menores en todas las instancias del proceso.

El reconocimiento de la víctima como sujeto de derecho, el nuevo rol protagónico en el procedimiento acompañado de la legislación provincial, nacional, internacional e incluso convencional, marca la senda de un cambio de paradigma en la forma en que deben ser tratados los casos de violencia de género, violencia sexual sobre todo cuando las víctimas resultan ser menores de edad.

¹⁴⁷ CFCP - Sala I causa n° FTU 12668/2015/TO1/CFC1 "Lencina, Ana Rosa y otros/recurso de casación", 17/06/2021.

Para ello, como bien señala Aída Kemmelmajer de Carlucci¹⁴⁸ “...los conflictos planteados y sus dificultades muestran qué importante es tener una Magistratura sensible, especialmente preparada para responder a los nuevos requerimientos de los tiempos. El legislador debe dictar normas claras y eficaces, pero la interpretación y la aplicación de la ley, fundamentalmente en este tipo de materia no pueden desentenderse de las especiales circunstancias de la causa y de las consecuencias futuras de la decisión. Por eso, el equilibrio sólo puede marcarlo el juez; pero para que la decisión cumpla con el famoso recaudo de la proporcionalidad, no solo se requiere sentido común, sino razonabilidad y eficiencia, elementos afanosamente buscados por los destinatarios del sistema de justicia...”.

¹⁴⁸ “El inestable equilibrio entre el interés superior del niño y el derecho de defensa en juicio” en ver Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal n° 9, editorial “Ad hoc”, pg.. 215 a 235.

Bibliografía:

- Aboso, Gustavo, «*Análisis de la ley 27.372 sobre los derechos y garantías de las víctimas de delitos*». Revista: EIDial.com. Editorial: Editorial Albrematica S.A. Buenos Aires. Año: 2020.
- Aller, Germán. «*El derecho penal y la víctima*». Editorial: BdeF. Montevideo-Buenos Aires, Año: 2015.
- Binder, Alberto M. «*Introducción al derecho procesal penal*».Editorial: Ad-Hoc. Buenos Aires. Año:2000.
- Buompadre, Joge E. «*Violencia de Género, Femicidio y Derecho Penal- Los nuevos delitos de género-*». Editorial: Alveroni.Córdoba. Año: 2013.
- Cafferata Nores, José I. «*Proceso Penal y derechos humanos*».Editorial: Editores del Puerto. Buenos Aires. Año: 2011. 2º edición, 1º reimpresión.
- Cardinali, Genoveva I.« La perspectiva de género en la investigación penal» en Género y Derecho Penal. Directores: Javier E. de La Fuente - Genoveva Cardinali. Editorial: Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, Año 2021.
- Castro Corredoira, María «*Menores víctimas de violencia doméstica y de género*», en “La víctima en el proceso penal de menores. Tratamiento procesal e intervención socioeducativa”. Directora: Esteher Pillado González. Editorial: Dykinson, S.L. Madrid- España- Año: 2022.
- Chaia, Rubén A., “*Técnicas de litigación penal. Análisis doctrinario y jurisprudencial*” Tomo: 3. Editorial: Hammurabi. Año: 2020.
- De Luca, Javier en Baigun, David y Zaffaroni, Raúl; “Código Penal”, Editorial: Hammurabi, Bs.As., 2008, Tomo "5".
- Diaz Cantón, Fernando, “*Declaraciones de menores de edad víctima de abuso en Cámara Gesell y el derecho del imputado a la confrontación con los testigos de cargo*”. Revista de Derecho Procesal Penal - La prueba en el Proceso Penal- Tomo I , Año: 2009.
- Donna, Edgardo Alberto, en su artículo «*Las palabras, los hechos y la víctima en el derecho Argentino*» en Revista de Derecho Procesal Penal Número Extraordinario. Víctimas especialmente vulnerables. Tomo: 2012. Editorial: Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires. Año: 2012.
- Hairabedián, Maximiliano «*Tráfico de personas: La trata de personas y los delitos migratorios en el derecho penal argentino e internacional*».Editorial: Ad Hoc, Bs. As. Año: 2009.
- Intebi, Irene V «*Abuso Sexual Infantil en las Mejores Familias*».Editorial:Granica S.A. Buenos Aires. Año: 1998.
- Ledesma, Ángela Ester en «*Víctima y su legitimación para actuar ante la justicia*», Tomo: 2017-2 en “La víctima del delito. Aspectos procesales penales II”. Revista de Derecho Procesal Penal. Año: 2017.
- Maier, Julio B.J, «*Derecho procesal penal*», T.II Parte General, Sujetos Procesales, Editorial: Editores del Puerto s.r.l. Buenos Aires. Año: 2003.

Marafioti, Luca. «*El menor abusado: víctima y testigo vulnerable*». Revista de Derecho Procesal Penal. Tomo: 2012. Número Extraordinario: Víctimas especialmente vulnerables Editorial: Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires. Año: 2012.

Martinez, Stella M «*Criminalización de víctima de trata de personas*». Revista das Defensorías Públicas do Mercosul. , N° 3. Año: 2013.

Ramírez Ortiz, José L. «*El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género*». Quaestio facti-Revista internacional sobre razonamiento probatorio. Año: 2020.

Romero Sebastián G. «*Cámara Gesell, Testimonio de niños en el proceso pena*», Editorial: Alveroni. Buenos Aires. Año: 2011Rozanski, Carlos, «*Abuso Sexual Infantil ¿Denunciar o Silenciar?*», Editorial: Ediciones B Argentina S.A, Buenos Aires, Año: 2003.

Sarrabayrouse, Eugenio artículo “*Valoración de la prueba, testigo único en los delitos contra la integridad sexual y el caso de las niñas y niños*” en Género y Derecho Penal. Directores: Javier E. de La Fuente - Genoveva Cardinalli. Editorial: Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, Año 2021.