

REVISTA DE
**DERECHO PENAL
Y CRIMINOLOGIA**

DELITOS ECONOMICOS • CONTRAVENCIONAL •
GARANTIAS CONSTITUCIONALES • PROCESAL PENAL •
EJECUCION DE LA PENA

AÑO II • NUMERO 2 • MARZO 2012

DIRECTOR

EUGENIO RAUL ZAFFARONI

AREA PROCESAL

MIGUEL A. ALMEYRA

COMITE ACADEMICO

KAI AMBOS

LOLA ANIYAR DE CASTRO

LUIS ARROYO ZAPATERO

DAVID BAIGUN

NILO BATISTA

JORGE DE LA RUA

LUIGI FERRAJOLI

JOSE LUIS GUZMAN DALBORA

JULIO B. J. MAIER

SERGIO MOCCIA

FRANCISCO MUÑOZ CONDE

ESTEBAN RIGHI

GLADYS ROMERO

NORBERTO SPOLANSKY

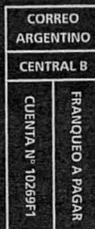
JUAREZ TAVARES

JOHN VERVAELE

COORDINADORES

MATIAS BAILONE

RODRIGO CODINO



LA LEY

REVISTA DE
**DERECHO PENAL
Y CRIMINOLOGIA**

DELITOS ECONOMICOS • CONTRAVENCIONAL •
GARANTIAS CONSTITUCIONALES • PROCESAL PENAL •
EJECUCION DE LA PENA

CONTENIDO DE ESTE NUMERO

DERECHO PENAL

- Análisis de la nueva ley penal antiterrorista
- Delitos económicos y tributarios. Necesidad de un sistema acusatorio
- Los montos relevados por la ley penal tributaria: elementos del tipo objetivo o condiciones objetivas de punibilidad
- Modificación del régimen penal tributario y previsional
- Incorporación del art. 41 quinquies como nueva agravante genérica
- Análisis jurídico conceptual del "grupo criminal"

CRIMINOLOGÍA

- Interpretaciones jurídicas y sociológicas con respecto al genocidio
- Resistencias en torno a la calificación jurídica de genocidio
- As alternativas às penas e às medidas socioeducativas

PROCESAL PENAL

- La obligatoriedad de la jurisprudencia de los órganos interamericanos de protección de derechos humanos
- Cooperación jurídica internacional en materia penal

EJECUCIÓN DE LA PENA

- El desarrollo temporal de la pena y su redefinición cuantitativa

GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

- Los derechos políticos de los condenados

DELITOS ECONÓMICOS

- Responsabilidad penal por el producto
- La teoría de los aparatos organizados del poder y su posible implementación
- La convocatoria judicial a prestar declaración indagatoria a los fines de la prescripción

PENAL JUVENIL

- La declaración testimonial de niñas, niños y adolescentes
- Proceso de menores, medidas de coerción y derecho a la doble instancia

CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS

- La probation contravencional
- El debido proceso en el Régimen Procesal de las Contravenciones

POLÍTICA CRIMINAL

- Contrapunitivismo y neopunitivismo. Perspectiva histórica y moral
- De Luigi Ferrajoli y la "falacia" del abolicionismo penal

HISTORIA DEL DERECHO PENAL

- Antecedentes, motivos e influencias del delito de ejercicio ilegal de la medicina

CONSULTE MAS INFORMACION EN EL SUMARIO

REVISTA DE
**DERECHO PENAL
Y CRIMINOLOGIA**

DELITOS ECONOMICOS • CONTRAVENCIONAL •
GARANTIAS CONSTITUCIONALES • PROCESAL PENAL •
EJECUCION DE LA PENA

DIRECTOR

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

AREA PROCESAL

MIGUEL A. ALMEYRA

COMITÉ ACADÉMICO

EDUARDO AGUIRRE OBARRIO (ARGENTINA 1923-2011)

KAI AMBOS (ALEMANIA)

LOLA ANIYAR DE CASTRO (VENEZUELA)

LUIS ARROYO ZAPATERO (ESPAÑA)

DAVID BAIGÚN (ARGENTINA)

NILO BATISTA (BRASIL)

JORGE DE LA RUA (ARGENTINA)

LUIGI FERRAJOLI (ITALIA)

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA (CHILE)

JULIO B. J. MAIER (ARGENTINA)

SERGIO MOCCIA (ITALIA)

FRANCISCO MUÑOZ CONDE (ESPAÑA)

ESTEBAN RIGHI (ARGENTINA)

GLADYS ROMERO (ARGENTINA)

NORBERTO SPOLANSKY (ARGENTINA)

JUAREZ TAVARES (BRASIL)

JOHN VERVAELE (HOLANDA)

COORDINADORES

MATIAS BAILONE

RODRIGO CODINO

LA LEY

COMITÉ DE REDACCIÓN

GABRIEL IGNACIO ANITUA
FERNANDO ARNEDO
ALEJANDRO ALAGIA
JAVIER IGNACIO BAÑOS
RICARDO BASÍLICO
ROBERTO MANUEL CARLÉS
CARLOS CARAMUTI
CARLOS CHIARA DÍAZ
DANIEL ERBETTA
ADRIÁN FERNÁNDEZ
RUBÉN E. FIGARI
GABRIELA GUSIS
JAVIER DE LUCA
JULIANA OLIVA

GRACIELA OTANO
NELSON PESSOA
GABRIEL PÉREZ BARBERÁ
MARCELO RIQUERT
GUIDO RISSO
JOSÉ SAEZ CAPEL
ALEJANDRO SLOKAR
SERGIO TORRES
RENATO VANELLI
PABLO VEGA
FELIPE VILLAVICENCIO
JULIO VIRGOLINI
VERÓNICA YAMAMOTO
ROMINA ZARATE

CON EL AUSPICIO DE
ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA (ALPEC)

Criterios uniformes para el envío de colaboraciones

Los trabajos de doctrina y/o comentarios jurisprudenciales deben ser remitidos vía e-mail a laley.penal@thomsonreuters.com. Los mismos deben ir acompañados del curriculum vitae del autor y sus datos de contacto.

ISSN: 0034-7914

REGISTRO NACIONAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL: 969.388

IMPRESO EN LA ARGENTINA - Propiedad de La Ley Sociedad Anónima - Tucumán 1471 - CP1050AAC - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina - Tel.: (005411) 4378-4841

Nota de la Dirección: las opiniones vertidas en los comentarios firmados son privativas de quienes las emiten.

SUMARIO

DERECHO PENAL

DOCTRINA

	REFORMA LEGISLATIVA
Análisis de la nueva ley penal antiterrorista Por Gabriel Ignacio Anitua	3
Delitos económicos y tributarios. Necesidad de un sistema acusatorio Por Carlos A. Chiara Díaz	16
Los montos relevados por la ley penal tributaria: elementos del tipo objetivo o condiciones objetivas de punibilidad Por Nelson R. Pessoa	18
Modificación del régimen penal tributario y previsional Por Marcelo A. Riquert	24
Incorporación del art. 41 quinquies como nueva agravante genérica en el Código Penal Por Alexis L. Simaz	42

COMITÉ DE REDACCIÓN

GABRIEL IGNACIO ANITUA
FERNANDO ARNEDO
ALEJANDRO ALAGIA
JAVIER IGNACIO BAÑOS
RICARDO BASÍLICO
ROBERTO MANUEL CARLÉS
CARLOS CARAMUTI
CARLOS CHIARA DÍAZ
DANIEL ERBETTA
ADRIÁN FERNÁNDEZ
RUBÉN E. FIGARI
GABRIELA GUSIS
JAVIER DE LUCA
JULIANA OLIVA

GRACIELA OTANO
NELSON PESSOA
GABRIEL PÉREZ BARBERÁ
MARCELO RIQUERT
GUIDO RISSO
JOSÉ SAEZ CAPEL
ALEJANDRO SLOKAR
SERGIO TORRES
RENATO VANELLI
PABLO VEGA
FELIPE VILLAVICENCIO
JULIO VIRGOLINI
VERÓNICA YAMAMOTO
ROMINA ZARATE

CON EL AUSPICIO DE

ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA (ALPEC)

Crerios uniformes para el envío de colaboraciones

Los trabajos de doctrina y/o comentarios jurisprudenciales deben ser remitidos vía e-mail a laley.penale@thomsonreuters.com Los mismos deben ir acompañados del curriculum vitae del autor y sus datos de contacto.

ISSN: 0034-7914

REGISTRO NACIONAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL: 969.388

IMPRESO EN LA ARGENTINA - Propiedad de La Ley Sociedad Anónima - Tucumán 1471 - CP1050AAC - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina - Tel.: (005411) 4378-4841

Nota de la Dirección: las opiniones vertidas en los comentarios firmados son privativas de quienes las emiten.

SUMARIO

DERECHO PENAL

DOCTRINA

	REFORMA LEGISLATIVA
Análisis de la nueva ley penal antiterrorista Por Gabriel Ignacio Anitua	3
Delitos económicos y tributarios. Necesidad de un sistema acusatorio Por Carlos A. Chiara Díaz	16
Los montos relevados por la ley penal tributaria: elementos del tipo objetivo o condiciones objetivas de punibilidad Por Nelson R. Pessoa	18
Modificación del régimen penal tributario y previsional Por Marcelo A. Riquert	24
Incorporación del art. 41 quinquies como nueva agravante genérica en el Código Penal Por Alexis L. Simaz	42

INTERNACIONAL

Análisis jurídico conceptual del "grupo criminal"

Por **Edgar Iván Colina Ramírez**

49

CRIMINOLOGÍA

DOCTRINA

Interpretaciones jurídicas y sociológicas con respecto al genocidio en Argentina
Por **Daniel Feierstein**

57

Resistencias en torno a la calificación jurídica de genocidio en el caso argentino
Por **Valeria Thus**

69

As alternativas às penas e às medidas socioeducativas

Por **Salo de Carvalho y Mariana de Assis Brasil e Weigert**

85

PROCESAL PENAL

DOCTRINA

La obligatoriedad de la jurisprudencia de los órganos interamericanos de protección de derechos humanos

Por **Ezequiel Malarino**

101

Cooperación jurídica internacional en materia penal

Por **Diego Martín Solernó**

112

NOTA A FALLO

El avenimiento y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer

Por **Mauricio Cueto**

117

El avenimiento, errónea aplicación de una ley derogada

Por **Héctor Manchini**

117

JURISPRUDENCIA

AVENIMIENTO/ Violencia contra la mujer. Víctima de un ataque sexual. Matrimonio celebrado con el imputado con posterioridad a la agresión. Disidencia (Trib. Impugnación Penal, Santa Rosa). *Con nota de Mauricio Cueto y Héctor Manchini*

117

JURISPRUDENCIA AGRUPADA

Sentencia definitiva en el recurso de casación penal

Por **Jorge Alberto Diegues**

133

EJECUCIÓN DE LA PENA

DOCTRINA

El desarrollo temporal de la pena y su redefinición cuantitativa en la etapa de ejecución

Por **Pablo Andrés Vacani**

143

GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

NOTA A FALLO

Los derechos políticos de los condenados

Por **Daniel Alberto Sabsay**

153

JURISPRUDENCIA

ACCION DE AMPARO/ Acción de amparo colectivo. Restricción al voto de las personas condenadas (TS Ciudad Autónoma de Buenos Aires). *Con nota de Daniel Alberto Sabsay*

