



UNIVERSIDAD EMPRESARIAL

SIGLO 21

Trabajo Final de Grado (TFG)

Abogacía

***LA “CÁMARA GESELL” COMO MEDIO DE
PRUEBA EN LOS DELITOS DE ABUSO
SEXUAL A MENORES DE EDAD***

NELSON FERNANDO PINTOS

Profesores: José Luis Lagos

Carlos María Casas Nóbrega

RESUMEN:

El presente trabajo trata de un problema tan grave y común hoy en día como lo es el abuso sexual a menores de edad. Los niños son el futuro de nuestra sociedad y por ende el objetivo principal de protección y regulación por parte del ordenamiento jurídico. Una manifestación de esta protección es la instauración del novedoso sistema de **Cámara Gesell** para tomar declaración a los menores de edad. El objetivo de este sistema radica en evitar la **revictimización** del menor que se produciría al someterlo a múltiples interrogatorios en forma inadecuada, ya que este sistema implementa una nueva forma de tomar declaración a través de un gabinete especialmente diseñado para la comodidad y seguridad del menor. No obstante, este sistema ha generado opiniones encontradas en cuanto a determinar si su implementación **vulnera** los principios constitucionales del **debido proceso**, es por ello que se analiza las distintas opiniones doctrinarias y jurisprudenciales, tanto nacional como internacional. A pesar de esta controversia es fundamental el aporte de este sistema ya que es la única manera de obtener **el testimonio** por parte del menor, y siempre protegiendo el **interés supremo** del mismo.

Abstract:

The present work is a problem as serious and common today as is the sexual abuse of minors. Children are the future of our society and therefore the primary objective of protection and regulation by the legal system. One manifestation of this protection is the establishment of the new system Gesell Chamber to take statements from children. The objective of this system is to avoid re-victimization of children that would be produced by subjecting it to multiple interrogations improperly, as this system implements a new way of taking statement through a cabinet specially designed for the comfort and safety of the child. However, this system has generated conflicting opinions as to determine whether their implementation violates constitutional principles of due process, that is why we analyze the different scholarly opinions and case law, both national and international. Despite this controversy is essential the contribution of this system as it is the only way to get testimony from the child, and always protecting the interests of the same.

“El primero en pedir perdón es el más valiente. El primero en perdonar es el más fuerte. Y el primero en olvidar es el más feliz”

PAULO COELHO

INDICE DEL TFG.

I.	Introducción	7
II.	Definición de objetivos generales y específicos.....	10
III.	Marco Teórico.....	12
	a. Antecedentes.....	12
	b. Metodología.....	14
IV.	Desarrollo.....	16
	Capítulo 1: La Cámara Gesell como medio de prueba.....	16
	• 1.1. Concepto de Cámara Gesell y sus características.....	17
	• 1.2. Concepto de “prueba” y “medio de prueba”.....	19
	• 1.3. Utilidad y conveniencia de este sistema.....	24
	• 1.4. Casos donde es estrictamente necesaria su implementación.....	26
	• 1.5. Beneficios para la víctima menor de edad.....	27

Capítulo 2: Marco normativo de la Cámara Gesell.....28

- 2.1. Análisis del artículo 250 bis y 250 ter del CPPN.....**29**
- 2.2. Menores favorecidos por este sistema según el Régimen Penal de Minoridad (ley 22.278).....**32**
- 2.3. Regulación en el ordenamiento procesal cordobés (ley 9197) y la incorporación del artículo 221 bis.....**36**
- 2.4. Análisis de la Convención de los Derechos del Niño.....**41**

Capítulo 3: “La Cámara Gesell y las garantías del “debido proceso” ..46

- 3.1. Concepto de “debido proceso”.....**47**
- 3.2. Cámara Gesell y “principio de defensa”.....**50**
- 3.3. Cámara Gesell y “principio del contradictorio” en el proceso penal...**54**
- 3.4. Cámara Gesell y garantía del juez natural.....**57**
- 3.5. Facultades que conserva el imputado.....**59**

- 3.6. Doctrina a favor de su constitucionalidad.....60

Capítulo 4: Posturas jurisprudenciales sobre la inconstitucionalidad de la Cámara Gesell.....63

- 4.1. Tribunal Oral Crim. Fed. Córdoba N° 2, autos “P., H. R. s/ trata de persona menores de edad”64
- 4.2. TSJ de Salta, autos “Jozami de Fili Nancy s/ acción de inconstitucionalidad”.....65
- 4.3. TSJ de Bs. As., Cámara de Crimen sala IV, autos “B.R.A. inconstitucionalidad del art 250 bis CPPN”.....67

V. Conclusiones.....69

VI. Anexo.....71

VII. Bibliografía.....74

I. Introducción

“Lo que se les dé a los niños, los niños darán a la sociedad”

Karl A. Menninger

Uno de los grandes problemas de nuestra sociedad es el abuso sexual infantil.

El abuso sexual infantil puede definirse como toda utilización del niño/a o adolescente para el placer sexual de otra persona. Esto implica la manipulación de los genitales del niño, el coito o su intento, el incesto, la violación, el exhibicionismo, el sexo oral, la exposición a material pornográfico y explotación sexual comercial a través de la prostitución y la producción de materiales pornográficos (www.unicef.org/argentina).

El delito de abuso sexual implica la participación de menores en actividades sexuales a instancias de uno o más adultos, frente a los que no puede emitir un consentimiento válido, que exige la plena comprensión y dimensionamiento de los alcances de la acción. Según la Dra. Giverti los abusos tiene efectos diferentes en niños y niñas, siendo estas últimas las más proclives a sufrir de estos abusos (Giverti, 2005). Por otro lado también, la Dra. Calvi hace referencia a que el sufrimiento psíquico provocado en los menores producido por el abuso afecta a la memoria y hay casos en que el acto afecta tan bruscamente que el menor es incapaz de narrar lo vivido (Calvi, 2006).

La forma en que los niños deben aportar sus relatos en los procesos criminales, específicamente cuando son víctimas o testigos en delitos contra la integridad sexual, es un tema muy discutido, sobre todo en estos últimos tiempos. El debate reside en determinar si los niños deben declarar ante un tribunal, frente a los jueces, fiscales, abogados defensores e inclusive el propio imputado, o si se le debe brindar un tratamiento especial.

Muchas veces, sea por los avances científicos, por el enriquecimiento de nuestro sistema procesal con la incorporación de tratados internacionales con jerarquía constitucional o simplemente por las reformas legislativas locales, el tema de la

“prueba” muestra algo novedoso o que puede presentar varias posiciones encontradas en cuanto a su validez.

En la vida cotidiana de tanto en tanto somos testigos del nivel hasta dónde puede llegar la perversidad del ser humano: un ejemplo de ello es el abuso sexual a menores de edad. Estos actos abusivos obviamente dejan huellas de por vida en las víctimas y es por eso que en estos casos se debe otorgar un tratamiento especial a la hora de recibir testimonios. Como consecuencia de esto surge un novedoso medio de prueba denominado “Cámara Gesell”, que surgió como una herramienta de observación en el campo de la psicología pero que luego fue aprovechado en el campo judicial, cuyo objetivo es evitar la victimización secundaria de los menores de edad víctimas o testigos de abusos sexuales. En el año 1990 ya se había implementado este medio de prueba en nuestro país, para asuntos de familia.

Sin embargo, a pesar de tener varios años de utilización, no ha recibido hasta el momento un tratamiento integral, sistemático ni exhaustivo. El objetivo central al que refiere nuestra investigación es determinar si este medio de prueba vulnera las garantías constitucionales del “debido proceso”, analizar si este sistema se adecúa a nuestro ordenamiento constitucional o si por el contrario, sería necesario reformular su trámite.

La defensa en juicio es considerada “inviolable” por el art 18 de la Constitución Nacional, garantía que también se encuentra consagrada en instrumentos internacionales con jerarquía constitucional, y se refiere a la posibilidad de comparecer ante el tribunal por parte de cualquier habitante de la Nación para hacer valer sus derechos como pretendiente activo o pasivo. También la defensa en juicio ampara a “la persona y los derechos de todo particular que intervenga por su determinación o por necesidad en un proceso, cualquiera sea el momento de desarrollo de éste, ya como actor acusador (pretendiente), ya como acusado (perseguido)” (Clariá Olmedo, 1982, p. 75). Y es por ello que este novedoso sistema ha traído grandes discusiones en el ámbito doctrinario y jurisprudencial respecto de su constitucionalidad.

Debido a la gravedad de estos delitos y del gran perjuicio que produce en sus víctimas es que sus testimonios son considerados como “actos irrepetibles”, por ejemplo, “solo aquellas pruebas que no puedan practicarse más de una vez, pues por su naturaleza o características son irreproducibles” (Cafferata Nores, 1998, p. 90). El acto también es considerado irreproducible “si no se lo puede repetir en idénticas

condiciones” (Núñez, 1986, p. 187). Es por ello que ante el carácter especial de este testimonio hay que cuidar que no se vulnere el derecho que le corresponde al imputado y se respete su derecho a ser oído.

Otro de los aspectos en discusión y que vulneraría la garantía de defensa del imputado, es el hecho de llevar a cabo este medio de prueba fuera de los estrados judiciales y sin la intervención del juez, en donde el testimonio lo recibe un psicólogo. A pesar de ello, es importante tener en cuenta que este acto no se realiza en forma secreta ni en desconocimiento de la otra parte, por lo cual el imputado o su abogado defensor pueden presenciar la declaración a través de una sala acondicionada.

El TFG comprenderá tres partes fundamentales: en la primera de ellas, que abarca los capítulos 1 y 2 se estudiará a la Cámara Gesell, sus características y conceptos fundamentales y el marco normativo que la regula. La segunda parte, que comprenderá el capítulo 3, desarrollará lo que se entiende por “debido proceso” y en qué casos se considera que el mismo es vulnerado como resultado del uso de este medio de prueba. Finalmente, en la tercera parte, comprensiva del capítulo 4, sea abordarán las posturas jurisprudenciales a favor y en contra de la constitucionalidad de este medio de prueba. Para finalizar se elaborarán conclusiones puramente explicativas, pero no con el fin de dar una única respuesta a esta problemática ya que aún falta mucho por recorrer sino a modo de aportar todo el conocimiento adquirido a través de nuestra investigación.

II. Definición de objetivos generales y específicos

OBJETIVO GENERAL:

Analizar si la Cámara Gesell como medio probatorio viola los principios del “debido proceso” y determinar qué consecuencias produce su utilización en el marco de nuestro ordenamiento jurídico.

OBJETIVOS ESPECIFICOS:

- Explicar qué se entiende por “debido proceso”
- Explicar qué se entiende por “prueba”
- Analizar cuáles son los fundamentos que llevarían a adoptar a la Cámara Gesell como medio probatorio en estos casos específicos.
- Determinar cuáles son las razones por las cuales no es conveniente someter a una víctima de abuso sexual menor de edad a un interrogatorio frente a un estrado.
- Analizar cuál es el marco normativo que regula la Cámara Gesell como medio de prueba en el ámbito nacional y en la provincia de Córdoba.
- Analizar por qué el uso de la Cámara Gesell puede considerarse violatorio del “debido proceso”.
- Determinar las razones por las que el uso de la Cámara Gesell puede vulnerar el principio de juez natural.

- Analizar en qué sentido afecta este medio probatorio a la defensa del imputado.
- Analizar los argumentos jurisprudenciales sobre la inconstitucionalidad de este medio de prueba.

III. Marco Teórico

Antecedentes

Debemos aclarar que este tema es bastante novedoso y como consecuencia de ello son los escasos antecedentes que podemos encontrar tanto a nivel nacional como provincial.