153

DELITOS ECONÓMICOS

DOCTRINA

Responsabilidad penal por el producto

Por **Ricardo Gutiérrez**

161

La teoría de los aparatos organizados del poder y su posible implementación en el ámbito de responsabilidad penal empresarial

Por **Jorge Paolini**

178

NOTA A FALLO

La convocatoria judicial a prestar declaración indagatoria en un proceso y su idoneidad a los fines de interrumpir la prescripción de la acción penal

Por **Adolfo Calvete**

189

JURISPRUDENCIA

PRESCRIPCIÓN/ Interrupción de la prescripción. Citación a prestar declaración indagatoria. Disidencia (CNPenal Económico). *Con nota de Adolfo Calvete*

189

PENAL JUVENIL

DOCTRINA

La declaración testimonial de niñas, niños y adolescentes desde la perspectiva del Ministerio Público Fiscal de la Nación

Por **Gabriel González Da Silva**

201

NOTA A FALLO

Proceso de menores, medidas de coerción y derecho a la doble instancia

Por **Jorge Daniel Pirozzo**

219

JURISPRUDENCIA

MENORES/ Garantías del debido proceso. Doble instancia. Recurso de Casación. Doctrina de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires (SC Buenos Aires). Con nota de *Jorge Daniel Pirozzo*

219

CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS

NOTA A FALLO

La probation contravencional

Por **José G. Bongiovanni Servera**

231

El debido proceso en el Régimen Procesal de las Contravenciones

Por **Facundo Maggio**

241

JURISPRUDENCIA

SENTENCIA/ Extra petita. Infracción de tránsito. Procedencia de la suspensión del juicio a prueba. Declaración de oficio y en abstracto del último párrafo del art. 45 del Código Contravencional de la CABA (TS Ciudad Autónoma de Buenos Aires). Con nota de *José G. Bongiovanni Servera*

231

COMPETENCIA/ Imputado por contravención y por ilícito penal. Proceso por causas separadas (CPenal, Contravencional y de Faltas, Ciudad Autónoma de Buenos Aires). Con nota de *Facundo Maggio*

241

POLÍTICA CRIMINAL

DOCTRINA

Contrapunitivismo y neopunitivismo. Perspectiva histórica y moral

Por **Gabriel Pérez Barberá y Alejandro Agüero**

249

De Luigi Ferrajoli y la "falacia" del abolicionismo penal. Una aproximación ilógica

Por **Maximiliano Exequiel Postay**

264

HISTORIA DEL DERECHO PENAL

DOCTRINA

Antecedentes, motivos e influencias del delito de ejercicio ilegal de la medicina

Por **Mauricio Ernesto Macagno**

277

PÁGINAS CLÁSICAS

DOCTRINA

¿Un malentendido sin solución? (Acerca de la interpretación de la teoría finalista)

Por **Hans Welzel**

299

BIBLIOGRAFÍA

Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Por **Mariano R. La Rosa y Aníbal Horacio Rizzi**. Comentario **Enzo Finocchiaro**

309

ACTUALIDAD PENAL

311

La declaración testimonial de niñas, niños y adolescentes desde la perspectiva del Ministerio Público Fiscal de la Nación

POR GABRIEL GONZÁLEZ DA SILVA

Sumario: I. Objeto del presente análisis.— II. Breve recordatorio sobre el alcance de las mandas que regulan el testimonio infantil en el CPPN.— III. Luces y sombras en torno a la aplicación del procedimiento contemplado por los artículos 250 bis y ter del CPPN.— IV. Las instrucciones generales de la Procuración General de la Nación.— V. Colofón.

I. Objeto del presente análisis

En el día de Reyes del 2004, esto es, el 6 de enero de ese año, el Estado argentino, en el ámbito de su jurisdicción nacional, saldó una antigua deuda que mantenía con las niñas, los niños y los/as adolescentes que habitaban su territorio, al promulgar la Ley N° 25.852 (Adla, LXIV-A, 105) que incorporó los artículos 250 bis y 250 ter al Código Procesal Penal de la Nación.

Estas normas rituales, que establecen el modo en que deben ser recibidas las manifestaciones de los menores de edad víctimas o testigos de delitos en las causas penales tramitadas por la justicia nacional (1), vinieron a reglamentar parcialmente y por ende a hacer efectivas, las disposiciones contenidas fundamentalmente en la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 12 y 19) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 42) que garantizan el derecho constitucional del niño a ser oído en todo

(1) Corresponde recordar que, conforme a la distribución constitucional de competencias legislativas, las provincias argentinas se reservaron la potestad de regular el procedimiento penal que rige en sus respectivas jurisdicciones, mientras que el Estado nacional debe hacer lo propio en aquella que le fue asignada, es decir, la jurisdicción nacional. De ello deriva que el Código Procesal Penal de la Nación -dictado por el Congreso Nacional- resulte el instrumento ritual que rige para la justicia federal de todo el país, así como también para aquellos tribunales nacionales (de instrucción y correccionales), encargados de investigar y juzgar los "delitos comunes" (no federales) cometidos en el ámbito de la Capital Federal cuya competencia aún no ha sido transferida a la órbita de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

proceso judicial o administrativo que lo afecte, o en el que se discuta una cuestión que lo haya afectado o involucrado, asegurándole al mismo tiempo la debida protección psico-física durante el desarrollo del acto judicial en el que participa.

Así, puede ya adelantarse que la versión de la niña, el niño o el adolescente víctima o testigo de un delito, recibida en forma correcta, es decir, evitando procedimientos que conlleven a su revictimización, pero a la vez garantizándole al imputado el respeto de sus derechos y garantías fundamentales en el juicio, termina por posibilitar que tales manifestaciones -aun verdaderas durante la etapa de instrucción- puedan ser utilizadas como elemento de prueba en un juicio, y hasta en algunos casos constituyan el sustento probatorio fundamental para comprobar o descartar el suceso delictivo investigado, tal como frecuentemente suele suscitarse en episodios de abuso sexual infantil.

A más de seis años de la implementación de tales preceptos, el presente análisis se propone destacar algunas observaciones críticas del modo en que oportunamente fuera regulado el citado mecanismo de recepción del testimonio infantil y de los recaudos que, en especial desde la órbita del Ministerio Público Fiscal de la Nación, paulatinamente fueron adoptándose a fin de suplir tales falencias.

II. Breve recordatorio sobre el alcance de las mandas que regulan el testimonio infantil en el CPPN

Hasta la sanción de los artículos 250 bis y 250 ter en el año 2004 y más allá de lo dispuesto en el

artículo 80, inc. c) del CPPN que habilitaba a los niños víctimas (la previsión legal no alcanza a los testigos) a concurrir a los actos procesales acompañados de una persona de confianza, siempre y cuando ello no colocara en peligro el interés de obtener la verdad de lo ocurrido, la normativa procesal nacional no contemplaba disposición alguna que expresamente garantizara un tratamiento especial para recibirle testimonio a los menores de 18 años de edad. A estos, sin embargo, desde la implementación del vigente código en 1992, se los considera capaces de atestiguar, sin perjuicio de la facultad del juez para valorar sus manifestaciones de acuerdo a las reglas de la sana crítica, conforme lo estipula artículo 241. Esto último no se verificaba en el anterior "Código Obarrio" (ley 2372, Adla, 1881-1888, 441) pues, el artículo 276 del citado Código de Procedimientos en Materia Penal de la Nación establecía en su primer inciso que los menores de 18 años no podían ser testigos sino para simples indicaciones y al solo objeto de la indagación sumaria, siendo que, habiendo llegado a esa edad, su testimonio era considerado válido aun en lo que se refería a cualquier suceso pasado en los cuatro años anteriores (2).

(2) Este mismo cuerpo legal en su artículo 306 establecía que "La declaración de dos testigos hábiles, contestes en el hecho, lugar y tiempo y de buena reputación o fama, podrá ser invocada por el Juez como plena prueba de lo que afirmaren". El problema del número de testigos, que antiguamente se tenía en cuenta, actualmente no constituye un obstáculo a los fines probatorios. La antigua máxima "testis unus, testis nullus" pudo tener utilidad para evitar procesos arbitrarios o errores groseros en una época en que la crítica psicológica no estaba edificada y los ciudadanos carecían de garantías individuales. Dicha regla es de origen hebreo: "Un solo hombre no testimoniara contra el hombre" (Deuteronomio, XIX, 15). Más tarde Loysel dirá: "Voz de uno, voz de nadie". En tal sentido, por una parte, por exceso de prudencia, se excluía al testigo único; por otra, por exceso de confianza, se otorgaba una fe absoluta a la deposición de dos testigos idóneos y concordantes. Fue Napoleón I quien sin embargo condenó esta regla cuando advirtiera que "Es así que un hombre honesto no puede hacer condenar a un pillito, mientras que dos pillitos podrán hacer condenar a un hombre honesto!" (Conf. Gorphe, François, La Apreciación Judicial de las Pruebas, traducción al castellano de Delia García Daireaux, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1967, pág. 413). En el orden local -y en aplicación de la legislación procesal penal vigente-, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal ha reafirmado que "La regla 'testis unus, testis nullus' no tiene acogida en nuestro derecho, por lo que el testimonio de un único testigo es perfectamente válido si se compeade con el resto de las probanzas arriadas a la causa, máxime en los casos de delitos que se llevan a cabo en situaciones de soledad, donde

De acuerdo a lo prescripto por el texto de la antigua ley, a los menores de 18 años se los admitía como testigos en el sumario, mas no en el plenario y quienes pensaban que sus dichos podían utilizarse en la etapa de sentencia era porque consideraban que su testimonio podía ser evaluado según las reglas de la sana crítica, idea que extraían del para entonces moderno Código Procesal Penal de Córdoba (3), aunque era desechada por la legislación procesal nacional que aplicaba como método de valoración probatoria el de la prueba tasada.

Volviendo al análisis del Código Procesal Penal federal vigente a partir de 1992, hasta la sanción de los artículos 250 bis y ter en el año 2004 se verificaron algunos pocos intentos en mejorar la situación de las niñas y niños víctimas y testigos que, hasta entonces, debiendo o no (según su edad) prestar juramento de decir verdad, debían formular sus manifestaciones directamente ante el juez y/o un fiscal (durante la instrucción) y luego ante otros tres jueces (en el juicio), con la presencia de diversos intensados en el asunto, como por ejemplo, según el caso, el querellante y su abogado, los letrados defensores y nada más y nada menos que el propio imputado.

Entre tales paliativos, en el ámbito del Ministerio Público Fiscal, pueden rescatarse las resoluciones

resultaría ilógico pretender un número mayor de testigos" (CNCC, Sala V, c. 24.179, "Palmisano, Guillermo D., rta. el 10/5/2004. En igual sentido, misma Sala, c. 32.017, "Olivera, Oscar", rta. el 18/2/1994 y c. 23.678, "Berón, Ricardo Luis", rta. el 4/3/2004; Sala I, c. 26.014, "Albrecht, Mario Edelmar", rta. el 3/5/2005. Véase asimismo, CNCP, Sala III, "Pérez, Roberto", rta. el 4/10/2006 y misma Sala en el reciente precedente, "Chabán, Omar Emir", rta. el 20/4/2011). Estos criterios jurisprudenciales resultan trascendentales en investigaciones vinculadas a delitos sexuales cometidos en perjuicio de menores, en los que el relato de la víctima constituye una de las pruebas cardinales (sino la más importante) ya que tales episodios generalmente no son cometidos frente a testigos presenciales. La tesis expuesta, además resulta conteste con la doctrina de la Corte pronunciada en el caso "Vera Rojas" (CSJN, Fallos, 320:1551 del 15/7/1997).