Al mismo nivel que nuestra Constitución Nacional (en virtud de lo dispuesto por su art. 75 inc. 22), se ubica la Convención de los Derechos del Niño, donde ratifica que el niño por su falta de madurez física y mental, necesita de protección y cuidados especiales. A nivel nacional, la Corte Suprema se expidió en el año 1990, autorizando la instalación y funcionamiento de una Cámara Gesell para asuntos de familia. En este caso específico había quienes pretendían rechazar dicho procedimiento sobre la base de que su uso lesionaría el derecho a la intimidad consagrado en el art. 1071 bis del Código Civil. Sin embargo la Corte consideró que el derecho a la intimidad no se vería lesionado, ya que no podrá emplearse la Cámara Gesell sin la expresa conformidad de las partes, y que el material obtenido mediante su uso debería utilizarse con fines muy específicos y bajo ciertas normas de confidencialidad¹.

En consecuencia la Corte resolvió autorizar la instalación y funcionamiento de una Cámara Gesell con la condición de que:

- a) medie conformidad escrita de la familia y de los abogados;
- b) se les explique previamente que la reunión será filmada o presenciada por otras personas;
- c) se les haga saber el propósito perseguido con la filmación;
- d) no se den a conocer los nombres de los miembros de la familia;
- e) el material fílmico se guarde en archivos y no se entreguen a terceros;
- f) no se utilice la Cámara Gesell cuando cualquiera de los miembros de la familia se oponga.

¹ CSJN, autos "Aon, Lucas Y Cárdenas, Eduardo José/Jueces Nac. s/avocación instalación de una Cámara Gesell" 10/07/90

Podemos citar como otro antecedente la Resolución N° 25/99 pronunciada por el Procurador General de la Nación, mediante el cual se instruye a los fiscales para que en aquellos en que les corresponda intervenir en el cual hay una víctima o testigo menor de edad adopten diversos recaudos, como por ejemplo tomar la declaración en una Cámara Gesell, la participación de peritos expertos, etc.

Así mismo se sancionó el 4 de diciembre del año 2003 la ley 25.852 que introdujo al Código Procesal Penal de la Nación los arts. 250 bis y 250 ter cuyo importante contenido será desarrollado oportunamente.

Entretanto, a nivel local, en el año 2002 en la provincia de Córdoba, el Tribunal Superior de Justicia, había reconocido como práctica judicial conveniente para evitar la victimización secundaria, la recepción de testimonios de niños víctimas en el ámbito de la Cámara Gesell. También debemos mencionar que en la provincia de Córdoba se dictó la ley 9197 publicada en el Boletín Oficial en diciembre del 2004 que incorpora al ordenamiento procesal el art. 221 bis, siendo este uno de los antecedentes más importantes no solo a nivel provincial sino también a nivel nacional, consagrando que este medio de prueba no solo beneficia a las víctimas sino también a los testigos menores de edad. Otro antecedente importante a nivel provincial lo encontramos en Río Negro, que incorporó un sistema similar a través del art. 234 bis del Código de Procedimiento, pero cuya práctica debió suspenderse por falta de infraestructura.

Como podemos notar los antecedentes son escasos pero no por eso menos importantes, es por ello que en este novedoso sistema aún podemos encontrar ciertas lagunas o cuestiones controvertidas que dan lugar a múltiples debates, como así también no debemos ignorar la carencia de recursos disponibles para implementarlo y la falta de preparación de profesionales para recibir dichos testimonios, lo cual pone en riesgo aquellos nobles propósitos que se tuvieron en cuenta al adoptar este medio de prueba que constituye la Cámara Gesell.

Marco Metodológico

Comenzaremos por explicar cuál será la metodología a utilizar, también las técnicas y los procedimientos para llevar a cabo el siguiente trabajo de investigación.

Empezamos por dar una definición de metodología:

“El término metodología, refiere al estudio de las reglas o normas que eventualmente ordenan o pautan tales procedimientos (de investigación) con arreglo a ciertos valores cognoscitivos (claridad, coherencia, objetividad, originalidad, relevancia, entre otros)” (Samaja, 1994, pág. 151). En el presente trabajo utilizaremos el tipo de estudio “descriptivo”, que es aquel que “apunta a hacer una descripción del fenómeno bajo estudio, mediante la caracterización de sus rasgos generales” (Yuni Urbano, 2003, pág. 47).

Este es el tipo de método utilizado ante una hipótesis establecida, siendo en este caso en particular el análisis de la Cámara Gesell como violatorio del principio de “debido proceso”. A partir de esta hipótesis se intentará establecer cuáles son los casos en que se considera que la Cámara Gesell como medio probatorio es violatoria del principio de debido proceso, también si se podría considerar que viola otras garantías constitucionales y cuáles son los argumentos a favor para adoptarla como medio de prueba. Se tratará de buscar distintos tipos de datos e información para luego exponer todo lo referido a la hipótesis planteada. Se utilizará información de la legislación, jurisprudencia, doctrina y otros textos relacionados al tema, existentes en la actualidad.

Determinado el tipo de estudio a utilizar, se indicará cuál va a ser la “estrategia metodológica” a implementar. Nos encontramos con tres tipos de estrategia metodológica: la cualitativa, la cuantitativa y la cuali-cuantitativa. Mientras la estrategia cuantitativa se orienta a la descripción, la explicación y búsqueda de generalidades y es propia de las ciencias naturales y exactas, la cualitativa defiende lo individual y concreto por medio de la comprensión o interpretación del fenómeno. Y el método cuali-cuantitativo es una combinación de ambos métodos. En este trabajo se utilizará el método cualitativo ya que se tratará de utilizar todos los datos e información disponibles para mostrar con qué extensión y alcance es utilizada la Cámara Gesell como medio de prueba y cuál es su valoración en la sociedad.

Fuentes:

Primarias: es la fuente madre desde donde se obtendrá toda la información disponible sobre el tema. Se analizará toda la jurisprudencia existente y cuál es la opinión de la mayoría de los jueces respecto a este novedoso medio de prueba, cuales son los fallos que la receptaron y las opiniones en contra. También se analizarán los artículos 33, 34, 36, 37 y 38 de nuestra Constitución Nacional y de los códigos de procedimientos, como también la ley 22.278 sobre Régimen Penal de Minoridad para así lograr obtener toda la información necesaria para nuestra investigación.

Secundarias: aquí se analizarán minuciosamente las opiniones doctrinarias al respecto, las posturas adoptadas por los distintos autores respecto del tema y cómo consideran la viabilidad de este nuevo sistema y sus perspectivas hacia el futuro del sistema procesal.

Técnicas de recolección de datos:

- **Observación de datos o de documentos:** se analizarán los documentos y datos obtenidos a partir de las fuentes primarias y secundarias. Se analizará la legislación citada, los fallos y la doctrina contenidos en todo tipo de textos informativos. A través de la legislación, queremos resaltar qué lugar se le da a este novedoso sistema en el ordenamiento jurídico en la actualidad; a través de la jurisprudencia se explicará cual fue el efecto que produjo la introducción de la Cámara Gesell en justicia y cuál es su tendencia respecto de su incorporación actual. Y en el ámbito doctrinario analizar las distintas corrientes que se presentan respecto a este sistema.

IV. Desarrollo

Capítulo 1:

La Cámara Gesell
como medio de
prueba

1.1 Concepto de Cámara Gesell y sus características

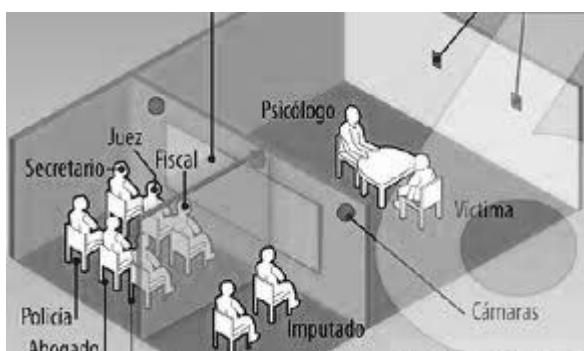


Figura 1. Cámara Gesell

La Cámara Gesell es un dispositivo creado por el Dr. Arnold Lucius Gesell (21/06/1880 – 29/05/1961), psicólogo y pediatra estadounidense pionero en el campo del desarrollo infantil, quien se dedicó a estudiar las etapas evolutivas de los niños. Básicamente la Cámara Gesell consiste en dos habitaciones con una pared divisoria en la que hay un vidrio espejado (solo permite la visión en un solo sentido) de gran tamaño que permite ver lo que ocurre en una de las habitaciones donde se realiza la entrevista, pero no al revés. Arnold Gesell la creó para ver la conducta de los chicos sin que estos se sintieran presionados al ser observados. El relato del menor debe llevarse a cabo en un ambiente físico especialmente diseñado para lograr la mayor comodidad y seguridad del mismo.

Lo ideal es que en la sala solo permanezca el menor y el profesional idóneo para tomar la declaración, ya que la presencia de otras apersonas podría condicionar el relato

del damnificado. A fin de que una vez comenzada la entrevista al menor y evitar que ésta se interrumpida por cualquier circunstancia, es que se equipa dicha sala con aparatos intercomunicadores para lograr que los observadores ubicados fuera del recinto puedan realizar cualquier tipo de consulta o directivas al profesional que realiza la entrevista, de este modo se estaría respetando también el principio de defensa, ya que el abogado defensor podría realizar las observaciones que considere pertinentes en cualquier momento.

Hay que resaltar que el uso de la tecnología es esencial en este medio de prueba, es decir que dicha Cámara debe estar acondicionada con los equipos de audio y de filmación necesarios para llevar adelante la recepción del testimonio, así de esta forma se permite que la entrevista al niño pueda ser controlada por las partes intervinientes como así por otros profesionales sin que el menor perciba su presencia.

Como habíamos mencionado al comienzo, este sistema surgió como una importante herramienta en el campo de la psicología, y al constatar los innumerables beneficios que representaba para el menor es que luego fue implementado en el campo judicial, sobre todo en los procesos de familia y penal.

El acto por el cual se obtiene la declaración del menor damnificado (víctima o testigo de un abuso sexual) debe ser llevado a cabo respetando ciertos recaudos para evitar nuevamente tener que repetir el mismo, pero al mismo tiempo debe asegurarse que sean respetados todos los derechos del imputado. Los sujetos comprendidos por la norma no son sólo los menores de edad víctimas del abuso sexual sino también todo aquel testigo de este delito que sufre daños psicológicos de diversa índole, por ejemplo Glaser y Frosh (1998) mencionan a los hermanos también.

Debemos aclarar que este acto no es propiamente una declaración testimonial como establece nuestro ordenamiento procesal ya que no reviste las formalidades exigidas, pues solo constituye una entrevista que debe ser llevada a cabo en un lugar especialmente acondicionado y fuera de los estrados judiciales. Como podemos observar este novedoso sistema presenta muchas cuestiones que podrían considerarse controvertidas en la actualidad de nuestro ordenamiento procesal, pero no por ello debemos desconocer el gran aporte que realiza al momento de tomar la declaración del menor.

1.2 Concepto de “prueba” y “medio de prueba”

Prueba

De acuerdo a nuestra Constitución Nacional, todo imputado goza de un estado de inocencia durante la tramitación del proceso y dicho estado solo desaparece mediante el dictado de una sentencia condenatoria firme, donde sólo se podrán tener como ocurridos los hechos efectivamente probados y acreditados en el juicio. Aquí notamos la fundamental importancia que cobra la prueba dentro del proceso, ya que actúa como una garantía frente a la posible arbitrariedad del estado. Podemos concluir que son las pruebas y no los jueces las que condenan.

La expresión “prueba” admite varias acepciones, en un sentido amplio se refiere al procedimiento para probar, al medio por el cual se intenta hacerlo y al resultado de lo que ha sido probado. “Es lo que confirma o desvirtúa una hipótesis o una afirmación precedente” (Cafferata Nores y Hairabedian Maximiliano, 2008, pág. 3).

También se puede definir a la prueba como la comprobación judicial, por los modos que la ley establece, de la verdad de un hecho controvertido, del cual depende el derecho que se pretende (Alsina, 1956). Para este autor la palabra “prueba” se usa para designar:

- Los distintos medios ofrecidos por las partes y que recoge el juez durante el proceso, por ejemplo: prueba testimonial o testimonial.
- La acción de probar.
- La convicción a la que llega el juez por los medios aportados.