(3) El (en el año 1992) derogado Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba (dec.- ley 5154) prescribía en su artículo 257 que "Toda persona es capaz de atestiguar, sin perjuicio de la facultad del Juez en apreciar su testimonio". En idéntico sentido, el art. 206 del Código Procesal Penal de Santiago del Estero. La capacidad testifical absoluta era proclamada incluso por el art. 256 del (ahora también derogado) Código de Justicia Militar, al establecer que podía ser testigo "toda persona (...), cualquiera sea su estado, sexo, jerarquía o condición).

PGN 25/99 (del 19/4/99) y su aclaratoria PGN 43/99 (del 10/6/99) -ambas aún vigentes, aunque, implícitamente derogadas en forma parcial a través de disposiciones posteriores-, mediante las cuales se instruyó a los fiscales para que en todos los casos en que exista un menor víctima o testigo de un hecho vinculado con delitos contra la integridad sexual o lesiones, se tomen ciertos recaudos tales como: 1) que previo a su declaración se de formal intervención a la Oficina de Asistencia a la Víctima de Delito (OFAVI) de la Procuración General de la Nación, o se solicite igual medida al juzgado interventor en las causas no delegadas; 2) evitar multiplicidad de relatos, y -si fuera posible-, que se desarrolle en una Cámara Gesell, filmando la declaración y con participación de expertos en la problemática infantil de sexo contrario al agresor; 3) en caso de niños menores de siete años de edad se de intervención a la OFAVI a efectos de que se expida acerca de la conveniencia de realizar dicha declaración en relación a su estado psico-físico y 4) se adopten las medidas pertinentes para evitar que los niños víctimas presten declaración o sean sometidos a interrogatorios en sede policial (4).

III. Luces y sombras en torno a la aplicación del procedimiento contemplado por los artículos 250 bis y ter del CPPN

Sancionados los artículos 250 bis y 250 ter del CPPN, fuera de los casos expresamente previstos por tales normas, buena parte de los fiscales comenzaron a aplicar el procedimiento por ellas establecido en otros supuestos, sin limitarlo por ende a las personas y las hipótesis a las que expresamente refieren tales mandas.

Conforme determinan estos artículos, las manifestaciones que pueda aportar un niño víctima de lesiones o de cualquier delito contra la integridad sexual únicamente pueden ser recibidas por un psicólogo especialista en niños y adolescentes, sin que aquél, en momento alguno del proceso (esto es, desde la prevención o la denuncia, hasta que

(4) Sin perjuicio de lo establecido esta última disposición, que sólo refiere a víctimas (y de delitos sexuales o lesiones) y no a cualquier clase de testigo, el artículo 118 del CPPN ya impedía tales interpolaciones en las comisarías al establecer claramente que "en los casos de delitos dependientes de instancia privada, la víctima y/o sus representantes legales sólo prestarán declaración ante el juez, el agente fiscal y su abogado, debiendo evitarse los interrogatorios humillantes".

adquiera firmeza de la sentencia impuesta en el juicio), deba enfrentarse o responder cualquier clase de interrogatorio que directamente pretendan formularle el juez, el fiscal, el querellante o sus letrados defensores o representantes, ni aun el imputado.

Según ambas mandas, el procedimiento se aplica de manera obligatoria para menores de edad que a la fecha de ser convocados al efecto no hayan cumplido los 16 años, siendo que con relación a aquellos que la fecha de ser requerida su comparecencia hayan cumplido los 16 años de edad y no hubieren cumplido los 18, el juez o el fiscal, previo a recibir el testimonio, deben requerir el informe de un especialista (psicólogo o psiquiatra infanto-juvenil) acerca de la existencia de riesgo para la salud psico-física del menor en caso de comparecer a los estrados y, cuando este se considere probable, debe procederse igual que con los menores de 16 años (el menor debe declarar únicamente frente al psicólogo, con las restantes provisiones establecidas para ese procedimiento especial).

Tales disposiciones establecen además que el acto debe llevarse a cabo en un gabinete acondicionado con los implementos adecuados a la edad y la etapa evolutiva del menor y que a pedido de parte o de oficio las alternativas del acto pueden ser seguidas desde el exterior del recinto a través de vidrio espejado, micrófono, equipo de video o cualquier otro medio técnico con el que se cuente. Frente a esta hipótesis, previo a la iniciación del acto, el órgano que dispuso la realización de la medida debe hacer saber al profesional a cargo de la entrevista las inquietudes propuestas por las partes, así como las que sugirieron durante el transcurso del acto, las que deben ser canalizadas teniendo en cuenta las características del hecho y el estado emocional del menor.

Por su parte, se determina que en el plazo que establezca el órgano que dispone la medida (como se analizará, el juez o el fiscal), el profesional actuante debe elevar un informe detallado con las conclusiones a las que arriba; y que ante supuestos de reconocimiento de lugares y/o cosas el menor debe ser acompañado por el profesional que designe el tribunal, no pudiendo en ningún caso estar presente el imputado.

La sanción de estas dos normas, como se indicara al principio, representó uno de los avances

más significativos que en materia de derechos humanos hasta entonces se habían efectivizado en la legislación procesal penal federal contemporánea (que por otra parte fue la primera del país en implementar el comentado mecanismo) por adecuarse en general su esquema a las prescripciones y exigencias internacionales estipuladas sobre el punto. Así, como también se adelantara, el Estado argentino comenzó a cumplir con su compromiso de adoptar medidas positivas a los fines de hacer efectivo el derecho de niñas, niños y adolescentes a ser debidamente oídos, lo cual sólo resulta posible adoptando su adecuado resguardo contra todo tipo de maltrato, debiendo incluirse dentro de este concepto al maltrato institucional que, en forma deliberada o negligente, pueda suministrarse no sólo a los menores que han resultado víctimas de un delito, sino también a toda persona en condición de vulnerabilidad (v.gr. por razones de edad, entre otras), cuya comparencia al ámbito judicial sea requerida para oficiar como testigo.

Con todo, desde su implementación pudieron advertirse algunas cuestiones que claramente podían ser mejoradas para optimizar el procedimiento, siendo que, particularmente, me permití trasladar tales inquietudes al "Primer Congreso Internacional sobre la Abuso Sexual y Paidofilia" que en septiembre de 2004 organizara el país la Asociación Pro Naciones Unidas (ANUA) y el Senado de la Nación, así como en oportunidad de haberse llevado a cabo el "Congreso nacional sobre el rol de la víctima en el proceso penal", en la ciudad de La Plata, en octubre del mismo año (5). Otras tantas fueron apareciendo con el correr del tiempo, muchas de ellas lamentablemente a costa de los propios niños, niñas y adolescentes, a menudo judicialmente revictimizados (pues debían ser varias veces convocados al no tomarse los re-

(5) Una breve reseña de los temas puntuales tratados al respecto en tales ocasiones puede consultarse en González Da Silva, Gabriel, Derecho del niño víctima a ser oído en el proceso criminal: su reglamentación en el Código Procesal Penal de la Nación, Doctrina Judicial, Buenos Aires, La Ley, T. 2005-1, ps. 254 y ss.). En representación de la Cátedra de Derecho Procesal Penal de la Universidad Abierta Interamericana, también expuse dicha problemática tanto en el "I Congreso Nacional, II Congreso Regional para la prevención, detección e intervención en abuso infantil y paidofilia" celebrado en el año 2005 como, luego, en el "I Congreso Internacional, II Congreso Nacional, III Congreso Regional (sobre) violencia, maltrato y abuso" concretado en 2007.

caudos necesarios en su primera citación), o bien de las personas imputadas de delitos a quienes, en algunas oportunidades, se les pretendió imponer como elemento probatorio cargoso primordial, manifestaciones respecto de las cuales jamás se les dio la oportunidad de controlar para ejercer el debido derecho de defensa en juicio.

De todas estas observaciones, por razones de espacio, aquí únicamente corresponde destacar algunas, sin que de ello pueda inferirse que aquellas que quedarán pendientes revisten menor importancia, las que podrán constituir el objeto de un próximo análisis.

a) Las personas beneficiadas con el procedimiento.

Según los comentados artículos 250 bis y ter del CPPN, en principio, los alcanzados por ambas normas son los menores víctimas de algún tipo de delito sexual o de lesiones, quedando de este modo descartados los niños que también resultan víctimas pero de otros delitos (a nivel de violencia intrafamiliar piénsese, por ejemplo, en un supuesto de homicidio calificado por el vínculo tentado -perpetrado por alguno de los progenitores-; un aborto preterintencional -de aquel que, sin haber tenido el propósito de causarlo, emplea violencia sobre la menor embarazada-; la exposición a peligro por abandono o desamparo, etc.).

Tampoco se prevé la situación de aquellos que si bien no han resultado damnificados directos de un accionar ilícito como los que prevé la norma, fueron testigos de tales episodios, con lo cual, lo mismo -indirectamente- deben ser considerados víctimas, pues incluso pudieron ser pasibles de algún tipo de daño psíquico (por ejemplo, la hermana de la víctima que observa el acto cometido por el padre de ambas en perjuicio de esta). Sobre el punto explican Glaser y Frosh que "los hermanos que presencian el abuso se encuentran en el mismo nivel de reacciones (que el abusado) cuando hablan de sus observaciones. Algunos se sienten agobiados por una culpa desesperanzada, que llevan silenciosamente consigo durante muchos años" (6). Así, no puede pasarse por alto que los testigos de la violencia desarrollada por otros miembros de la familia sufren el mismo

(6) Glaser, Danya y Frosh, Stephen, Abuso sexual de niños, Paidós, Buenos Aires, 1998, pág. 94.

daño y sintomatología que quienes son maltratados directamente. Ser testigo es una forma de victimización y una de las categorías posibles del cuadro de Maltrato Infantil (7).

En otro orden de ideas, si lo que tiende a preservarse es el interés superior de los niños en general y no sólo el del niño abusado sexualmente o golpeado, no encuentra explicación lógica alguna el motivo de asignar cierto tratamiento especial únicamente a las víctimas de determinada clase de delitos (para el caso, abusos sexuales y lesiones) y desproteger a los que han sufrido otros de similar y, según el caso, hasta mayor gravedad, o bien a aquéllos que han resultado testigos, de tales hechos, por ejemplo, de un episodio violento (8).

Con relación a esta última hipótesis debe repararse que no en pocas ocasiones los niños y fundamentalmente los adolescentes son los únicos que presencian (o que se animan a señalar que han presenciado) un homicidio (v.gr., aquéllos que se cometen en la esfera intrafamiliar, a la salida de un local bailable o en barrios de emergencia) (9). También resulta frecuente que una niña abusada sexualmente, por vergüenza, falta de confianza o temor a destruir la convivencia familiar, no efectúe la revelación de lo sucedido a un familiar cercano

(7) Conf. Ferreira, Graciela B., Cartilla para profesionales del derecho y funcionarios/as del Poder Judicial, Asociación Argentina de Prevención de la Violencia Familiar, Buenos Aires, s/fecha, pág. 18.