Otra definición de prueba es la que la considera como “la actividad procesal, realizada con el auxilio de los medios previstos o autorizados por la ley, y encaminada a crear la convicción judicial acerca de la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por las partes en sus alegaciones” (Palacio, 1977, tomo 1, pág. 26).

Principios de la prueba

- *Admisibilidad*: es el acto por el cual se permite el ingreso prueba. Es el principio de dar entrada a una prueba.
- *Libertad*: las partes y el juez deben actuar con total de libertad en la tarea de obtener todas las pruebas que sean útiles para la comprobación de la verdad, salvo que por razones de moral y orden público no puedan ser realizadas.
- *Pertenencia*: solo se admitirá la prueba que resulte útil, idónea y pertinente para demostrar las afirmaciones controvertidas.
- *Negligencia procesal*: es el abandono o falta de diligencia en la tramitación del juicio. En ella pueden incurrir todas las partes intervinientes en un proceso.
- *Publicidad*: garantiza el principio de contradicción, implica que las partes deben tener igual oportunidad para conocer la prueba, participar en su producción, impugnarlas, discutirlos y valorarlas.

Medio de Prueba

El esfuerzo por comprobar que los hechos introducidos al proceso realmente ocurrieron de la manera en que se pretende, depende de la reconstrucción que de esos hechos se haga y esto se logra a través de la prueba, pues ésta es la que llevará a lograr la convicción necesaria en el juzgador. Los “medios de prueba” entonces aparecen

como el procedimiento establecido por la ley tendiente a lograr el ingreso del elemento de prueba al proceso.

Al momento de clasificar los “medios de prueba” podemos mencionar los más comunes, entre ellos:

- Pericial: a través de este medio se intenta ingresar al proceso, un dictamen fundado en especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos que resulta esencial para descubrir la verdad de los hechos. Aquí se requiere de conocimientos específicos de los cuales carece el juez o el fiscal, en virtud de ello solicitan la colaboración de un profesional idóneo en el área requerida.

Aclaremos que no es lo mismo un testigo y un perito. En el caso del testigo, percibe el hecho en forma accidental o espontánea, es decir, es involuntario a su persona. En el caso del perito, éste toma conocimiento de los hechos pero por un encargo judicial.

Todas estas prácticas, por lo general, se realizan fuera de los estrados, y no por eso hay una violación al principio del juez natural, ya que él mismo es el encargado de supervisar todo el procedimiento.

- Testimonial: es la declaración de una persona física (testigo), cuando ésta es sospechada por el mismo delito, siempre realizada dentro del proceso. Se refiere al relato de lo que ésta persona puede llegar a conocer sobre un determinado hecho a fin de ayudar a la reconstrucción del mismo (Cafferata Nores y Hairabedian, 2008, pág. 104).

Haremos mención a algunas características (Cafferata Nores – Haribedian, 2008):

- a) Siempre debe tratarse de una persona real, ya que solo ellas pueden percibir y transmitir sus percepciones. Las personas jurídicas se expresan por medio de sus representantes, en cuyo caso serán testigos éstos y no aquéllas.
 - b) La ley dispone que a los fines de que el testigo comparezca se libre citación.
 - c) El testigo al momento de declarar lo hará oralmente sobre todos los hechos de los cuales tiene conocimiento, salvo que tenga algún impedimento físico que se lo impida, en cuyo caso se le dará un tratamiento especial.
 - d) La declaración siempre debe realizarse dentro del proceso. Las manifestaciones extrajudiciales no son testimonios, salvo que sean ratificadas.
 - e) El testigo siempre va a declarar sobre todo lo que conozca.
 - f) Todo el conocimiento que tiene el testigo acerca de los hechos deberá haberlos adquirido antes de ser llamado a declarar.
 - g) Se pueden llegar a admitir opiniones del testigo, siempre que sean conducentes a completar la narración previa.
- Allanamiento: en realidad no es un medio de prueba, en realidad son medidas auxiliares de la prueba. Por ejemplo, ingresar a una casa que está protegida constitucionalmente, solo para realizar una actividad con fines procesales.

También podemos mencionar como otros medios de prueba:

- _ La reconstrucción de hechos e inspección judicial
- _ Los careos
- _ Los documentos públicos y privados
- _ Las visitas domiciliarias
- _ Las fotografías, videos, registros dactiloscópicos, etc.

Así como existen los medios ordinarios de prueba, también están los “*medios extraordinarios de prueba*”, ellos son:

- El agente encubierto: es un funcionario público que se infiltra en una organización aparentando ser parte de esa organización con una identidad falsa. Este medio de prueba sólo puede aplicarse en última instancia.

- El arrepentido: es el imputado que ha cometido un hecho reprimido por la ley de estupefacientes, a quien se le da la oportunidad de que colabore con la justicia brindando información para esclarecer los hechos, a cambio de una reducción de la pena, o en algunos casos se lo exima. El arrepentido podría revelar quienes son los coautores, partícipes, encubridores. En situación de extrema gravedad el imputado puede solicitar que se reserve su identidad.

1.3 Utilidad y conveniencia de este sistema

La “Cámara Gesell” cumple una tarea fundamental para lograr recibir el testimonio del menor, debido a que otorga a las víctimas o testigos de abusos sexuales, el cuidado y la protección necesarias, ya que de otra manera no se podría obtener la verdad si no es a través de toda la información posible que pueda brindar el menor. No debemos olvidar que el abuso sexual de los niños es uno de los problemas más graves que se pueden encontrar en el campo de la psicología y el derecho.

Pero el motivo fundamental que lleva a adoptar a este sistema es la necesidad de disminuir o evitar la victimización secundaria. Llamamos “victimización secundaria” al hecho de que el menor tenga que revivir toda la experiencia traumática que implica el abuso sexual, debido a que su integridad física y psíquica se ven tan afectadas que es imperiosa la necesidad de actuar siempre en protección del damnificado. También encontramos la llamada “victimización primaria”, que consiste en el daño directo sufrido por la víctima como consecuencia del delito, y también existe la “victimización terciaria”, que es la estigmatización que la sociedad realiza sobre la víctima.

Es sabido que el menor víctima o testigo de un abuso sexual suele atravesar por múltiples dificultades, como por ejemplo, cuando se lo somete a repetidos interrogatorios, o se les toma declaración en una sala que no es acorde ni adecuada para el mismo, y todo esto contribuye a que él damnificado experimente efectos muy negativos, ya que aparecen sentimientos de vergüenza o humillación en el menor. Todo esto lleva inevitablemente a adoptar algún tipo de medida para su protección.

El menor de edad que es sometido a un abuso sexual experimenta un sometimiento corporal tan degradante y humillante que muchas veces va acompañado de la amenaza para que no revele lo sucedido, dichas amenazas pueden consistir hasta en la muerte de la propia víctima o de algún familiar. Es por ello que la obtención de toda la información que pueda brindar el menor es fundamental para el esclarecimiento del hecho, por lo tanto, en este momento es en donde la Cámara Gesell cumple su rol principal, brindando un ambiente adecuado y totalmente acondicionado para lograr la

mayor comodidad del menor y que éste se sienta totalmente seguro a la hora de ofrecer su testimonio.

Somos conscientes que estos delitos perversos afectan nuestra sensibilidad mucho más que cualquier otro, por eso es necesario proteger al menor de edad y si esto implica un pequeño “choque” con nuestro ordenamiento y con la rigurosidad del procedimiento judicial, consideramos que es un precio que hay que pagar para lograr una sociedad mejor y más justa, ya que el derecho debe adecuarse a las nuevas situaciones de la realidad para no dejar impunes tan aberrantes hechos.

Si bien este tipo de delitos se ha reglamentado desde largo tiempo, la verdadera toma de conciencia respecto al daño que se produce en el menor es relativamente nueva. Aclaremos que el delito, más allá del daño físico y psíquico, también afecta la vida y desarrollo social del menor, y el grado de afectación va a depender en gran medida de las características del hecho como así también de la etapa evolutiva del menor en la cual se produjo el mismo, por ello es conveniente la implementación de este medio de prueba que tiene como objetivo principal la protección del menor de edad.

1.4. Casos donde es estrictamente necesaria su implementación

La Cámara Gesell tiene en vista nada más y nada menos que el interés superior del niño, consagrado en el art. 12 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño del año 1989, lo que implica una doble finalidad, por un lado, establecer un procedimiento que evite provocar nuevos daños al menor de edad, y por el otro, sin afectar las garantías constitucionales del imputado. Este procedimiento es fundamental en aquellos casos en donde la única prueba para descubrir la verdad de los hechos se obtiene del menor víctima.

Este medio de prueba tiene aplicación en todos aquellos casos en que una vez acaecido el hecho ultrajante contra el menor de edad, no sería para nada conveniente someterlo a diferentes interrogatorios en varios lugares o donde intervengan distintas personas que podrían inhibir al menor al momento de prestar la declaración, sino que todo este procedimiento debe llevarse a cabo en un lugar especialmente diseñado y acondicionado para lograr la mayor seguridad y protección del menor, todo ello de acuerdo a la edad y desarrollo del mismo.

El uso de este medio de prueba es fundamental en aquellos casos donde la víctima o testigo sea menor de 16 años (según el art. 250 bis CPPN) y en algunos casos excepcionales cuando la víctima sea mayor de 16 años pero menor a 18 años (art. 250 ter CPPN). Dichos artículos fueron introducidos por la ley 25.852, sancionada el 4 de diciembre del 2003. Todo esto será oportunamente analizado más adelante.

En la Cámara Gesell los niños/as solo deberán ser entrevistados por única vez mediante la intervención de un psicólogo especialista en niños/as y adolescentes, designado por el tribunal que haya ordenado la medida. Jamás puede ser interrogado directamente por el juez o las partes. Si se respetan todos estos requisitos se podrá obtener la primera revelación de todo lo acontecido, vivido y sufrido por el menor, y que casi siempre es lo fundamental para lograr esclarecer la verdad de los hechos.

1.5. Beneficios para la víctima menor de edad

Como sabemos, el acto del abuso sexual perpetrado en los menores de edad deja imborrables huellas de por vida en cada una de las víctimas, lo que afecta necesariamente sus modos de sentir, de pensar, de actuar. Es por ello que afirmamos, que el abuso no solo afecta la integridad física del menor ni su estado psicológico, sino también su vida social.

A raíz de esto, es que la Cámara Gesell cumple la función específica de tratar de disminuir o evitar la llamada “victimización secundaria”, definida precedentemente. Su objetivo es brindar a la víctima o testigo, un ambiente totalmente acondicionado y adecuado para que el menor al momento de prestar su declaración se sienta en confianza y seguro dentro del recinto. Esta seguridad de la que hablamos se logra al colocar frente del menor a un profesional idóneo en el ámbito de la psicología para que pueda obtener toda la información posible y valiosa para el proceso.

Toda la habitación donde se llevara a cabo la entrevista deberá estar totalmente equipada con equipos de audio y video para que el menor no perciba otra presencia más que la del psicólogo dentro de la misma. En muchas ocasiones y de acuerdo a la edad de la víctima, es que se suele decorar la sala con elementos o dibujos infantiles, similares si se quiere a la sala de un jardín de infantes. Todo esto, se realiza en virtud de poder ganarse la confianza del menor para así obtener el tan valioso testimonio. Lo que se pretende es lograr un clima de distensión, de confianza y comunicación entre el especialista y el menor que le proporcione a este último la seguridad suficiente para que brinde su relato de forma espontánea.

Cabe aclarar que por más que el menor se encuentre en una situación especial por la cual se le brinda todas las medidas de seguridad y comodidad para lograr su testimonio, no por ello se está vulnerando el derecho de defensa que le corresponde al imputado, ya que éste podrá seguir en todo momento lo que ocurre dentro de la sala a través de los equipos tecnológicos puestos a disposición de las partes.

Capítulo 2:

Marco Normativo

de la Cámara Gesell

2.1. Análisis del artículo 250 bis y 250 ter del CPPN

Uno de los aportes más fundamentales que se realizó en esta materia fue la sanción de la ley N° 25.852 con fecha de 4 de diciembre del 2003 y promulgada el 6 de enero del 2004, y publicada en el Boletín Oficial el 8 de enero del 2004. Esta ley introdujo al Código Procesal Penal de la Nación, los artículos 250 bis y 250 ter, que son la fuente directa de la actual regulación de todos los ordenamientos locales.