(8) En Inglaterra, a modo de ejemplo, el testimonio de un menor que no es víctima, pero que teme la reacción del imputado, también se recibe a través de un circuito cerrado de televisión, por el cual éste puede observar al niño, pero el menor no ve al imputado por lo que no debe soportar la confrontación (Conf. Kemelmajer de Carlucci, Aída, El inestable equilibrio entre el interés superior del niño y el derecho de defensa en juicio; Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Tomo 9-C, pág. 222).

(9) La particularidad apuntada no solo se da en países con necesidades sociales insatisfechas. En Escocia, como resultado de varias encuestas realizadas, pudo establecerse que durante los nueve meses anteriores a la realización de las mismas, un 33% de niñas y niños entre once y quince años de edad habían sido testigos presenciales de algún accidente automovilístico; 24% había estado implicado en alguna ruptura familiar y un 64% había presenciado alguna vez algún tipo de pelea en la que alguien resultaba herido (conf. Vitale, Gabriel M. A. De los testimonios de niños y niñas. Análisis y propuestas, en Derecho Penal Online, revista electrónica de doctrina y jurisprudencia en línea, artículo citado el 12/12/2004. Disponible en Internet: <http://www.derechopenalonline.com>).

(v.gr. madre, tía, abuela), pudiendo darse el caso que tampoco se atreva, o no posea otras personas mayores de confianza a quien efectuarles su relato (v.gr. maestra, terapeuta, médico). Frente a tal situación es muy probable que desahogue sus aterradoras experiencias en una amiga de la misma edad cuyo testimonio, posiblemente, luego habrá de resultar imperioso en la investigación penal.

Todos estos supuestos y otros tantos que se presentan de manera periódica en el ámbito forense llevan una vez más a sostener la exigencia de aplicar el procedimiento en cuestión también respecto de aquellos menores víctimas o testigos de hechos ilícitos disímiles a los previstos a por la norma. Ello, en estricta aplicación del principio de igualdad ante la ley (Art. 16 de la CN), garantía que importa el derecho de todos a que no se establezcan privilegios o excepciones que excluyan a unos lo que se concede a otros en iguales circunstancias.

b) La constante alusión en la norma al término "tribunal" para hacer referencia al órgano encargado de disponer la medida y la designación del entrevistador.

El artículo 250 bis del CPPN establece que los menores de 16 años comprendidos por esa manda deben ser entrevistados por un psicólogo especialista en niños y/o adolescentes "designado por el tribunal que ordene la medida, no pudiendo en ningún caso ser interrogados en forma directa por dicho tribunal" (inc. "a"); que "en el plazo que el tribunal disponga" el profesional actuante debe elevar un informe detallado con las conclusiones a las que arriba (inc. "c"); que a pedido de parte "o si el tribunal lo dispusiera de oficio" las alternativas del acto pueden ser seguidas desde el exterior del recinto y que en ese caso, previo a la iniciación del acto, "el tribunal hará saber al profesional a cargo de la entrevista" las inquietudes propuestas por las partes, así como las que surgieren durante el desarrollo del acto (inc. "d") y que cuando se trate de actos de reconocimiento de lugares y/o cosas, el menor debe ser acompañado "por el profesional que designe el tribunal" (conf. último párrafo). A su turno, el artículo 250 ter determina que cuando se trate de víctimas previstas en el artículo 250 bis que a la fecha de ser requerida su comparencia hayan cumplido los 16 años de edad y no hubieren cumplido los 18 años, "el tribunal" previo a la recepción del testimonio debe requerir informe

de especialista acerca de la existencia de riesgo para la salud psicofísica del menor en caso de comparecer "a los estrados" (10).

Lo expuesto lleva a preguntarse si el fiscal, en aquellas investigaciones que facultativamente el juez le delega, o que por imperio de la norma ritual directamente le son asignadas, puede ordenar la diligencia, o si, en cambio, se trata de una medida definitiva e irreproducible que en su caso, bajo pena de nulidad, debe ser requerida y dispuesta exclusivamente por el tribunal (conf. art. 213, inc. "c" del CPPN). En este sentido, puede afirmarse que más allá del interés en no repetir innumerablemente la ejecución de la entrevista (entre otros motivos, para evitar la nociva revictimización del menor involucrado) esta bien puede ser dispuesta por el fiscal de la causa de tener a su cargo la dirección de la pesquisa (Arts. 196; 196 bis, primero y segundo supuesto y 353 bis del CPPN).

Así parece haberlo determinado el propio legislador al no comprender la producción del acto analizado entre aquellos -definitivos e irreproducible- respecto de los cuales los defensores de las partes tienen "derecho de asistencia", y por ende, bajo pena de nulidad, deben serles expresamente notificados de manera previa, salvo que fuesen urgentes (conf. arts. 200 y 201 del CPPN). Por el contrario, al establecer que las alternativas del evento, "podrán ser seguidas" desde el exterior del recinto "a pedido de parte" (o de oficio), claramente ubicó dicha diligencia procesal entre los "demás actos de la instrucción" con relación a los cuales las partes tienen la "posibilidad de asistencia" y el juez (o el fiscal) debe "permitir" su intervención, siempre y cuando "ello no ponga en peligro la consecución de los fines del proceso o impida una pronta y regular actuación", veda que por otra parte el Código Procesal declara irrecusable (conf. art. 202 CPPN) (11).

(10) Conforme el Diccionario de la Real Academia Española, el término "estrado", en su sexta acepción, comporta el "lugar del edificio en que se administra justicia, donde en ocasiones se fijan, para conocimiento público, los edictos de notificación, citación o emplazamiento a interesados que no tienen representación en autos". Por su parte, la séptima acepción de la palabra refiere a las "salas de tribunales, donde los jueces oyen y sentencian los pleitos".

(11) Similar posición a la aquí planteada fue la que se volcara en el Informe Anual del Ministerio Público Fiscal del año 2004 (conf. art. 32 de la Ley Orgánica del Ministerio Público N° 24.946), en cuanto se apuntó que "(...) es perti-

Dejando de lado la muy cuestionable falta de exigencia normativa de notificación a las partes de la realización de la medida (por las razones que habrán de ser plasmadas en el punto que sigue), la propia naturaleza del trámite de recepción del testimonio infantil no permite considerarlo estrictamente como un acto definitivo e irreproducible, entendiéndose a estos como aquellas diligencias de prueba no susceptibles materialmente, por su naturaleza y características, o por las especiales circunstancias de su cumplimiento, de volverse a producir en iguales condiciones (12).

Por lo demás, la jurisprudencia mayoritaria se ha pronunciado en el sentido aquí sustentado, al no concebir a la entrevista de los artículos 250 bis y ter como un acto definitivo o irreproducible (13).

c) La disposición que establece que la comparecencia al acto del órgano que dispone la medida en principio es facultativa.

El mismo órgano que dispone la diligencia -para el caso, el juez o el fiscal- se encuentra obligado a concurrir y controlar el desarrollo del acto a través de un vidrio espejado, más allá de que las partes decidan comparecer o no a su realización (14).

nete resaltar que el dispositivo legal vigente (art. 250 bis del CPPN) no impide que el niño sea convocado nuevamente a los mismos efectos, en tanto no obliga la video-filmación del acto ni a su notificación a las partes, con lo que no garantiza su carácter irreproducible" (Informe Anual del Ministerio Público Fiscal, Año 2004, Informe del Área de Tutelas Especiales, pág. 119).

(12) Conf. Navarro, Guillermo Rafael y Daray, Roberto Raúl, Código Procesal Penal de la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Hammurabi, Buenos Aires, 2004. T. I, p. 505.

(13) Conf. CNCP, Sala III, c. 11.816, "Italia, Luis Roberto s/recurso de casación", reg. 1588/88, rta. el 15/10/2010 (véanse específicamente los votos de los jueces Catucci y Riggi); Sala II, c. 12.174, "Díaz, Ángel Alejandro s/recurso de casación", reg. 17.761, rta. el 20/9/2010; "B. C., G.", rta. el 9/5/2008 (DJ 2008-II, 2262); Sala IV, c. 9762, "Escobar, Carlos Javier s/recurso de casación", reg. 14.156, rta. el 15/11/2010; CNCC, Sala V, c.35.084, "P., J. I.", rta. el 2/9/2008 (La Ley, suplemento del 13/1/2009, p. 4); Sala VI, "F., A.M.", rta. el 17/6/2009 (La Ley, Suplemento Penal 2009 -agosto-, p. 56) y Sala VII, "C. H., C.", rta. el 20/7/2007 (La Ley Online AR/JUR/6805/2007).

(14) El inciso "d" del artículo 250 bis del CPPN parece determinar la concurrencia al acto del órgano que dispone la medida exclusivamente cuando "de oficio" o "a pedido de parte" correspondiese seguir sus alternativas desde el exterior del recinto.

En efecto, así como el legislador estima que jueces y fiscales no se encuentran capacitados para entrevistar a los niños que han resultado víctimas de un delito, porque precisamente concibe que son profesionales del derecho (y concretamente magistrados judiciales) y no psicólogos ni psiquiatras especialistas en minoridad; debe tenerse presente que estos últimos, por su parte, tampoco son abogados, ni expertos en investigación criminal y que aun cuando posean tales cualidades no revisten el rol (estratégico) de directores del proceso penal por lo que no pueden interferir en su orientación.

Por lo tanto, si bien deben encargarse de la realización de la entrevista, tendrán que ser guiados por el órgano estatal a quien se le ha conferido aquella específica función, tanto antes de comenzar el acto, anotiéndolos acerca de cuál es el objeto concreto de la pesquisa y sobre qué circunstancias se pretende que el niño se exprese (para lo cual bien podría facilitarle un cuestionario por escrito). Luego, durante su producción, evitando la formulación de preguntas indicativas y, previo a la finalización de la diligencia, haciéndoles saber si alguna cuestión no fue abordada; si cierta respuesta resultó insuficiente o si merece ser aclarada, extremos estos que sólo pueden ser advertidos por quien está empapado de los pormenores acontecidos durante el transcurso del sumario en el que se determinó la producción de la medida y quien domina los aspectos sustanciales que deben obtenerse de un testimonio para probar o descartar un delito.

El juez o el fiscal, según quien tenga a cargo la conducción de la pesquisa, será entonces quien debe controlar y asistir al profesional de la salud mental interviniente, labor esta que no podrá ser delegada en un inferior jerárquico por constituir la entrevista un acto trascendental del proceso, tal vez, dependiendo del caso, el de mayor importancia en todo su desarrollo.

Por lo demás, dicho funcionario público estará encargado de observar por el buen comportamiento de las partes en el sitio desde donde se observa la entrevista, adoptando las previsiones necesarias para que evitar todo intento interrupción o manifestaciones que permitan enterar al niño que lo están observando, al punto que se encuentra habilitado a obligar a la parte que

obstruye el normal desarrollo del acto a retirarse del recinto (15).

d) La ausencia de una disposición expresa que imponga notificar al imputado y a su defensa, o a la defensa oficial cuando el imputado no se encontrara individualizado, de la realización del acto.

Conforme fuera señalado, el inciso d) del art. 250 bis del CPPN comienza por establecer que "a pedido de parte", o si el tribunal lo dispusiera de oficio, las alternativas del acto "podrán" ser seguidas desde el exterior del recinto. Igual que como ocurre en el supuesto del también mencionado artículo 202 que regula la posibilidad de asistencia de los defensores a los actos de la instrucción, si quien ordena la medida no dispone de oficio dicho seguimiento, parecería que no está obligado a notificar a la defensa de la realización de la entrevista.

Tal omisión podría llegar a ocasionar la necesidad de reiterar la diligencia en el juicio para conferirle al imputado la oportunidad de "hacer interrogar" a la víctima, potestad sobre la cual a continuación habrá de volverse. De tal modo, la única forma de evitar el riesgo de repetición de la medida es a través de la fehaciente notificación a la defensa en un término prudencial antes de la realización del acto, en cuyo caso, como indica Luis García, "si la defensa no viene, ya sí es un problema de ella, pues el derecho de asistencia es disponible. En ese caso la defensa no podría aducir que no tuvo la oportunidad de interrogar libremente al testigo de cargo" (16).

(15) Conf. art. 202, primer párrafo, "in fine" del CPPN el cual establece que el juez permitirá que los defensores asistan a los actos de la instrucción siempre que ello no impida una pronta y regular actuación. Además, de acuerdo a lo que establece el artículo 203, los defensores que asisten a los actos de la instrucción no pueden hacer signos de aprobación o desaprobación, y en ningún caso pueden tomar la palabra sin la expresa autorización del juez, a quien deben dirigirse cuando el permiso les fuere concedido.

(16) García, Luis M., El principio de igualdad de armas y los nuevos requerimientos (El derecho al control de la prueba producida en el juicio. La incorporación de actos y la ocultación de la identidad de testigos, informantes e investigadores bajo cubierta), en Revista Prudentia Iuris, N° 50 (1999), pág. 89. La afirmación formulada por García resulta perfectamente válida en la medida que no se suponga una situación de negligencia o inobservancia de deberes ineludibles de parte del profesional actuante, que

Mas si no se le brinda al imputado la concreta posibilidad de ejercer de manera efectiva y útil tal potestad (17), en principio, luego no puede pretenderse utilizar las manifestaciones del niño como elemento probatorio de cargo a los fines de imponerle a aquél una condena (18).

Para la época de la sanción de las normas objeto de este análisis (año 2004) la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal ya había dictado el sonado fallo "Abasto" (antecedente del año 1999) que marcara una directriz en lo que respecta al adecuado ejercicio del derecho de defensa en juicio (19). Allí ya se hacía mención a alguno de

hayen redundado una deficiente defensa del imputado afectando de este modo sus garantías. Sobre este tópico en particular y, específicamente, sobre el consentimiento (válido) del defensor para incorporar en el juicio la versión del menor prestada en la instrucción, véase CNCP, Sala II, c. 12.174, "Díaz, Ángel Alejandro s/recurso de casación", reg. 17.161, del 20/9/2010. Véase asimismo, mismo tribunal, c. 7903, "Puentes, Juan Carlos s/recurso de casación", reg. 11.975, rta. el 20/6/2008, en concreto, voto del juez García en donde aquél, con cita del Comité Derechos Humanos, concluye que "el escrutinio de la actuación del abogado debe limitarse a los casos de evidente y grosera indefensión o de abandono de la defensa, o a los de crasa negligencia o incapacidad y la conclusión sobre este punto no puede estar sujeta a una comprobación ex post, según que la estrategia elegida hubiese arrojado o no los resultados pretendidos".

(17) La posibilidad sólo puede juzgarse útil y efectiva cuando el imputado o su defensa han estado en conocimiento de la fecha y hora de fijación de la audiencia y han estado en condiciones de interrogarlo exhaustivamente (conf. García, Luis M., El principio de igualdad de armas y los nuevos requerimientos..., ob. cit., p. 88).

(18) Nada impide sin embargo que las manifestaciones recibidas de tal forma (desaconsejada categóricamente en este breve ensayo) puedan utilizarse en oportunidad de dictarse el procesamiento del imputado (art. 306 del CPPN), o bien en el requerimiento de elevación a juicio del fiscal o la querrela (art. 347 inc. 2º del CPPN) pues, al no resultar definitiva ni irreproducible la medida, el contralor y la activa participación de la defensa en la misma puede garantizarse en el juicio (aunque tal reiteración, como se indicara, redundará en un nuevo padecimiento para el niño o la niña involucrados por lo que, debe insistirse, tal proceder resulta intolerable).

(19) CNC.P. Sala I, "Abasto, Héctor I.", reg. 2602, rta. el 11/2/1999 (La Ley, t. 2001-B, pág. 359). En este fallo se hacía expresa alusión a la presentación sobre el principio de igualdad de armas que Luis García efectuara en las Jornadas sobre Derecho Procesal Penal dictadas en la Universidad Católica Argentina en julio 1998, que luego fuera publicada por la propia institución educativa (conf. García, Luis M. El principio de igualdad de armas y los nuevos requerimientos..., ob. cit.), y que resultara la base teórica cardinal de

los precedentes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a los que varios años después recurrió la Corte Suprema de Justicia de la Nación al dictar el fallo "Benítez" (20) poniendo de resalto la plena operatividad de los derechos del imputado a "interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo" y en definitiva a "interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos", consagrados respectivamente por los artículos 14.3.e del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8.2.f de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En "Benítez" la Corte recurrió a la doctrina de los casos "Unterpentinger vs. Austria" (21); Säidi vs. Francia" (22); "Barberà, Messegué y Jabardo vs. España" (23) y "Bönisch vs. Austria" (24), todos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así como también al asunto "Castillo Petruzzi c. Perú" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (25), deduciendo de ellos:

i) Que "testigo de cargo" es toda declaración de una persona en que se funda una acusación o una decisión judicial condenatoria y que en este sentido debe considerarse como tal a "todo tipo de pruebas verbales" (26).

las posteriores investigaciones que en el ámbito nacional aparecieron sobre el tema.

(20) CSJN, Fallos, 329:5556, rta. el 12/12/2006.

(21) TEDH, serie A, N° 110, sentencia del 24/11/1986, esp. párr. 31.

(22) TEDH, serie A, N° 261, sentencia del 20/9/1993, párr. 43.

(23) TEDH, serie A, N° 146, sentencia del 6/12/1988.

(24) TEDH, serie A, N° 92, sentencia del 6/5/1985.

(25) Corte IDH, serie C, N° 52, sentencia del 30/5/1990.

(26) Lo expuesto constituye una apreciación de significativa importancia con relación a las manifestaciones que puedan verter niñas, niños y adolescentes a través del procedimiento establecido por el artículo 250 bis del CPPN, pues algunos subrayan que aquellas no constituyen una "declaración testimonial" en sentido propio (por no reunir las formalidades previstas para este medio de prueba por la normativa ritual), mientras que -en una posición minoritaria- otros consideran que el mecanismo apuntado constituye simplemente un peritaje (con motivo de la intervención de un perito -el psicólogo especialista

ii) Que si bien la incorporación por lectura de la prueba producida en la instrucción en algunas ocasiones y bajo ciertas condiciones puede llegar a resultar admisible, lo que se debe garantizar es que al utilizar esas declaraciones como prueba se respete el derecho de defensa del acusado.

iii) Que, al respecto, debe garantizarse a la defensa la posibilidad de interrogar a los testigos en contra y a favor bajo las mismas condiciones, a efectos de poder ejercer debidamente la defensa, potestad que puede verificarse tanto durante la instrucción como en el propio debate.

Cabe observar que el interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo -garantía que debe observarse aun cuando estos fuesen menores de edad (27)- "está determinando que por lo menos para el standard convencional basta con que [el imputado] tenga una oportunidad de dirigirles preguntas a través de otro" (para el caso, por intermedio del psicólogo), ya que de los pactos, "no se deriva un derecho personal del imputado a proponer preguntas por sí y directamente al testigo o perito" (28).

Finalizando este punto, no puede dejar de hacerse referencia al reciente fallo "Gallo López" de la CSJN (29) en el que el Máximo Tribunal nacional

en niñez-, quien además debe elevar un informe con las conclusiones a las que arriba luego de la recepción de los dichos del menor). En cualquier caso, las manifestaciones que aquellos efectúen y que sean introducidas de manera directa (v.gr. a través del procedimiento del 250 bis) o indirecta (v.gr. por medio de lo que puedan expresar durante el desarrollo de un peritaje psicológico) deben ser considerados como "testimonio de cargo", según el alcance dado a este concepto por la Corte.

(27) En "Bautista Cabana", la Sala II del Máximo Tribunal penal federal del país anuló una sentencia condenatoria que tuvo por probados diversos episodios de abuso sexual cometidos en perjuicio de menores de edad y que había valorado al efecto fundamentalmente lo declarado por las víctimas en Cámara Gesell en la etapa instructoria sin el contralor del imputado o su defensa. A esta última, que tampoco se la había notificado de la realización de la medida probatoria en la etapa inicial del procedimiento, hubo de rechazarse el pedido de citación de los menores al juicio, decidiéndose en este sentido la incorporación por lectura de sus manifestaciones (conf. CNCP, Sala II, c. 8458, "Bautista Cabana, Gabriel s/ rec. de casación", reg. 11.817, rta., el 9/5/2008).

(28) García, Luis M., El principio de igualdad de armas y los nuevos requerimientos..., ob. cit., p. 83.

(29) CSJN, c. G. 1359. XLIII; RHE, in re, "Gallo López, Javier s/causa N° 2222, rta. el 7/6/11.

dejara sin efecto el pronunciamiento de la Sala IV de la CNCP que a su vez había anulado la sentencia del TOC N° 12 de la Capital Federal que condenara al imputado a la pena de dieciocho años de prisión, accesorias legales y costas, por considerarlo autor del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por haber sido cometido por un ascendiente (en al menos en dos oportunidades), en concurso ideal con el delito de corrupción de una menor de dieciocho años de edad agravado por esa misma circunstancia.

Para adoptar aquél decisorio la Casación había tenido en cuenta el agravio de la defensa que argumentaba la imposibilidad que tuvo en el juicio de controvertir los dichos de la menor víctima, así como los de su tía, denunciante en la causa, ello, en el primero de los casos, como consecuencia de haber sido desaconsejada por las expertas su comparecencia en juicio a la luz de un intento de suicidio y los episodios psicóticos padecidos por la joven y en el segundo, por la imposibilidad de dar con el paradero de la de la denunciante. A su turno, para descalificar la sentencia casatoria, la Corte tuvo en consideración el curso causal probatorio independiente, estos es, la existencia de otros elementos probatorios objetivos valorados en la sentencia condenatoria por el tribunal oral (v.gr., un examen ginecológico por el que se constató que la menor presentaba desgarros himenales producidos por la penetración de un objeto romo, duro o semiduro; un examen pericial que determinara la compatibilidad de muestras de sangre y semen obtenidas del colchón de la víctima donde se habrían producido los ataques sexuales con la información genética obtenida de una muestra de sangre perteneciente al encausado; los testimonios de los psicólogos que entrevistaron a la menor, etc.). Por lo demás, el cimero Tribunal destacó que el a quo debió atender "los mecanismos especiales de protección de los derechos de quienes ya se encuentran en situación de vulnerabilidad" (en el caso, la víctima) (30).