El argumento esencial para la sanción de esta ley fue que se consideraba “imperioso poner fin a las prácticas interrogativas que se producen en el ámbito judicial, tanto en la esfera de la instrucción como en la de los juicios orales y que revictimizan a los niños abusados”.

Como advertimos, el fundamento de esta normativa está en la protección de los intereses del niño, que muchas veces se veía vulnerado al no brindar al menor toda la protección necesaria, ya que solo se pretendía el descubrimiento de la verdad con total indiferencia del bienestar general del menor.

Estos dos artículos aportan una nueva forma de tomar declaración a los niños víctimas o testigos de abusos sexuales. Lo particular de este sistema es que el juez no es quien toma la declaración, sino que quién lo realiza es un especialista en tratar con menores de edad, ya sea un psicólogo o un psiquiatra.

El fin de este instituto procesal es evitar la victimización secundaria del niño mediante la toma de declaración de personas que no son idóneas para tratar con este tipo de víctimas o testigos, ya que de lo contrario le producirían nuevos perjuicios al menor.

El objetivo fundamental de este instituto es la protección de la integridad sexual del menor de edad y el normal desarrollo de la misma, la que muchas veces se ve vulnerada por el actuar malicioso, perverso y deliberado de personas sin escrúpulos, que buscan complacer sus más bajos instintos. Lo que se castiga es el “abuso” por parte de estos sujetos, que puede ser con o sin acceso carnal. Los sujetos activos pueden ser tanto mayores de edad de un sexo u otro, como también puede ser un sujeto menor de edad.

Muchas veces el autor del delito también puede actuar acompañado de manera deliberada con otro u otros sujetos, logrando con esto la total indefensión por parte de la víctima, lo que lamentablemente muchas veces desemboca en un homicidio.

Pasemos a analizar el primero de los artículos mencionados:

El artículo 250 bis, dispone que cuando se trate de víctimas de los delitos tipificados en el Código Penal, libro II, título I, capítulo II, y título III, que a la fecha en que se requiera su comparecencia no hayan cumplido los 16 años de edad se seguirá el siguiente procedimiento:

- a) “los menores aludidos solo serán entrevistados por un psicólogo especialista en niños y/o adolescentes designados por el tribunal que ordene la medida, no pudiendo en ningún caso ser interrogados en forma directa por el juez o las partes”.

La aplicación de este régimen deviene impuesta en forma automática, encontrándose el juez impedido de sortear este mecanismo.

Lo ideal es que en la sala sólo permanezcan el niño y el entrevistador, ya que la presencia de otras personas podría condicionar el relato del menor, especialmente si tienen algún lazo afectivo o poder sobre él mismo. Esto se realiza a fin de evitar que el niño sea sometido a múltiples interrogatorios como se realizaba antes de la implementación de este sistema, es por ello que el menor debe ser entrevistado por quien se encuentra mejor capacitado para tratar con el menor.

- b) “el acto se llevará a cabo en un gabinete acondicionado con los implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva del menor”.

Con esto se quiere resaltar que la entrevista se debe llevar a cabo en “condiciones asépticas”, es decir, en un ambiente físico diseñado especialmente para la etapa evolutiva del niño. Debe contar con equipos de audio y video instalados de una forma tal que su presencia no sea intrusiva ni llamativa para el menor.

- c) “en el plazo que el tribunal disponga, el profesional actuante elevará un informe detallado con las conclusiones a las que arriban”.

El informe emitido por el especialista debe consignar todas las particularidades y características de la entrevista, todo lo que percibió del menor, su estado de ánimo, sus emociones, sus temores al momento de hablar y por supuesto todo lo necesario para que el juez pueda llegar a tomar una decisión en base a pruebas certeras.

- d) “a pedido de parte o si el tribunal lo dispusiere de oficio, las alternativas del acto podrán ser seguidas desde el exterior del recinto a través del vidrio espejado, micrófono, equipo de video o cualquier otro medio técnico con que se cuente.

Por todo esto es que se considera fundamental que el recinto donde se lleva a cabo la entrevista se encuentre equipado con la más moderna tecnología para que las partes puedan seguir el acto desde afuera de la sala y poder realizar todas las observaciones que consideren necesarias a través de aparatos intercomunicadores.

En este caso, previo a la iniciación del acto, el tribunal hará saber al profesional a cargo de la entrevista las inquietudes propuestas por las partes, así como las que surgieren durante el transcurso del acto, las que serán canalizadas teniendo en cuenta las características del hecho y el estado emocional del menor.

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

Por su parte, el art. 250 ter dispone:

“Cuando se trate de víctimas previstas en el artículo 250 bis, que a la fecha de ser requerida su comparecencia, hayan cumplido 16 años de edad y no hubieren cumplido los 18 años, el tribunal previo a la recepción del testimonio, requerirá informe

del especialista acerca de la existencia de riesgo para la salud psicofísica del menor en caso de comparecer ante los estrados. En caso afirmativo, se procederá de acuerdo a lo dispuesto en el art. 250 bis”.

Se considera que si bien los menores de edad entre 16 y 18 años poseen un grado de madurez suficiente como para someterlo ante un estrado judicial, sin embargo resulta necesario un informe previo de un especialista en donde se asegure que el menor se encuentra en condiciones psicofísicas adecuadas para brindar su relato.

En estos dos artículos podemos advertir la finalidad protectora que tuvo en miras el legislador, y que se manifiesta en tres aspectos fundamentales (Marisa Cangenova y Néstor Costabel, 2004) que son:

- a) Los niños y/o adolescentes solo podrán ser entrevistados por un psicólogo especialista.
- b) Que se deben adoptar las medidas especiales en cuanto al lugar de desarrollo del acto (espacio físico) de acuerdo a la edad y etapa evolutiva del menor.
- c) Y que no prestaran declaración en presencia del imputado.

2.2. Menores favorecidos por este sistema según el Régimen Penal de Minoridad (ley 22.278)

En esta parte del trabajo haremos unas breves consideraciones respecto del llamado Régimen Penal de la Minoridad, establecido por la ley nacional N° 22.278. Debemos destacar que este régimen proviene de la “dictadura militar”, vale recalcar, que ya tiene más de tres décadas de vigencia.

Lo que sucede en estos tiempos es que el escenario político ha cambiado, sea porque hay fuertes compromisos públicos hacia los Derechos Humanos y particularmente hacia los Derechos del Niño. Este nuevo escenario exige una impostergable revisión en la legislación (González del Solar, 2010).

A continuación analizaremos sólo algunos de los artículos más importantes:

Artículo 1º.

No es punible el menor que no haya cumplido dieciséis años de edad. Tampoco lo es el que no haya cumplido dieciocho años, respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos años, con multa o con inhabilitación.

Si existiere imputación contra alguno de ellos la autoridad judicial lo dispondrá provisionalmente, procederá a la comprobación del delito, tomará conocimiento directo del menor, de sus padres, tutor o guardador y ordenará los informes y peritaciones conducentes al estudio de su personalidad y de las condiciones familiares y ambientales en que se encuentre. En caso necesario pondrá al menor en un lugar adecuado para su mejor estudio.

Si de los estudios realizados resultare que el menor se halla abandonado, falto de asistencia, en peligro material o moral, o presenta problemas de conducta, el juez dispondrá definitivamente del mismo por auto fundado, previa audiencia de los padres, tutor o guardador.

Artículo 2º.

Es punible el menor de dieciséis a dieciocho años de edad que incurriere en delito que no fuere de los enunciados en el artículo 1º. En esos casos la autoridad judicial lo someterá al respectivo proceso y deberá disponerlo provisionalmente durante

su tramitación a fin de posibilitar la aplicación de las facultades conferidas por el artículo 4°.

Cualquiera fuese el resultado de la causa, si de los estudios realizados apareciera que el menor se halla abandonado, falto de asistencia, en peligro material o moral o presenta problemas de conducta, el juez dispondrá definitivamente del mismo por auto fundado, previa audiencia de los padres, tutor o guardador.

Artículo 3°.

La disposición determinará:

a) La obligada custodia del menor por parte del juez, para procurar la adecuada formación de aquél mediante su protección integral. Para alcanzar tal finalidad el magistrado podrá ordenar las medidas que crea convenientes respecto del menor, que siempre serán modificables en su beneficio;

b) La consiguiente restricción al ejercicio de la patria potestad o tutela, dentro de los límites impuestos y cumpliendo las indicaciones impartidas por la autoridad judicial, sin perjuicio de la vigencia de las obligaciones inherentes a los padres o al tutor;

Artículo 4°.

La imposición de pena respecto del menor a que se refiere el artículo 2° estará supeditada a los siguientes requisitos:

1°) Que previamente haya sido declarada su responsabilidad penal y la civil si correspondiere, conforme a las normas procesales.

2º) Que haya cumplido dieciocho años de edad.

3º) Que haya sido sometido a un período de tratamiento tutelar no inferior a un año, prorrogable en caso necesario hasta la mayoría de edad.

Artículo 6º.

Las penas privativas de libertad que los jueces impusieran a los menores se harán efectivas en institutos especializados. Si en esta situación alcanzaren la mayoría de edad, cumplirán el resto de la condena en establecimientos para adultos.

Como dijimos anteriormente, esta ley data de los tiempos de la dictadura militar, en donde se recalcaba que se debía poner una “edad alta”, ya que hasta los 16 años el menor era intocable, mientras que desde los 16 a los 18 años se establecía un régimen con muy pocas garantías, entonces si cometía algún delito se lo dejaba “en remojo” bajo algún tratamiento hasta que cumpliera los 18 años y después se lo enjuicia como un adulto por un delito que cometió cuando era menor. Es una declaración vergonzosa en la que se prevé la internación de niños y adolescentes en institutos bajo la falsa excusa de protegerlos, cuando en realidad lo que se hace es privarlos de la libertad en forma ilegítima.

De acuerdo a la normativa, el menor de 16 años no es punible, pero lejos de despenalizarlo lo que hace es encerrarlo sin un debido proceso, y los menores de entre 16 y 18 años se encuentran sometidos a un régimen con pocas garantías.

Podríamos considerar que si un Estado no puede proteger al menor de otra manera que no sea privándolo de la libertad, no debería ocuparse de la protección del mismo. Es por ello que debemos resaltar la fundamental importancia de la Cámara Gesell como una herramienta que brinda múltiples beneficios para el menor dentro de un sistema que como ya habíamos mencionado brinda muy pocas garantías. De esta manera todos los menores de edad víctimas o testigos de delitos de abuso sexual se encuentran protegidos por este novedoso medio de prueba, el cual les otorga toda la protección y cuidados necesarios que requieren en esta etapa evolutiva.

Este régimen implica un sistema con menos garantías que para los mayores de edad ya que se establece la privación de la libertad para los menores, y que algunos lejos de considerarlo una atrocidad, consideran al encierro de menores pobres como una forma de llevar tranquilidad a muchos sectores sociales.

Este “Régimen Penal de Minoridad” aún permanece formalmente vigente ya que sus disposiciones no han sido derogadas por otra normativa pero las cuales se encuentran muy cuestionadas, sobre todo por la Convención de los Derechos del Niño.

No podemos ignorar que el tema de la responsabilidad penal del menor sigue siendo de amplia discusión puesto que cada vez es mayor la cantidad de delitos perpetrados por delincuentes que ni siquiera llegan a la edad mínima de imputabilidad, lo que necesariamente nos lleva replantear lo que habíamos anticipado al comienzo, que es una inmediata reforma legislativa.

2.3. Regulación en el ordenamiento procesal cordobés (ley 9197) y la incorporación del artículo 221 bis.

En esta parte del trabajo entraremos en el análisis de la normativa local cordobesa, en donde se sancionó la ley 9197 que entró en vigencia el 15 de diciembre del año 2004, incorporando el artículo 221 bis constituyendo un aporte fundamental para la materia de estudio.

Debemos destacar que el Superior Tribunal de Justicia, ejerciendo su poder reglamentario, había firmado el día 11 de junio del año 2002, el “Acuerdo Reglamentario N° 24 serie B”, en donde se aconsejaba el uso de la Cámara Gesell instalada por el Servicio de Psicología Forense ya en el año 2000, en el cual se resolvió:

- a) Reconocer como prácticas judiciales convenientes para minimizar la victimización secundaria, la recepción de declaraciones de niños víctimas en el ámbito de “Cámara Gesell” del Servicio de Psicología Forense ubicada en el “Palacio de Justicia II”.
- b) Agradecer al Servicio de Psicología Forense, a los Fiscales de Instrucción y a las Cámaras en lo Criminal, la iniciativa en el uso de la Cámara Gesell para recibir en su ámbito las declaraciones de niños víctimas.
- c) Poner en conocimiento de los Tribunales, Asesorías y Fiscalías de los Fueros de Menores y Familia de los procedimientos utilizados en el Fuero penal a fin de estimular que se adopten similares procedimientos en la recepción de declaraciones de niños en el espacio mencionado.
- d) Instruir al Área de Infraestructura para que en otros Centros Judiciales se proyecten espacios que posibiliten a los jueces, Fiscales y profesionales de las áreas técnicas utilizar la “Cámara Gesell”.

Ahora realizaremos un breve análisis del art 221 bis, cuyo contenido constituye uno de los aportes más trascendentales que se haya hecho a nivel nacional en el ámbito de nuestro objeto de estudio. Así el mencionado artículo reza:

“Cuando se trate de una víctima o testigo de alguno de los delitos tipificados en el Código Penal, Libro Segundo, Capítulos II, III, IV y V, que a la fecha en que se requiera su comparecencia no haya cumplido los dieciséis (16) años de edad, se seguirá el siguiente procedimiento”:

- a) “Los menores aludidos sólo serán entrevistados por un psicólogo del Poder Judicial de la Provincia, pudiendo ser acompañado por otro especialista cuando el caso particular lo requiera, ambos designados por el órgano que ordene la medida, procurando la continuidad del mismo

profesional durante todo el proceso, no pudiendo en ningún caso ser interrogados en forma directa por dicho órgano o las partes, salvo que excepcionalmente y por razones debidamente fundadas, el fiscal lo pudiera autorizar. El órgano Interviniente evitará y desechará las preguntas referidas a la historia sexual de la víctima o testigo o las relacionadas con asuntos posteriores al hecho.”

*En este apartado se hace referencia a la necesidad de que el testimonio del menor sea tomado por un especialista y si es preciso también puede actuar junto a otro, y que en ningún caso lo pueda hacer el juez o las partes ya que con ello. Lo particular de esta normativa es la prohibición de realizar preguntas sobre la historia sexual de la víctima o testigo, particularidad que no la encontramos en el orden nacional.

- b) “El acto se llevará a cabo de conformidad a los artículos 308 (derecho de asistencia y facultad judicial) y 309 (notificación) del presente Código, en un gabinete acondicionado con los implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva del menor, cuando ello fuere posible.”

*Debemos advertir la importancia que reviste la asistencia y la notificación de las partes al momento de llevarse a cabo una Cámara Gesell, ya que en algunos casos se omite la notificación a la defensa o se la realiza tardíamente no dándole la oportunidad de preparar lo necesario para presenciar el acto, vulnerando con ello un principio constitucional como es “el principio de defensa”. También hay que resaltar que aún no se cuenta con los recursos humanos ni materiales imprescindibles para la operatividad de este medio de prueba.

- c) “El órgano interviniente podrá requerir al profesional actuante, la elaboración de un informe detallado, circunscripto a todos los hechos acontecidos en el acto procesal.”

*Es fundamental que el especialista consigne todos y cada uno de los detalles en el informe para ayudar al juez a tomar una decisión en base a pruebas certeras y contundentes.

d) “A pedido de parte, o si el órgano interviniente lo dispusiera de oficio, las alternativas del acto podrán ser seguidas desde el exterior del recinto a través de vidrio espejado, micrófono, equipo de video o cualquier otro medio técnico con que se cuente, o en su defecto, mediante cualquier otra modalidad que preserve al menor de la exposición a situaciones revictimizantes, sin perjuicio del derecho de defensa. En tal caso, previo a la iniciación del acto, el órgano interviniente hará saber al profesional a cargo de la entrevista, las inquietudes propuestas por las partes, así como las que surgieren durante el transcurso del acto, las que serán canalizadas teniendo en cuenta las características del hecho y el estado emocional del menor. Cuando se trate del reconocimiento de lugares y/o cosas, el menor será acompañado por el profesional que designe el órgano interviniente, no pudiendo en ningún caso estar presente el imputado, quien a todos los efectos será representado por el defensor, debiendo con posterioridad, imponérsele y posibilitarle el acceso al informe, acta, constancias documentales o respaldos fílmicos del acto.”

*Es fundamental contar con un recinto totalmente equipado con los equipamientos tecnológicos más modernos de manera que permitan seguir detalladamente lo que ocurre en la sala y de la misma forma permitirles a las partes realizar todas las inquietudes o preguntas que consideren pertinentes. Se establece que el imputado en ningún caso deberá estar presente cuando se realicen reconocimientos de lugares y/o cosas, sólo deberá estar presente el abogado defensor.

“Cuando se trate de menores que a la fecha de ser requerida su comparecencia hayan cumplido los dieciséis (16) años de edad y no hubieren cumplido los dieciocho (18) años, el órgano interviniente, previo al acto o a la recepción del testimonio, requerirá informe al especialista acerca de la existencia de riesgos para la salud psicofísica del menor respecto de su comparendo ante los estrados. En caso afirmativo, se procederá de acuerdo a lo dispuesto precedentemente”.

Al igual que en el orden nacional, se considera que a pesar de que el menor de entre 16 a 18 años ya cuenta con cierto grado de desarrollo como para estar frente a un

juzgado, debe examinarse previamente si este acto no le produciría algún perjuicio físico o moral.

Seguidamente haremos mención a la regulación dictada por el Superior Tribunal de Justicia con posterioridad a la sanción del artículo precedente que vino a completar el marco normativo atendiendo a las diferentes realidades de la provincia (Acuerdo Reglamentario N° 751, serie A, del 28/02/05).

El máximo órgano provincial, advirtió que con la incorporación del artículo 221 bis “*surgieron múltiples inconvenientes para su aplicación*”.

Al mismo tiempo consideró que:

“la disposición tendiente a disminuir la victimización secundaria en niños y jóvenes víctimas de delitos en contra de la integridad sexual, exige para su operatividad que el Poder Judicial cuente con los recursos humanos suficientes (psicólogos) y de infraestructura (gabinete acondicionado especialmente)”.

Podemos advertir que en la actualidad no se cuenta con esta disponibilidad en forma inmediata. En cuanto a la infraestructura se advierte que solo en el centro judicial de la capital provincial se cuenta con un gabinete especial acondicionado para tomar declaración que se encuentra situada en dependencias del servicio de psicología forense ubicada en el edificio de “Tribunales II”.

EL Superior Tribunal concluyó que debido a todos estos inconvenientes que existen en la actualidad “*la disposición no es operativa*” y entonces reglamentó la forma en que debe recibirse el testimonio de niños y adolescentes víctimas y testigos de delitos contra la integridad sexual, lo cual quedó diagramada de la siguiente manera:

- a) Los fiscales de Instrucción y las Cámaras en lo Criminal solicitarán un turno en el servicio de psicología forense para la recepción de la declaración en la Cámara Gesell si fuere posible.
- b) En otros centros capitales que cuentan con equipos técnicos se solicitará turno en el Equipo Técnico Multidisciplinario.

- c) Y en otros centros capitales que no cuentan con equipos técnicos, los Fiscales de Instrucción procederán a recibir la declaración conforme al protocolo de recomendaciones del servicio de psicología forense, presentado por su Coordinadora Lic. Graciela Y. Moreno, hasta tanto cuenten con un Equipo Técnico Multidisciplinario en el Centro Judicial.

Consideramos que es urgente y necesaria la implementación de más gabinetes para poder cumplir y hacer efectiva esta útil herramienta como es la Cámara Gesell, y no sólo en la capital de la provincia sino también en las demás jurisdicciones del interior.

2.4. Análisis de la Convención de los Derechos del Niño.

La Convención Internacional de los derechos del Niño (aprobada por las Naciones Unidas en el año 1989), fue promulgada por nuestro parlamento en el año 1990 mediante la ley 23.849, adquiriendo rango y supremacía constitucional en 1994 mediante la reforma que se hizo de nuestra Ley Suprema que la incorporó. Esta Convención impone que los estados “deben concebir a los niños como sujetos de derecho”, otorgándole protección legal.

La Convención sobre los Derechos del Niño, es el primer instrumento internacional jurídicamente vinculante que incorpora toda la gama de derechos humanos: civiles, políticos, culturales, económicos y sociales. En 1989, los dirigentes mundiales decidieron que los niños y niñas debían tener una Convención especial destinada exclusivamente a ellos, ya que los menores de 18 años precisan de cuidados y protección especiales que los adultos no necesitan (www.Unicef.org, 2013).

La Convención está compuesta de una serie de normas y obligaciones aceptadas por todos. Estas normas básicas (denominadas también Derechos Humanos), establecen derechos y libertades mínimas que los gobiernos deben cumplir. Se basan en el respeto a la dignidad y el valor de cada individuo, independientemente de su raza, color, religión, género, idioma, riqueza (www.Unicef.org, 2013).

Cabe destacar que gracias al artículo 75 inc. 22 de nuestra Constitución Nacional se coloca a la Convención sobre los Derechos del Niño en el mismo nivel que nuestra Carta Magna, donde en su preámbulo ratifica que *“el niño por su falta de madurez física y mental, necesita de protección y cuidados especiales, incluso a la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”*.

Haremos una breve mención sobre algunos de los artículos de esta Convención:

Según lo establece en su artículo 1º, con la palabra “niño” se designa a *“todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”*.

En su artículo 2º se garantiza que todos los estados partes respetarán los derechos enunciados en la Convención y asegurarán su aplicación a cada niño dentro de su jurisdicción sin discriminación alguna.

La Convención consagra tres cuestiones importantes.

- En primer lugar, se refiere al derecho de los niños a la “participación”, y reconoce explícitamente la necesidad de informar a los niños sobre todos sus derechos.
- En segundo lugar, se contemplan temas que nunca antes habían sido tratados, como por ejemplo, el derecho de los niños víctimas de distintas formas de crueldad y explotación y la obligación de los gobiernos para abolir estas prácticas.
- Por último, incluye principios relativos a la adopción y administración de justicia de menores.

En el artículo 3º, la Convención se refiere al “mejor interés del niño” y esto se convierte en un criterio obligatorio para todas las medidas relativas al niño

Todas las medidas respecto al niño deben estar basadas en la consideración del interés superior del mismo. Corresponde al Estado asegurar una adecuada protección y cuidado, cuando los padres u otras personas responsables no tienen capacidad para hacerlo.

En el artículo 4 se refiere a la Aplicación de los derechos:

Es obligación del Estado adoptar las medidas necesarias para dar efectividad a todos los derechos reconocidos en la presente Convención.

En el artículo 5 se refiere a la Dirección y orientación paternas

Es obligación del Estado respetar las responsabilidades y los derechos de los padres y de los familiares de impartir al niño la orientación apropiada a la evolución de sus capacidades.

En el artículo 6. Supervivencia y desarrollo

Todo niño tiene derecho intrínseco a la vida y es obligación del Estado garantizar la supervivencia y el desarrollo.

En el artículo 7. Nombre y nacionalidad

Todo niño tiene derecho a un nombre desde su nacimiento y a obtener una nacionalidad.

En el artículo 8. Preservación de la Identidad

Es obligación del Estado proteger y, si es necesario, restablecer la identidad del niño, si éste hubiera sido privado de parte o todos los elementos de la misma (nombre, nacionalidad y vínculos familiares).