En su voto individual, la jueza Highton de Nolasco resaltó la obligación determinar el punto de

(30) Conf. voto de la mayoría integrada por los jueces Lorenzetti, Fayt, Maqueda y Zaffaroni. La Dra. Highton de Nolasco emitió su propio voto, mientras que Petracchi se pronunció en disidencia por entender que el recurso extraordinario interpuesto resultaba inadmisibles (art. 280 del CPPN).

equilibrio entre el derecho de la defensa de controlar la prueba de cargo, frente a los derechos de la víctima en condición de vulnerabilidad, pues "incumbe al Estado la carga de justificar la limitación que se deba verificar", respecto del primero (conf. considerando 4°). Destacó la citada Magistrada 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. De modo que la vulnerabilidad, puede proceder de sus propias características personales o bien de las circunstancias de la infracción penal, agregando en este sentido que "se destacan, entre otras víctimas, las menores de edad y las que padecieron delitos sexuales" (considerando 5°). Teniendo en cuenta esta realidad, "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 (victimación secundaria); en todas las fases del procedimiento penal, deben proteger la integridad física y psicológica de la víctima" (considerando 6°).

Concluyó de esta forma la Dra. Highton de No-lasco que la sentencia anulada por la Cámara de Casación había garantizado el cumplimiento de esos parámetros y que "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 podría aparejar", siendo que además "este límite al control fue compensado por otras pruebas en las que la sentencia se fundó para formular el juicio de culpabilidad del acusado, que la defensa pudo fiscalizar y que habían confirmado el relato de la menor" (considerandos 7° y 8°). Desde esta perspectiva, "no puede sostenerse que la incorporación por lectura de los dichos de la víctima hubiera generado una iniquidad inaceptable entre los derechos colisionantes. No toda restricción del derecho a interrogar es incompatible con la noción de 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" (considerando 9°) (31).

La doctrina de "Gallo López", que podría ser interpretada como una excepción a lo sostenido por la propia Corte en "Benítez", en su caso no es más que eso: una salvedad, aplicada a un caso particular en el que se había logrado reunir un cúmulo de elementos probatorios de cargo de similar o igual importancia a la declaración de la víctima cuyo contralor, por razones humanitarias relacionadas con esta última, se denegó a la defensa. La experiencia indica sin embargo que resulta infrecuente (máxime episodios relacionados con violencia sexual) lograr la colección de semejantes evidencias a las ponderadas por la Corte en "Gallo López", que permitan argumentar la existencia de un curso causal probatorio independiente con suficiente envergadura para sostener válidamente una condena, sin con ello afectar la debida defensa en juicio del imputado. De modo que corresponde seguir insistiendo en la exigencia de notificar al imputado y su defensa de la realización de la entrevista de los artículos 250 bis y ter, a fin de respetar tal garantía constitucional básica y evitar el riesgo de que a la postre otros consideren insuficiente lo que para algunos alcanza para arribar a un juicio de certeza.

e) La restricción de la intervención y acompañamiento del psicólogo exclusivamente al acto de recepción del testimonio infantil o al "reconocimiento de lugares y cosas".

De la letra de los artículos 250 bis y ter surge que la intervención del psicólogo especialista a recibir la versión de los hechos del menor en un gabinete acondicionado a su edad y etapa evolutiva; a elevar un informe "con las conclusiones

(31) Para la jueza cuyo voto aquí resulta motivo de cita, con la anulación de una sentencia en las aludidas condiciones, la Cámara de Casación 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 delitos adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas -resolución 40/34 del 29 de noviembre de 1985- (conf. considerando 10°).

a las que arriban" (32) y a acompañar al menor "cuando se trate de actos de reconocimiento de lugares y cosas".

Sobre esto último, probablemente el legislador quiso hacer referencia al *reconocimiento de cosas* previsto por el art. 275 del Código Procesal Penal de la Nación y a la *inspección judicial de lugares* (art. 216) a la que pueden y deben asistir las víctimas y los testigos. Ello conlleva a advertir que se han dejado de lado otros actos de prueba respecto de los cuales también sería conveniente la asistencia del profesional, como por ejemplo, la inspección corporal y mental del art. 218 CPPN (incluyendo actos tales como la extracción compulsiva de sangre cuando procede como *ultima ratio*); la reconstrucción del hecho del art. 221 CPPN (en la que en modo alguno el menor puede ser enfrentado con el imputado) o el reconocimiento en fila de personas o por fotografías de los arts. 270 y 274 CPPN.

Va de suyo que el careo (art. 276), esto es, el acto procesal a través del cual se enfrentan dos o más personas que han declarado en el proceso con la finalidad, una vez reconvenidas, que aclaren los puntos contradictorios de sus declaraciones que resulten de interés para la causa (33) resulta una prueba inadmisibles cuando en ella deba participar un menor de edad (menor de 18 años) y pretenda enfrentárselo con el imputado (34). Por lo demás,

(32) Este informe, atento al carácter liminar de la medida, concretada en los albores de la instrucción cuando se comienzan a coleccionar los primeros elementos probatorios y en donde (en gran parte de los casos) no existen mayores elementos que permitan formular un dictamen categórico, en principio debería limitarse a consignar aquellas manifestaciones medulares para la investigación formuladas por el menor (cuya consideración surgirá del interrogatorio previo que el juez o el fiscal trasladan al profesional para que a su vez lo "canalic[e] teniendo en cuenta las características del hecho y el estado emocional del menor") y eventualmente la sugerencia del profesional de reiterar el acto (pues no siempre el menor revela lo que le tocó vivenciar en las primeras entrevistas); practicar algún peritaje psiquiátrico o psicológico determinado, o bien adoptar alguna medida tendiente a garantizar su integridad física o psíquica si advirtiera situaciones de peligro o la necesidad de un tratamiento asistencial.

(33) Conf. Navarro, Guillermo Rafael y Daray, Roberto Raúl, Código Procesal Penal de la Nación..., ob. cit., T. I, p. 670.

(34) Tiene razón Rozanski cuando dice que la relación adulto-niño es desigual, debido a la vulnerabilidad y nece-

teniendo en cuenta que el Código sólo admite que niñas, niños y adolescentes menores de 16 años formulen sus manifestaciones a través del procedimiento especial del artículo 250 bis, tampoco resulta posible que estos sean enfrentados a otros testigos, mientras que, con relación a las personas víctimas o testigos que cuentan entre 16 y 18 años, la medida lo mismo resulta harto cuestionable (35) y en todo caso habrá que tener en cuenta si aquéllos se encuentran en condiciones de participar de la medida o si su realización podría constituir un riesgo para su salud psicofísica (art. 250 ter CPPN).

IV. Las instrucciones generales de la Procuración General de la Nación

Luego de la incorporación de los artículos 250 bis y ter al código ritual federal, paulatinamente los fiscales penales nacionales comenzaron a advertir algunos los problemas puestos de manifiesto en este análisis y consecuentemente empezaron a tomar recaudos para evitar eventuales planteos nulificantes de las partes o bien la reiteración del acto en la etapa oral, para lo cual optaron por notificarlo con antelación a su realización. Por otra parte, también se instauró como práctica la filmación del acto para su utilización posterior (especialmente en el juicio o por otros peritos que intervengan con posterioridad), cautela que,

sidad de protección especial que requieren los segundos. Esa natural desigualdad, sin embargo, no implica necesariamente desequilibrio pues, aquellos adultos que respetan las necesidades y los derechos de las niñas, niños y adolescentes, establecen con éstos vínculos que permiten una relación igualitaria. Así, en ciertos casos, como por ejemplo los de abuso sexual, donde los principales derechos de los niños son desconocidos, la relación se caracteriza por la asimetría. El abusador, aprovechando la natural desigualdad, ejerce su poder para utilizar el cuerpo de la víctima en provecho de sus apetencias sexuales al tiempo que la domina para silenciarla y evitar ser descubierto. Como el careo se trata de una medida procesal que supone precisamente simetría, de practicarse en condiciones desiguales constituiría una medida ilegal (conf. Rozanski, Carlos Alberto, Abuso sexual infantil. ¿Denunciar o silenciar?, Ediciones B, Buenos Aires, 2003, ps. 54 y ss.).

(35) Nótese en este sentido que las Guías de Santiago sobre Protección de Víctimas y Testigos sobre las que habrá de hacerse referencia seguidamente, recomiendan la "evitación de cualquier visualización o enfrentamiento material con cualesquiera otras personas implicadas en el procedimiento, especialmente el imputado" (conf. Cap. I, art. 9.3.) de modo que parece comprender entre estos a otros testigos que deban intervenir en el proceso.

como podrá advertirse, tampoco es exigida por la norma procesal que -según el caso- únicamente dispone el "seguimiento" de la entrevista del psicólogo con el menor desde el exterior del recinto a través de vidrio espejado, micrófono, equipo de video o cualquier otro medio técnico con el que se cuente.

Hacia fines del año 2008, mediante la Resolución PGN 174/08 (del 16/12/2008), el Procurador General de la Nación instruyó a los Fiscales con competencia penal a cargo de las distintas dependencias fiscales de todo el país para que incorporasen, como reglas prácticas para tener en cuenta en la atención de víctimas y testigos, las "Guías de Santiago sobre protección de víctimas y testigos". Este documento, aprobado en la XVI Asamblea General Ordinaria de la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos (AIAMP), celebrada en Punta Cana, República Dominicana en julio de 2008 (el trabajo había sido concluido en julio de ese mismo año en una reunión celebrada en Santiago de Chile y de allí su denominación), contiene diversas disposiciones especialmente dirigidas a los Titulares de los Ministerios Públicos (a los que el instrumento alude como Fiscales Generales) de los diversos países iberoamericanos, para que promuevan, dentro de las instituciones que dirigen, las condiciones para la protección merecida por las víctimas y testigos de delitos sea prestada de la forma en que allí se indica.

El documento cuenta con tres capítulos, el primero dedicado a establecer principios generales de tratamiento de las víctimas de delitos (que adopta un concepto amplio de víctima, pues comprende no solo las directas, sino cualquiera indirecta afectada por la comisión del delito). El segundo, al tratamiento específico de testigos; mientras que el último establece la adopción de actuaciones de seguimiento a los fines de verificar la efectiva aplicación de las Guías de Santiago por parte de los Ministerios Públicos.

En lo que respecta a niñas, niños y adolescentes, el citado instrumento establece que toda participación de aquellos debe abordarse desde una premisa de máxima cautela, con salvaguarda de su identidad, imagen e intimidad. El testimonio de los menores debe disponerse excepcionalmente cuando resulte ineludible y su necesaria su contradicción para hacerlo servir como prueba debe ejecutarse evitando cualquier riesgo de vic-

timización secundaria. Se recomiendan diversas cautelas al efecto, tales como que el menor pueda ser acompañado por una persona de confianza; que la dirección del interrogatorio quede a cargo de un profesional especialmente entrenado en el tratamiento de menores; que se procure evitar su visualización o enfrentamiento con cualquiera de las personas implicadas en el proceso y que se soslaye su recepción en lugares que pudiesen resultarles hostiles.

Finalmente se encomienda a los distintos Ministerios Públicos a impulsar medidas tendientes a la protección de testigos en tal condición y a adoptar medidas preventivas específicas para garantizar su seguridad e integridad psico-física, amén de otras necesidades básicas (esto último especialmente en lo que alcanza a los denominados programas de protección a testigos).

Por su parte, a través de la Resolución PGN 8/09 (del 24/2/2009) el Procurador puso en práctica algunas de las disposiciones establecidas en las "Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos", redactadas por la Oficina Internacional de los Derechos del Niño de la ONU en 2003 y aprobadas por el Consejo Económico y Social en 2005. En esta ocasión, el titular del Ministerio Público Fiscal volvió a insistir sobre la necesidad de evitar la reiteración de los actos procesales que puedan implicar la vulneración de derechos de los menores involucrados, aunque en este caso, poniendo de manifiesto la exigencia paralela de impedir la generación de posibles nulidades por afectación del derecho de defensa del imputado. Así, instruyó a los fiscales que en los supuestos de declaraciones de menores víctimas menores de edad, a fin de evitar repeticiones de ese acto procesal, aquellos, previa notificación a la defensa del imputado, deben disponer su registro filmico.

Si bien las prescripciones contenidas en los instrumentos hasta aquí enumerados garantizan de manera suficiente la correcta atención que desde los órganos estatales de administración de justicia debe dispensárseles a víctimas y testigos de delitos, sin dudas, las 100 "Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las personas en Condición de Vulnerabilidad" aprobadas en la XIX Cumbre Judicial Iberoamericana realizada en dicha ciudad en marzo de 2008 (en su redacción también participó la Asociación Iberoamericana

de Ministerios Públicos), no solo confieren un mayor espectro de protección (pues se extiende a otras personas que, además de los menores, se encuentran en condiciones de vulnerabilidad) sino que además determinan claramente el marco de participación que debe reconocérseles a las mismas en los procesos judiciales que de algún modo las involucra.

Conforme destacan Andreu-Guzmán y Courtis, las reglas implicaron tres avances importantes en materia de Derechos Humanos en un contexto de consolidación global de los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos realizada por los organismos internacionales, tales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y su par europea y en el ámbito doméstico por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El primero de tales avances consiste en el reconocimiento de que el derecho al respeto de las garantías del debido proceso (o a un proceso justo, según la terminología del Convenio Europeo de Derechos Humanos), y el derecho a la tutela judicial efectiva en caso de violación de un derecho fundamental, implican el derecho de acceso a la justicia. Ese derecho no se verifica en plenitud si la niña, el niño y el adolescente no es oído de la debida forma.

El segundo consiste en la aplicación concreta del derecho de acceso a la justicia como en el cumplimiento de las obligaciones positivas del Estado en materia de Derechos Humanos, destinadas a remover aquellas barreras y obstáculos en el orden jurídico y social, económico y cultural que dificultan o impiden el pleno ejercicio de los derechos humanos por parte de sus titulares.

El tercero es la creciente toma de conciencia acerca de las barreras para el acceso a la justicia y para el ejercicio de cualquier otro derecho que no son de carácter individual, sino grupal. Esto justifica que las dificultades experimentadas por las personas para acceder a la justicia y para ejercitar sus derechos se deben en parte a su pertenencia a grupos sociales en situación de vulnerabilidad (36).

(36) Conf. Andreu-Guzmán, Federico y Ocurris, Christian, Comentarios sobre las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, en "Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, Ministerio Público de la Defensa, Defensoría General de la Nación, Buenos Aires, 2008, ps. 21 y ss.

Este panorama genera el deber por parte de los Estados de tomar medidas especiales respecto de los diferentes grupos tutelados para asegurar el pleno reconocimiento y el ejercicio de los derechos de los grupos tutelados (v. gr. mujeres, niños, personas con discapacidad, etc.).

Las Reglas se inspiran adecuadamente en estos principios y obligaciones y, concretamente en lo que a este examen concierne, determinan:

1) Que los servidores y operadores del sistema de justicia (entre ellos, los fiscales, según la Regla 24 "d") deben otorgar a las personas en condición de vulnerabilidad un trato adecuado a sus situaciones singulares (Regla 1), considerando en este sentido en condición de vulnerabilidad a las personas que:

a) Por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico (Regla 3).

b) En este sentido, según las Reglas, pueden constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad (Regla 4).

c) Respecto de la edad, se considera niña, niño y adolescente a toda persona menor de 18 años, salvo que haya alcanzado la mayoría de edad en virtud de la legislación nacional aplicable (37), estableciéndose que aquellos deben ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo (Regla 5).

d) Dentro del concepto de víctima se considera no solo a quien ha sufrido directamente el daño por la infracción penal sino, según el caso, a su familia inmediata o a las personas que están a cargo de la víctima directa (Regla 10).

2) Se recomienda la adaptación de los procedimientos para permitir la práctica anticipada de la

(37) La regla, de este modo, no se aparta de lo dispuesto en este mismo sentido por el artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

prueba en la que participe la persona en condición de vulnerabilidad, para evitar la reiteración de declaraciones, indicándose que a esos efectos puede resultar necesaria la grabación en soporte audiovisual del acto procesal, de tal manera que pueda reproducirse en las sucesivas instancias judiciales (Regla 37).

3) Se encarga adoptar las medidas necesarias para evitar retrasos en la tramitación de las causas, garantizando la pronta resolución judicial, así como una ejecución rápida de lo resuelto. En este mismo orden de ideas, se establece que cuando las circunstancias de la situación de vulnerabilidad lo aconsejen, debe otorgarse prioridad en la atención, resolución y ejecución del caso por parte de los órganos del sistema de justicia (Regla 38).

4) Se encomienda adoptar medidas destinadas a la especialización de los operadores del sistema judicial (entre ellos, obviamente los fiscales) para la atención de personas en condición de vulnerabilidad, indicándose la conveniencia de atribuir tales asuntos a órganos especializados y la intervención de equipos multidisciplinarios, para mejorar la atención y respuesta judicial (Reglas 40 y 41).

5) Se sugiere impulsar las formas alternativas de resolución de conflictos en aquellos supuestos en que resulte apropiado, tanto antes del inicio del proceso como durante la tramitación del mismo, recomendándose la adopción de medidas específicas que permitan la participación de las personas en condición de vulnerabilidad en el mecanismo elegido de resolución alternativa de conflictos. Así, por ejemplo, la asistencia de profesionales, participación de intérpretes, o la intervención de la autoridad parental para los menores de edad cuando sea necesaria, debiendo desarrollarse las actividades de la diligencia en un ambiente seguro y adecuado a las circunstancias de las personas que participen (Regla 47).

6) Se exhorta a velar para que en toda intervención judicial se respete la dignidad de la persona en condición de vulnerabilidad, otorgándose un trato específico adecuado a las circunstancias propias de su situación y a proveer las condiciones destinadas a garantizar que aquella sea debidamente informada sobre los aspectos relevantes de su intervención en el proceso judicial, en forma

adaptada a las circunstancias determinantes de su vulnerabilidad (Reglas 50 y 51).

7) En cuanto a la comparecencia de las personas en situación de vulnerabilidad a las dependencias judiciales, se establece:

a) La necesidad de brindarle información de manera previa, relacionada con la forma de celebración y contenido de la comparecencia, ya sea sobre la descripción de la sala y de las personas que van a participar, ya sea destinada a la familiarización con términos y conceptos legales, así como otros datos relevantes al efecto (Regla 63).

b) Se recomienda la prestación de asistencia por personal especializado (profesionales en Psicología, Trabajo Social, intérpretes, traductores, u otros que se consideren necesarios), tanto de manera previa, como en el mismo acto judicial, a efectos de afrontar las preocupaciones y temores ligados a la celebración de la vista judicial (Reglas 64 y 65).

c) En este mismo sentido, según el caso, se encomienda autorizar a estar presente a una persona que se configure como "referente emocional", según los términos de la Regla 65, de la persona que se encuentra en condición de vulnerabilidad.

d) Se indica que la comparecencia debe tener lugar en un entorno cómodo, accesible seguro y tranquilo, procurándose evitar en lo posible la coincidencia en dependencias judiciales de la persona en condición de vulnerabilidad con el imputado, así como la confrontación de la víctima con aquél durante la celebración de los actos judiciales, procurando "la protección visual de la víctima" (Reglas 66 y 67).

e) Se exhorta a que la persona vulnerable espere el menor tiempo posible la celebración del acto judicial; que aquél se celebre puntualmente y que se otorgue preferencia o prelación al acto en que aquella participa (Regla 68).

f) Se aconseja, conforme a la Regla 69, evitar comparecencias innecesarias, debiendo las personas vulnerables concurrir cuando resulte estrictamente necesario conforme a la normativa jurídica interna, procurándose la concentración en el mismo día de la práctica de las diversas actuaciones en que deba participar la misma persona (vgr. prestar testimonio y realizarse un

examen psico-físico para determinar lesiones, o bien concurrir a realizar un photo-fit, etc.).

g) Se recomienda la posibilidad de "preconstituir la prueba" o "anticipo jurisdiccional de prueba", cuando fuese posible de acuerdo con el derecho aplicable (Regla 71), indicándose que en determinadas ocasiones se proceda la grabación en soporte audiovisual del acto, cuando ello pueda evitar que se repita su celebración en sucesivas instancias judiciales (Regla 71).

h) Se encomienda adaptar el lenguaje utilizado a las condiciones de la persona en condición de vulnerabilidad, tales como la edad, el grado de madurez, el nivel educativo, la capacidad intelectual, el grado de discapacidad o las condiciones socioculturales. Se exhorta en consecuencia a formular preguntas claras, con una estructura sencilla (Regla 72).

i) Se advierte que quienes participen en el acto de comparecencia deben evitar emitir juicios o críticas sobre el comportamiento de la persona, especialmente en los casos de víctimas de delitos (Regla 73).

j) Se indica que cuando sea necesario deberá protegerse a la persona en condición de vulnerabilidad de las consecuencias de prestar declaración en audiencia pública, recomendándose, si la legislación del país lo permite, excluir su presencia física del lugar del juicio o de la vista de los participantes, señalándose que a tal efecto puede resultar de utilidad el uso del sistema de videoconferencia o del circuito cerrado de televisión (Regla 74).

8) Se encomienda adoptar medidas necesarias para garantizar una protección efectiva de los bienes jurídicos de las personas en condición de vulnerabilidad que intervengan en el proceso judicial como víctimas o testigos; así como garantizar que la víctima sea oída en aquellos procesos penales en los que estén en juego sus intereses. Por su parte, se encarga prestar especial atención en aquellos supuestos en los que la persona está sometida a un peligro de revictimización reiterada o repetida (v.gr. violencia intrafamiliar, abusos sexuales o casos de delincuencia organizada) o sujeta a eventuales represalias (Reglas 75 y 76).

9) Se indica la conveniencia de prohibir la toma y difusión de imágenes, ya sea en fotografía o video, en aquellos supuestos en los que pueda

afectar de forma grave la dignidad, a la situación emocional o a la seguridad de la persona en condición de vulnerabilidad, impidiéndose en todos los casos la toma y difusión de imágenes cuando tales personas fuesen niñas, niños y adolescentes, por cuanto afecta en forma decisiva a su desarrollo como persona (Reglas 81 y 82). Siguiendo esta misma línea de ideas, en las situaciones de especial vulnerabilidad, se encomienda evitar toda publicidad no deseada de datos de carácter personal, prestándose especial atención en aquellos supuestos en los cuales los datos se encuentran en soporte digital o en otros soportes que permitan su tratamiento automatizado (Reglas 83 y 84).