En el artículo 12 se consagra “el interés superior del niño” donde se dispone:

“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del menor”. Es decir, los niños tienen derecho a expresar su opinión y a que ésta se tenga en cuenta en todos los asuntos que lo afectan.

En el artículo 13 se consagra la “libertad de expresión”; en el artículo 14 se refiere a la “libertad de pensamiento, conciencia y religión”

Como podemos observar, solo es un pequeño análisis de esta nueva perspectiva en torno al niño, ya que hay que considerar que los niños no son propiedad de sus padres, sino que son seres humanos y sujetos de derechos, como lo consagra el artículo 2 de esta Convención en donde se les reconoce el derecho a la “participación” y a la “información”.

El artículo 3 quizás es el que mejor refleja la importancia que tiene la Cámara Gesell para los menores de edad, al consagrar en el mismo “el mejor interés del niño”, ya que todas las decisiones que se tomen respecto del niño deben estar basadas en la consideración de su interés superior. Interés superior que también se encuentra consagrado en el artículo 12 haciendo hincapié en que en todas las decisiones que tomen las instituciones públicas o privadas deben tener en consideración dicho interés.

Éste medio de prueba no hace más que garantizar este interés superior del niño al brindarle todas las garantías necesarias acorde a su edad al momento de tomarle declaración. Se consagra también la obligación del Estado en procurar conceder las herramientas necesarias para hacer efectivo el cumplimiento de estos derechos superiores, como lo menciona la última parte del artículo 3 y el artículo 4. Sin embargo esta obligación del Estado, no debe afectar las facultades que les corresponden a los padres en cuanto a la responsabilidad y derechos sobre los niños (artículo 5).

En el artículo 6 se consagra el derecho más importante que tiene todo ser humano, que es “el derecho a la vida”, y la correspondiente obligación del Estado de garantizar este derecho. En el artículo 7 se le reconoce al menor un atributo fundamental como es el “nombre” y el artículo 8 se refiere a la protección del mismo y de su identidad. En el artículo 13 se garantiza un derecho reconocido tanto en la Constitución Nacional como en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y es el derecho a la “libertad de expresión”.

En los artículos del 42 al 45 abarca la obligación de los Estados partes de difundir los principios y las disposiciones de la Convención entre los adultos y los niños. No podemos dejar de recalcar que todos y cada uno de estos artículos son el fruto del fuerte compromiso adoptado por todos los estados partes para brindar la protección y el cuidado específico que necesitan todos los niños.

La Cámara Gesell como medio de prueba, constituye en el sistema procesal, un medio a los efectos de tornar efectiva la Convención, más precisamente en su artículo 3, por el que nuestro país se compromete a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar.

Si bien esta Convención ha realizado un gran aporte para la protección de todos los niños, no podemos dejar de recordar que aun en diversas partes del mundo, estos menores se encuentran en condiciones totalmente difíciles y perjudiciales, de las cuales, a pesar del gran esfuerzo por parte de todos los estados, se ve muy lejano el día en que todos los niños del mundo puedan gozar de todos sus derechos en forma libre y plena.

Por esto, consideramos que si bien se ha logrado un gran avance en este tema, es sólo uno de los primeros pasos, para contribuir a resolver sus necesidades básicas y ampliar sus oportunidades a fin de que logren alcanzar su máximo potencial.

Capítulo 3:

“La Cámara Gesell y las garantías del debido proceso”

3.1. Concepto de “debido proceso”

La garantía del “debido proceso” la encontramos consagrada en nuestra ley fundamental, así en su artículo 18 dispone que:

“Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso...”

“La garantía del Debido Proceso tiene su origen en el derecho inglés” (Linares, 1970, pág. 15). Según este autor el Debido Proceso puede dividirse en dos fases:

El debido proceso en su faz procesal, se manifiesta como un conjunto de reglas y procedimientos “tradicionales” que el legislador y el juez deben observar cuando se regula jurídicamente la conducta de un individuo. Recalamos la palabra “tradicionales” porque justamente la Cámara Gesell lo que hace es introducir al sistema procesal un “novedoso” medio de prueba.

En su faz sustantiva, el debido proceso es un patrón para determinar hasta donde la ley puede restringir el ejercicio del derecho a la libertad que tiene todo individuo.

Lo que se entiende por Debido Proceso es todo aquello que encierra las garantías necesarias para procesar justamente a una persona, éste se encuentra contemplado en nuestra Constitución Nacional en los artículos. 33, 34, 36, 37 y 38. En dichos artículos se señalan las condiciones mínimas que debe garantizárseles a aquellas personas que tengan en su contra una acusación penal.

Para establecer si una persona es culpable o no de un ilícito, hay que atravesar distintas etapas judiciales que en conjunto se denomina Proceso. Se refiere a un conjunto de pasos preestablecidos y sistemáticos cuyo resultado será una sentencia. Este proceso debe contener ciertas garantías mínimas que aseguren al imputado su dignidad como persona humana y su derecho de defensa en juicio. Así mismo se consagró que con el “debido proceso” se trata de proteger los principios supremos que se exigen en un Estado de Derecho (Gozaini, 1988).

“Con el Debido Proceso no se trata de cumplir un trámite cualquiera o dar la apariencia ordenada y simplista de procedimientos reglados (donde importa más la forma que el contenido), sino de garantizar que no se prive a ningún individuo de la

oportuna tutela de sus derechos fundamentales y que la sentencia que se dicte, en base a un proceso, sea fundada y en fiel cumplimiento de los principios supremos que se exigen en un Estado de Derecho” (Gozaini, 1988, pág. 122).

A continuación mencionaremos algunas garantías mínimas que establece nuestro Código Procesal Penal como “debido proceso”:

- Que el hecho por el cual se llega a un proceso esté tipificado como delito, ya que según el principio de legalidad, nadie puede ser penado por un hecho que no esté previamente tipificado en la ley (art. 1 CPP).
- Queda totalmente prohibida la detención arbitraria, es decir, que nadie puede ser detenido sin una orden emanada de un juez competente (art. 256, primer párrafo CPP).
- Que el proceso se siga con las formas previas y propias fijadas con observancia de las garantías de defensa (art. 4 CPP).
- Que el proceso se realice ante un tribunal competente a cargo de jueces independientes e imparciales (art. 11 CPP).
- Que se trate al procesado como inocente hasta que una sentencia firme declare lo contrario (art. 2 CPP).
- Que el procesado no haya sido perseguido penalmente con anterioridad por el mismo hecho (art. 6 CPP).

Así mismo este principio de “debido proceso” está consagrado en los instrumentos internacionales incorporados a nuestra Constitución Nacional con la reforma de 1994, por ejemplo:

- a) La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su art. 10 dispone que “toda persona tiene Derecho en condiciones de plena igualdad a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial para la determinación de sus Derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia Penal”.

- b) La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, señala en su ART. 26 que, “toda persona acusada de delito tiene el derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por Tribunales anteriores establecidos de acuerdo con leyes preexistentes”.

- c) El Pacto de San José de Costa Rica, establece en su art. 8, “que toda persona tiene Derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un Juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustentación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus Derechos y obligación de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

- d) El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, dispone en su art. 14 que “toda persona tendrá derecho hacer oída públicamente con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido por la ley en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o por la determinación de sus derechos y obligaciones de carácter civil”.

Debemos resaltar que la Cámara Gesell de ninguna manera vulnera el derecho de defensa en juicio, ya que tanto el juez como las partes tienen la posibilidad de seguir las alternativas del acto desde afuera de la sala. Del mismo modo se garantiza que antes de comenzar la entrevista, el juez hará saber al profesional que lleva a cabo el acto todas las inquietudes que requiera, tanto él como las partes, como así también las que surjan

durante la entrevista. Con esto queremos decir que las partes en todo momento pueden ejercer sus derechos.

Otra cuestión a través de la cual se garantiza el debido proceso es la notificación que se realiza a las partes para que puedan intervenir en el proceso, siempre con la debida anticipación. Se ha subrayado que este medio de prueba no es violatorio del derecho de defensa ni del debido proceso.

Como podemos advertir, es una obligación primordial, que todo estado de derecho debe garantizar las condiciones mínimas que tiene una persona para asegurarle un resultado justo y equitativo dentro del proceso, y a permitirle la posibilidad de ser oído y de hacer valer sus pretensiones frente a un juez.

4.2. Cámara Gesell y “principio de defensa”

En esta parte del trabajo no detendremos a analizar los aspectos más relevantes de esta fundamental garantía que nos corresponde a todos los sujetos de derecho, y posteriormente analizaremos en forma más específica el “principio del contradictorio”.

Según nuestra Constitución Nacional, en su artículo 18, “es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos”. Aquí hace referencia a toda facultad que el sujeto de derecho tiene para contar con el tiempo y los medios necesarios para ejercer su defensa en todo proceso donde se vea involucrado.

Al decir del maestro cordobés, Jorge Clariá Olmedo, la defensa en juicio ampara a:

“la persona y los derechos de todo particular que intervenga por su determinación o por su necesidad en un proceso, cualquiera sea el momento del desarrollo de éste, ya como actor o acusador (pretendiente), ya como demandado o acusado (perseguido)” (Clariá Olmedo, 1982, pág. 75 y ss.).

En cuanto a la expresión “juicio”, expresa el autor antes mencionado, que dicho vocablo tiene un significado objetivo y material, referido al camino o trámite para la realización de justicia.

Este “principio de defensa” también está consagrado en los instrumentos internacionales incorporados a nuestra Constitución Nacional en la reforma de 1994, mencionaremos algunos de ellos:

- Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 11 inc. 1 dispone que “toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”.
- Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 8 dispone que “toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter...”

Es muy común que en estos tipos de delitos que analizamos en el presente trabajo, nos encontremos con ciertas clases de pruebas, que como consecuencia de la gravedad del delito y del gran perjuicio que produce en el menor, sus testimonios son considerados como “actos irrepetibles”, es decir “sólo aquellas pruebas que no puedan practicarse más de una vez, pues por su naturaleza o características son irreproducibles” (Cafferata Nores, 1998, pág. 90).

Un ejemplo de estos “actos irrepetibles” lo configura la Cámara Gesell, en donde el testimonio del menor sólo puede ser tomado una vez y por personas especializadas en el tratamiento con estos sujetos de derechos, por lo cual se debe procurar evitar la victimización secundaria del menor, lo que traería graves consecuencias y daños a su integridad psicofísica y espiritual.

El acto también es considerado irreproducible “si no se lo puede repetir en idénticas condiciones” (Núñez, 1986, pág. 187).

Como vemos, es imperiosa la necesidad de que todo justiciable tenga derecho a ejercer una defensa adecuada de sus intereses en cualquier tipo de proceso, ya sea civil, laboral o administrativo; sin embargo, este derecho adquiere significativa relevancia cuando se trata de un procedimiento penal, en el que está en juego la libertad y el patrimonio del imputado, ya que se establecen recaudos severos para verificar que el imputado ha tenido oportunidad de audiencia (debe comparecer ante el tribunal, quien le comunicará el hecho punible).

Corresponde determinar si la Cámara Gesell como medio de prueba garantiza la igualdad de condiciones de las partes al momento de interrogar al menor de edad. Es obvio que desde el momento en que las partes han sido notificadas de la realización de la entrevista, las partes pueden ejercer todos los derechos que hagan a sus pretensiones, y por lo tanto la defensa podrá interrogar a través del especialista, aportar pruebas, designar un perito de parte, etc.

Debemos mencionar que la defensa en juicio es comprensiva de dos aspectos, cuyo análisis lo realizamos a continuación:

El primero de ellos, se refiere a la **defensa material**, por parte del propio imputado, lo que se conoce como el “derecho a ser oído” o, a “declarar en el proceso”. Significa la posibilidad que tiene el imputado de expresarse libremente sobre todas y cada una de las cuestiones de la imputación. También se lo conoce como el “derecho a defenderse”. Esto se efectiviza en la Cámara Gesell permitiéndole a la defensa a presenciar el acto desde afuera del recinto pero desde donde puede formular todas las preguntas que considere necesarias.

Para ejercer este derecho de defensa, es necesario que exista algo de que defenderse, es decir, una imputación específica, es por eso que se exige la debida notificación al momento de realizar una Cámara Gesell. Esa imputación debe ser conocida por el acusado, éste debe ser correctamente intimado (noticia íntegra, clara, precisa y circunstanciada del hecho concreto), si no, este tampoco podría defenderse de algo que no conoce (principio de contradicción).

Con respecto al derecho a declarar del imputado, hace referencia al momento que le corresponde a éste, en virtud del derecho constitucional de defensa en juicio, en donde él mismo deberá presentar su versión de los hechos, ofrecer su descargo, proponer pruebas y establecer un contacto directo con todas las partes. Debe ser

entendido del modo más amplio, el imputado tiene derecho a declarar en cualquier instancia del proceso (instrucción, investigación o preparación de la acusación). Éste es un derecho, no una obligación, ya que nadie está obligado a declarar.

El segundo aspecto al que haremos referencia es la **defensa técnica** del imputado. Aquí entraremos en el estudio de la posibilidad y derecho que tiene todo imputado de contar con una “asistencia jurídica” por medio de un letrado, que puede ser elegido directamente por él para que lo asesore (facultad de elección), o en todos aquellos casos en que éste no pueda elegirlo, ya sea por falta de recursos o cualquier otra circunstancia, es el Estado quien le proporcionará un defensor.

Este tipo de asistencia puede ser operativa aún en contra de la voluntad del imputado, ya que no se lo considera capaz de poder defenderse por sí solo dentro de un proceso. El defensor complementa la capacidad del imputado para estar en juicio.

Esta defensa técnica a la cual nos estamos refiriendo, es imprescindible que esté presente desde el inicio mismo del proceso, por ello en ningún caso se puede prohibir al defensor seguir todas las alternativas de una Cámara Gesell ni tampoco negarle efectuar las preguntas necesarias.

Queda prohibido durante el proceso interrumpir la comunicación entre el imputado y su defensor (a menos que el juez así lo ordene). Como vemos, salvo en situaciones de extrema necesidad que así lo justifiquen, la comunicación entre imputado y defensor debe ser garantizada e ininterrumpida. Podemos decir que la defensa en juicio se ve vulnerada, cuando se le niegue la asistencia de un abogado al imputado, o se impida la comunicación entre ellos, o se realicen notificaciones tardías, se les niegue acceso al expediente, o como dicho anteriormente, negarle presenciar el acto fuera de la sala.

Hemos analizados como este principio es fundamental en todo estado de derecho para evitar cualquier tipo de arbitrariedades por parte de los magistrados, y también comprobamos que en ningún caso se ve vulnerado por el uso de este medio de prueba que constituye la Cámara Gesell, ya que se otorgan todos los medios necesarios al imputado y a su defensor para que puedan presenciar el acto y ejercer su derecho de defensa sin ninguna restricción.

Es principio de defensa representa una de las garantías más importantes que se encuentran contempladas en nuestra Constitución Nacional y en los demás instrumentos internacionales que adquieren rango constitucional, ya que en los mismos se avocan principalmente a los Derechos Humanos, por ellos podemos recalcar que se ha avanzado mucho en el objetivo perseguido por todo estado de derecho y que consiste en garantizarle al imputado un proceso penal acorde con una ley justa e impartir la debida justicia.

3.3. Cámara Gesell y “principio del contradictorio” en el proceso penal

“el conocimiento es como una centella que brota del choque de dos espadas”

Friedrich W. Nietzsche

Dentro de un tema tan amplio como es “el principio de defensa”, ahora nos introduciremos en un aspecto específico del mismo que es “el principio de contradicción o contradictorio” que significa: *“la garantía formal para un fallo legítimamente pronunciado; la posibilidad de contestar las afirmaciones de la contraparte; control de la producción de las prueba”* (Clariá Olmedo, 1982, pág. 79).

Así lo establece el artículo 1 del Código Procesal Penal, que reconoce como principio rector de la justicia penal, que toda persona tenga derecho a juicio previo, oral, público y ***contradictorio***.

Como lo expresa Cafferata Nores el sistema constitucional pretende que el conocimiento que se exige al tribunal para poder decidir la imposición de una pena, no sea fruto de su indagación unilateral (Cafferata Nores, 1998). Entiende que el

contradictorio tiene como base la plena igualdad de las partes en orden a sus atribuciones procesales.

El **principio de contradicción** es la posibilidad que tiene las partes de poder cuestionar todo aquello que pueda tener influencia al momento de sentenciar y que eventualmente resulte perjudicial a sus pretensiones. Por tal motivo es que mediante el uso de la Cámara Gesell se le permite al imputado y a su defensor presenciar toda la entrevista, formular las preguntas que considere pertinentes, cuestionar cualquier aspecto, presentar pruebas, alegarlas, impugnar, etc. Se le garantizan todos los derechos que hagan a sus pretensiones.

Esto presupone la igualdad de las partes, tanto de la acusación y de la defensa dentro de un proceso.

El contradictorio tiene lugar cuando se asegura que el imputado conozca cuál es el hecho por el cual se lo acusa y cuáles son las pruebas que ya se presentaron para fundamentar dicha acusación, así también como la posibilidad de participar en la formación de las pruebas y en el control de la prueba ya producida: ***“contradictorio para la prueba y contradictorio sobre la prueba”***.

El contradictorio representa la posibilidad que le corresponde tanto al imputado, a la víctima, de controlar activa y personalmente, y en presencia de los otros sujetos actuantes, el ingreso y recepción de ambas clases de elementos probatorios (Cafferata Nores, 1998). Es dable desatacar, que este principio está presente en su total plenitud en la etapa central del proceso, que es el juicio, y que es en donde deben producirse las pruebas.

Este principio que venimos analizando, además de constituir un derecho fundamental del imputado, ya que hace a su defensa en juicio, también es considerado un importante método para el descubrimiento de la verdad (debemos aclarar que nunca es absoluto) respecto de los hechos que constituyen el objeto de la acusación y luego de la condena. Esta técnica o método para averiguar la verdad, deja al juez totalmente al margen de dicha actividad, por lo cual, se transforma en un mero espectador en esta parte del proceso.

Una reafirmación del “principio del contradictorio” a nivel jurisprudencial, lo encontramos en el fallo de la CSJN en el caso “Benítez” ². En el nombrado caso, el imputado había sido condenado en base a testimonios receptados durante la investigación, que no pudieron reproducirse en el debate con el debido control de la defensa, dado que la víctima y los testigos no pudieron ser hallados, siendo incorporadas sus declaraciones por lectura, tal como lo establece en art. 391 inc 3 del CPPN que la dispone “*cuando el testigo hubiere fallecido, estuviere ausente del país, se ignorare su residencia o se encontrare inhabilitado por cualquier causa para declarar*”

Según expuso el Tribunal:

“el hecho de que el Estado haya realizado todos los esfuerzos posibles para hallar al testigo y para satisfacer la pretensión de la defensa de interrogarlo, carece de toda relevancia, pues lo que se encuentra en discusión es otra cosa. De allí que la invocación de la imposibilidad de hacer comparecer al testigo no baste para subsanar la lesión al debido proceso que significa que, finalmente, la parte no haya tenido ni siquiera la posibilidad de controlar dicha prueba”.

Comentando el fallo en cuestión, afirma Ríos, que resultan irrelevantes las razones por las cuales no ha sido posible lograr el comparendo de los testigos, o si la incomparecencia ha sido previsible o fortuita, pues, en esos casos no se le puede achacar al Estado dicha negligencia, entonces debería ser la parte acusadora quien debe soportar el déficit probatorio y no el acusado impedido de controvertir (Ríos, 2007).

Como era de esperarse el fallo de la CSJN en el caso “Benítez” trajo múltiples repercusiones, entre alguna de ellas podemos mencionar que, luego de éste precedente, se instruyó a todos los fiscales nacionales y federales de todo el país, para que cuando reciban las declaraciones testimoniales que sean apreciadas como “dirimentes”, se proceda a notificar al imputado y a su defensa la realización de dicho acto.

² CSJN, caso “Benítez Aníbal Leonel s/ lesiones graves”. 12/12/06

4.3. Cámara Gesell y garantía del juez natural

Este principio lo encontramos consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional que dispone que:

“Ningún habitante de la Nación puede ser juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa”

Esta garantía también la encontramos consagrada en el artículo 4 del Código Procesal Penal, donde dispone que:

“nadie puede ser juzgado, sometido o condenado a una medida de seguridad, por comisiones ni tribunales especiales ni sometidos a otros tribunales que los constituidos conforme a este código con anterioridad al hecho de la causa”.

El Principio de Juez Natural, funciona como una garantía para la imparcialidad y también frente a la posible arbitrariedad de la actuación del poder penal del Estado en perjuicio del acusado que podría facilitarse mediante la asignación posterior al momento del acaecimiento del hecho que se le imputa, de un juez especialmente designado, no para juzgarlo imparcialmente (libre de mandatos políticos, de prejuicios o de presiones sobre el caso), sino para perjudicarlo.

El Órgano Judicial debe presentar 4 caracteres indispensables:

- a) *Competencia* o la aptitud que la ley le confiere para ejercer su jurisdicción en un caso concreto.
- b) *Independencia*, implica que no se encuentre subordinado a ninguna de las partes del proceso.

c) *Imparcialidad*, el Juez es un tercero neutral para decidir el proceso con objetividad.

d) *Establecido con anterioridad por la Ley*, debe haber sido designado previamente al hecho que motiva el proceso, de acuerdo al mecanismo constitucional para su nombramiento.

Los jueces naturales son aquellos creados por ley antes de que se haya producido el hecho que motivó el proceso. Aquí no interesa en absoluto quienes son las personas físicas que integran los juzgados, sino lo que importa es el órgano en sí mismo. Cada uno debe ser juzgado donde vive o donde ocurrió el hecho. El juez competente será aquel juez del lugar de la comisión del delito.

En este caso particular como es la Cámara Gesell, no se saca al juez del caso ni mucho menos, sino que éste delega en un personal especializado la tarea de entrevistar al menor de edad víctima o testigo de un abuso sexual, debido a que el psicólogo o psiquiatra en su caso, son personas más idóneas y con conocimientos específicos en el trato con niños y adolescentes, de los cuales carece el juez.

Lo que no se puede hacer es sacar al individuo de ese juzgado natural, y formar una comisión especial para que lo juzgue. Por aplicación de este principio, ni el Poder Ejecutivo ni el Legislativo pueden formar comisiones especiales para que juzguen y sentencien a los individuos; como tampoco puede el Poder Judicial delegar en comisiones especiales posteriores al hecho, su atribución de impartir justicia.

La Cámara Gesell como medio de prueba no afecta el principio de inmediatez, en cuanto si bien el juez no es quien lleva adelante la entrevista, es él quien designa al psicólogo especialista en niños y adolescentes. Pese a la prohibición de que sea el juez quien interroge al menor debemos aclarar que es el director exclusivo del proceso, por lo tanto, puede formular todas las preguntas necesarias.

Todos estos principios que venimos analizando son propios de una sociedad que se precie de ser libre, y por lo tanto debe respetar todos estos derechos universalmente reconocidos en todo tiempo y lugar, y más específicamente, en materia penal, estos

principios buscan la protección de todo sujeto de derecho, ya que constituyen verdaderas limitaciones al poder coercitivo y punitivos del Estado.

4.4. Facultades que conserva el imputado

El tema que es objeto de estudio de nuestro trabajo, la Cámara Gesell, ha generado múltiples cuestiones controvertidas, más precisamente, en lo referido a si con este sistema se violaba las garantías constitucionales del debido proceso que corresponden al imputado. Mucho se ha discutido debido a que mediante este procedimiento se le da un tratamiento muy específico y particular al menor damnificado, puesto que la declaración se la toma fuera de los estrados judiciales y sin la presencia de la parte imputada.