10) Por último y concretamente en lo que respecta a la participación de niñas, niños y adolescentes en actos judiciales, se recomienda:

a) Que dichas diligencias se celebren en una sala adecuada;

b) Que se facilite la comprensión de aquellos utilizando un lenguaje sencillo;

c) Y que se eviten todos los formalismos innecesarios, tales como la utilización de la toga (38), la distancia física con el tribunal y otros similares (Regla 78).

A través de la Resolución PGN 58/09 (del 2 de junio de 2009), el Procurador General de la Nación resolvió adherir a las Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia en condición de Vulnerabilidad, instruyendo en tal sentido a los fiscales, aunque esta vez también a los funcionarios (v.gr. secretarios) y empleados de las distintas dependencias fiscales de todo el país, para que incorporasen como reglas prácticas en la atención de personas en condición de vulnerabilidad a tales reglas. Ese mismo día la máxima autoridad de los fiscales nacionales dictó otra Instrucción General de particular interés para el tema objeto de esta síntesis. Para hacer efectivas y permitir la operatividad de las normas que regulan situaciones como las descritas en las Reglas de Brasilia, mediante la Resolución PGN 59/09 instruyó a los fiscales con competencia penal de todo el país a que en todos los procesos que involucren como víctimas o testigos a menores de 18 años, procedieran del modo regulado en el

(38) Ello en lugares donde aún los jueces utilizan tal vestimenta. Así, por ejemplo, los desembargadores (jueces del tribunal de alzada) en algunos estados del Brasil.

artículo 250 bis del CPPN -cualquiera sea el hecho delictivo investigado-. Allí también encomendó (al igual que en lo dispuesto a través de las Res. PGN 25/99; 90/99 y 8/09) a disponer la filmación de la entrevista con el menor, procediendo a notificar al imputado y su defensa de la realización de ese acto y de los peritajes que se efectúen con su participación, realizándose tales medidas con control judicial (esto es, la puesta en conocimiento del juez de la causa por algún medio (39) del acto procesal que se va a desarrollar y la fecha y hora de su realización) y notificación a la defensa pública en aquellos supuestos en donde no exista un imputado identificado (40).

V. Colofón

La instrucción general 59/09 del Procurador General de la Nación, a nivel nacional, vino a suplir muchas de las deficiencias que presentan las normas procesales a las que se hiciera referencia al inicio de este ensayo pues, por un lado, contempla la aplicación del procedimiento previsto por los artículos 250 bis y ter del CPPN, no solo para víctimas, sino para testigos y de cualquier clase de episodio delictivo. A la par, obliga a los fiscales a notificar a la defensa del imputado (o a la defensoría oficial en turno en los casos de investigaciones con autores ignorados del art. 196 bis CPPN) antes de la realización del procedimiento, ello a los fines de que esta pueda ejercer la potestad de "hacer interrogar" (a través del psicólogo especialista en niñez y/o adolescencia) al menor que brinda su versión de lo ocurrido en el marco de un proceso penal. Por lo demás, también impone

(39) A modo de ejemplo, por simple decreto que disponga el envío al juzgado del expediente a donde se dispuso la medida, o bien de testimonios de aquél o de las partes principales de donde surja las circunstancias que llevan a considerar dirimente la prueba, o a través de la comunicación mediante oficio, correo electrónico a la dirección oficial del tribunal, y en casos urgentes y excepcionales, mediante conducto telefónico.

(40) Al poco tiempo, mediante la Res. PGN 64/09 (del 16/6/2009), el Procurador General de la Nación instruyó a los "fiscales nacionales y federales" (en rigor de verdad, todos son nacionales) con competencia penal para que verifiquen que en todos los procesos en que se reciban declaraciones testimoniales que sean apreciadas como dirimientes se proceda a notificar al imputado y su defensa de la realización de dicho acto y que, en aquellos procesos en los que aún no exista un imputado identificado, se realice la medida con control judicial y notificación a la defensa oficial.

la íntegra filmación de todo el acto, de modo que el cumplimiento de ambas previsiones terminan por posibilitar que el imputado pueda ejercer debidamente su defensa en juicio; que el tribunal oral interviniente tenga cabal conocimiento de lo manifestado por la niña o el niño y del modo en que lo hizo (gestos, movimientos, reacciones, etc.); que la prueba producida durante la instrucción pueda ser válidamente incorporada al debate evitando por ende su reiteración y la revictimización del menor y, finalmente, que esta pueda utilizarse como "testimonio de cargo", es decir, como fundamento de la acusación del fiscal o de la eventual sentencia condenatoria del tribunal.

Fuera del caso nacional (y del de las instrucciones de la Procuración que vinieron a suplir las falencias de la manda federal), algunas provincias tuvieron expresamente en cuenta parte de las observaciones que fueran efectuadas en aquellas ponencias presentadas en transcurso de los años 2004 y 2005, a las que se hiciera referencia al principio de este examen. Río Negro, primer estado local en implementar en 2005 un régimen de recepción del testimonio infantil similar al nacional, extendió el procedimiento no sólo a víctimas, sino también a testigos de delitos (conf. ley 3995 que incorporara los artículos 234 bis y 234 ter al CPP provincial) siendo seguida tiempo después por el Neuquén que en el año 2006 introdujo el artículo 225 bis al CPP local (conf. ley 2523) también tomando como parámetro tales reflexiones.

Superadas estas cuestiones que otrora aparecían novedosas y que en la actualidad, al menos en la jurisdicción nacional, se presentan como mecanismos reflejos en materia de recepción del testimonio infantil, se impone profundizar el debate sobre la necesidad de extender tal clase de procedimiento especial a otras víctimas y testigos que, sin resultar ser menores de edad, por otros motivos revisten la condición de vulnerabilidad y por ello el Estado debe adoptar especiales recaudos al momento de garantizarles su debido acceso a la justicia, garantía comprensiva del concepto del digno y comprensivo trato que aquellas deben recibir por parte de los agentes estatales (41).

(41) Está claro que el trato digno no se limita a atender con corrección, sensibilidad y tacto a la persona involucrada, sino que, entre otros extremos, quien cumple tal actividad debe encontrarse debidamente capacitado y

En este sentido puede destacarse la Resolución F. G. N° 58/2010, del 3/3/2010, en este caso del Fiscal General del Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a través de la cual estableció como criterio general de actuación para los fiscales a su cargo la utilización de la Cámara Gesell para video registrar las declaraciones de víctimas o testigos que, aún siendo mayores de edad, padezcan un alto grado de vulnerabilidad, a los fines de anticipar prueba y así evitar la revictimización que podría ocasionar el proceso y la pérdida de información que éstos puedan aportar para la investigación del caso (42). Lo mismo, la Resolución de la Procuración General de la Nación N° 94/09 (del 11/8/2009) que estableciera un Protocolo de Actuación para el Tratamiento de las Víctimas de Trata de Personas, a través del cual se prioriza la intervención asistencial de víctimas y testigos (concretada por profesionales ajenos a la persecución penal o el juzgamiento) por sobre la que realizan los actores judiciales encargados de la investigación. En ella, entre otras cautelas, se encomienda seguir las instrucciones impartidas en las resoluciones PGN 59/09 (cuando las víctimas y testigos del delito de trata fuesen menores de edad) y la 64/09 (cuando fuesen mayores de dieciocho años), resaltando el carácter dirimente de tales declaraciones.

También quedará pendiente para otra ocasión ahondar sobre los supuestos en los que fundadamente pueda presumirse que la previa notificación al imputado de la realización de diligencia del artículo 250 bis CPPN pueda poner en riesgo el "éxito" de la medida, o bien, lo que es peor, ocasionar un peligro para la integridad psicofísica de la víctima o el testigo (v.gr., en casos que hayan tenido lugar a nivel intrafamiliar donde el imputado convive con aquéllos).

La obligatoria intervención (aun durante la etapa de instrucción) de la Defensoría General de la Nación, por intermedio de la Unidad Funcional de Personas Menores de 16 años -cuando la víctima o testigo cuente hasta esa edad-; o de

entrenado para atender a las personas que revisten alguna condición de vulnerabilidad.

(42) En esta misma disposición se recomendó a los fiscales la utilización de la Cámara Gesell para video registrar las declaraciones de víctimas o testigos "en aquellos casos en que exista la posibilidad de perder la prueba y que el testimonio pretenda introducirse posteriormente en el debate" (conf. Art. 3°).

las Defensorías Públicas de Menores e Incapaces ante los Tribunales Orales en lo Criminal -cuando los menores involucrados tuvieran entre 16 y 18 años-, no sólo en supuestos de urgencia, sino en todo caso de recepción de la declaración a un menor de edad en los términos de los arts. 250 bis y ter CPPN para que actúe en representación de éste (43); así como de las Defensorías Públicas de Menores e Incapaces de Primera Instancia en lo Civil y Comercial y del Trabajo (44), para el caso de menores de edad víctimas de delitos contra la integridad sexual o trata de personas, constituye un interesante paliativo a tales situaciones, pues los fiscales en tales hipótesis deben ponerlas en conocimiento de aquéllas y eventualmente solicitar por su intermedio la promoción de las medidas que devengan necesarias para aventar tales riesgos (v. gr., promoviendo ante la justicia civil acciones que posibiliten la exclusión del hogar o prohibiciones de acercamiento del imputado a la víctima y/o testigo) (45), aguardando hasta tanto para concretar la realización de la medida de prueba que hasta aquí demandara nuestra atención. ♦

(43) Conf. Resolución DGN, 1404/09 del 30/10/2009 y Acuerdo General de la CNCC del 28/9/2009 generado a partir de la "Jornada de Reflexión sobre el Procedimiento Oral ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal (Ley 26.374)".

(44) Conforme se desprende de la citada Resolución DGN 1409/09, con motivo del Convenio Marco suscripto entre la DGN y el Programa "Las Víctimas contra las Violencias" del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación, mediante la Res. DGN 1663/08, se asignó como Defensorías Temáticas en el marco del plan piloto creado, a las Defensorías 2 y 3, en meses pares e impares, para las derivaciones que se efectuasen desde ese programa. La resolución citada en primer término extendió su actuación, con la misma modalidad de asignación, cuando fuese necesaria la intervención del Defensor de Menores e Incapaces para la protección de un menor de edad víctima de delitos contra la integridad sexual y de trata de personas.

(45) Razones de especialidad conllevan a promover tales acciones ante la justicia civil. Por lo demás, la jurisprudencia se encarga de demostrar que no es habitual que los jueces penales ejecuten tales tipos de cautelas cuando no fuesen dispuestas como una medida alternativa a la prisión preventiva (art. 310 del CPPN) y a los fines de que el imputado no entorpezca el proceso pretendiendo en libertad influir en la declaración de la víctima o el testigo. Sobre este tópico puede consultarse mi anterior trabajo, La excarcelación en delitos cometidos contra la integridad sexual de menores: perspectivas para decidir la libertad de eventuales paidófilos, en "Revista de Derecho Procesal Penal", Edgardo Donna (Director), Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, Volumen: 2005, ps. 341 y ss.