No obstante, a pesar de que el testimonio se lleva a cabo solo con la presencia del damnificado y del psicólogo especialista, no por ello debemos afirmar que el imputado se ve privado de sus derechos. Por lo tanto, se le concede al imputado y a su defensor, el derecho de seguir todas y cada una de las cuestiones que se susciten dentro de la sala. Por este motivo es que la Cámara Gesell debe estar totalmente equipada con todos los aparatos de sonido y video para que, tanto la parte acusada como el juez y demás intervinientes puedan seguir y controlar la declaración de la víctima o testigo de un delito contra la integridad sexual.

De esta forma, el juez y/o imputado podrán cuestionar cualquier aspecto de la declaración, del mismo modo en que a través de aparatos intercomunicadores las personas ubicadas fuera de la sala tienen la posibilidad de hacer saber sus inquietudes, las que serán transmitidas al especialista, quien evaluará la conveniencia y pertinencia de las mismas, siempre teniendo en miras el interés superior del niño.

Tenemos bien en claro que la principal finalidad de la Cámara Gesell es, la de evitar o disminuir la “victimización secundaria” de la víctima o testigo, pero siempre y cuando con esto no se afecte al derecho de defensa del imputado, debido a que por más especializado que sea el trato que se le brinde al menor, en ningún caso se le debe

restringir al imputado la facultad de realizar el seguimiento integro de la declaración del damnificado.

Una cuestión que en los primeros tiempos era motivo de múltiples contradicciones, fue el de establecer si el imputado tenía el derecho de estar presente en la sala contigua de aquella en que se realizaba la entrevista. Ello se debía a que parte de la doctrina consideraba inadecuado que el imputado estuviere presenciando el interrogatorio del menor, salvaguardando su derecho de defensa con la sola presencia del abogado defensor.

Esta cuestión quedo totalmente desechada, dado a que en la actualidad se le reconoce el derecho del imputado que esté presente durante toda la declaración, siendo insuficiente la sola presencia del abogado defensor. Por ello se le reconoció al imputado el derecho subjetivo individual, de carácter público, de que intervenga en el proceso en todo momento, de probar y de argumentar en él, por sí solo o por medio de su abogado.

Resumiendo, podemos advertir, que más allá de que este novedoso sistema de recepción de testimonio se aparta en cierto modo de los parámetros generales establecidos por nuestro ordenamiento jurídico para la toma de declaración, no significa de que con ello se vea vulnerado el derecho de defensa del imputado, por lo cual, éste conserva todas las facultades y derechos que le corresponden como parte dentro de un proceso.

4.5. Doctrina a favor de su constitucionalidad

Con la aparición entre nosotros del procedimiento estipulado para la recepción del testimonio de niños víctimas de ciertos delitos en el proceso penal, se alzaron algunas voces que cuestionaron su validez constitucional por considerarlo violatorio de ciertas garantías, como la defensa en juicio. Ello pese a que, su incorporación a nuestro

ordenamiento pretendió adecuarse al bloque de legalidad constitucional, reglamentando en este aspecto el interés superior del niño (Romero, 2011).

El autor arriba mencionado, ha agrupado los argumentos que se levantaron en contra de este instituto de la siguiente manera:

- a) Consideraba a los niños como sujetos de derecho y no como objetos de protección.
- b) Que también restringe los derechos del imputado impidiéndole tener un efectivo control de la prueba, con inmediación y plena contradicción. En similar sentido se consideró que viola la defensa en juicio, ya que entiende que el juez y los demás auxiliares del proceso se convierten en meros espectadores.
- c) Que viola la garantía del juez natural, al delegar la manipulación del niño en un técnico.
- d) Que privilegia la investigación por sobre el interés del menor.

Como contrapartida y a favor de este sistema y de su validez constitucional, se erigen sólidos argumentos doctrinarios que refutan cada una de las cuestiones planteadas anteriormente:

- a) En ningún caso se priva al niño de su derecho a ser oído. Además el hecho de que no declare en las mismas condiciones que los demás no significa que se lo discrimina, sino que estamos en presencia de una persona con necesidades y cuidados especiales. El niño participa plenamente en la actividad judicial, pero lo hace del modo adecuado a su condición de tal (Gatti, 2005).
- b) No se lesiona el derecho de defensa en juicio y la posibilidad de controlar la prueba, toda vez que el defensor puede seguir las alternativas del acto

desde el exterior del recinto, y el juez puede a su vez hacer saber al profesional cargo las inquietudes propuestas por las partes (Romero, 2011). A través de esto se efectiviza el principio del contradictorio.

- c) No se afecta el principio de inmediatez ni del juez natural, toda vez que éste sigue controlando el interrogatorio, sólo que lo hace a través de persona interpuesta.
- d) Uno de los temores muy comunes del menor, es tener que testificar en un ambiente tan intimidatorio como es un tribunal y más cuando es realizada por personas que no son expertas en salud mental. La intervención de un especialista tiende a reducir ese riesgo (Parames, 2000, pág. 1595).

Si bien este novedoso sistema no deja de plantear cuestiones controvertidas, es innegable que la mayor parte de la doctrina la considera una muy importante herramienta a la hora de tomar la declaración de ciertas personas que se encuentran en una condición tan especial, que requiere de un cuidado y protección particular por parte del ordenamiento jurídico.

Capítulo 4:

Posturas jurisprudenciales

sobre la

inconstitucionalidad de la

Cámara Gesell

4.1. Tribunal Oral Crim. Fed. Córdoba N° 2, autos “P., H. R. s/ trata de personas menores de edad”

Entraremos en el análisis de este fallo, que concretamente hace alusión a *la Cámara Gesell como una entrevista testimonial*, diferenciándola claramente de la pericia.

En el citado fallo³, se expresa que las declaraciones obtenidas a través de Cámara Gesell son pruebas con plena validez, obtenidas a través del trabajo de una profesional con experiencia, y que no son una pericia. A través de ellas, se puede obtener información sobre cuestiones fácticas relativas a los hechos bajo investigación, y que contribuyen al plexo probatorio a disposición del tribunal.

En este fallo se entiende que, si bien el interrogatorio que el psicólogo especialista mantiene con la víctima menor de edad no constituye una pericia, no se desconoce que las apreciaciones y conclusiones que se obtienen a través de ella son de vital importancia, y que tiene plena validez como elemento de convicción.

En el caso planteado se consideró que el relato de las menores obedecía a una situación real, porque aportaron una gran cantidad de detalles que de otra forma no podrían haber sido obtenidos. Debemos señalar que este sistema de recepción de testimonio está consagrado en los artículos 250 bis y 250 ter del CPPN, con lo que su procedencia como medio de prueba es totalmente válido y reviste una gran veracidad testimonial por su cercanía con las víctimas.

De tal forma se consideró oportuno remarcar que “dichas entrevistas no se tratan de un peritaje, sino de la declaración de una testigo que declara sobre hechos conocidos en una relación psicólogo paciente y cuya información debe ser valorada a partir de su carácter profesional y la circunstancia de haber atendido a las víctimas después del hecho.”

³. Tribunal Oral Crim. Fed. Córdoba N° 2, autos “P., H. R. s/ trata de persona menores de edad”. (27/04/10)

4.2. TSJ de Salta, autos “Jozami de Fili Nancy s/ acción de inconstitucionalidad”

En este apartado veremos como La Corte de Justicia de Salta (CJS) (integrada por los jueces Guillermo Posadas, María Cristina Garros Martínez, María Rosa Ayala, Gustavo Ferraris, Abel Cornejo y Sergio Vittar) rechazó la acción de inconstitucionalidad promovida por la fiscal en lo Civil, Comercial, Laboral y Administrativo, Nancy Jozami de Fili, en contra de la acordada N° 9827, que puso en marcha el uso de la Cámara Gesell para recibir declaraciones de menores víctimas o testigos de delitos contra la integridad sexual o de hechos que afecten su integridad psicológica⁴.

Entre las consideraciones más importantes que realizó la funcionaria, se estimó que la acordada dictada “desestabilizaba” el orden jurídico provincial, y afirmó que constituye un exceso en la facultad de reglamentación, violentando de esta manera la garantía del debido proceso y del principio de defensa al avanzar sobre la naturaleza de la prueba, alternando la normativa.

Además, la fiscal entendió que se transgredía la protección integral que los tratados internacionales brindan a la víctima, al supuesto victimario y a los testigos, argumentando que la aplicación de este sistema podría obstaculizar el derecho del menor a ser oído. La mencionada fiscal sostenía que, el menor al no poder ser interrogado en ningún caso en forma directa por el juez, se lo desplazaba de su rol principal, privándolo de esta manera, de realizar un examen directo en los casos donde no está en juego la integridad psicológica del menor.

Por su parte, la Corte salteña resaltó que todo aquél interesado en la declaración de inconstitucionalidad de una norma, debe demostrar de qué manera contradice la Constitución y cómo le causa gravamen, precisando y acreditando fehacientemente el perjuicio concreto que le origina la aplicación de la disposición. Este tribunal consideró que la fiscal ha omitido cumplimentar tal requisito.

⁴. TSJ de Salta, autos “Jozami de Fili Nancy s/ acción de inconstitucionalidad”.

En cuanto al ejercicio de las potestades reglamentarias referidas al desenvolvimiento del proceso penal, el tribunal resaltó que aquél no debía entenderse limitado por las mismas normas procedimentales, pues es justamente la ineficacia de estas últimas la que legitima la decisión reglamentaria, a fin de dar cumplimiento a los pactos sobre derechos humanos.

La sentencia establecía que, cuando se dispone que las declaraciones que se llevan a cabo en una Cámara Gesell tienen el carácter de definitivas e irreproductibles, no lo hace en función de la naturaleza que revisten dichos actos, sino en función de la finalidad que cumple éste sistema, el cual es, asegurar que no se produzcan nuevos trastornos en el menor al momento de tomar su declaración, siempre y cuando éstos que puedan evitarse.

Por otra parte, la Corte salteña estableció que con éste sistema no se tiende a proteger el resultado de la prueba o el beneficio que ella represente para la causa, como lo hace la norma procesal, sino que tiende a proteger al menor. Del mismo modo consignó que a través de este instituto se intenta que los niños puedan relatar todo lo que sucedió para así poder averiguar la verdad de los hechos, pero que en ningún caso esto signifique un perjuicio para ellos.

La Corte sostuvo que la “supuesta” afectación de interés expuesta por la Fiscal es evidentemente imprecisa y genérica, ni tampoco expresa cuales serían los daños que produciría la vigencia de la Acordada. También considero el alto tribunal que con este medio de prueba no se vulnera ninguna garantía, al contrario, logra que los menores puedan expresar su versión de los hechos de una forma tal que no represente ningún trauma para ellos (extraído de “diariojudicial.com”).

4.3. TSJ de Bs. As., Cámara de Crimen sala IV, autos “B.R.A. inconstitucionalidad del art 250 bis CPPN”

En el presente fallo⁵, se produce la ratificación de la constitucionalidad de la Cámara Gesell, como consecuencia del rechazo por parte de la Cámara de Crimen, sala IV, a un planteo de inconstitucionalidad del art. 250 bis del CPPN, que introdujo un nuevo procedimiento para la recepción de declaraciones de menores damnificados por delitos de lesiones y contra la integridad sexual. En donde el juez delega el interrogatorio en psicólogos o psiquiatras y sigue todas las alternativas desde la sala contigua a donde se lleva a cabo la declaración.

Éste planteo de inconstitucionalidad que se presentó ante la Cámara de Crimen, consideraba que este sistema vulneraba la garantía del juez natural al “delegar la manipulación del niño en un técnico”, como también la de la defensa en juicio, ya que entiende que el juez y los demás auxiliares del proceso se convierten en meros espectadores al acto.

Los integrantes de la sala IV descartaron que a través de la norma cuestionada se vulnera la garantía del juez natural y que la misma introdujo en el sistema procesal penal “un medio a efectos de tonar efectivo el cumplimiento del artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño”. Por tales motivos, el tribunal entendió que el planteo formulado por la defensa “no resiste mayor análisis” y confirmó el fallo de primera instancia.

En la resolución los jueces del tribunal destacaron que el artículo 250 bis del CPPN, incorporado mediante la sanción de la ley 25.852 en diciembre de 2003, aporta un nuevo procedimiento para la recepción de declaraciones de menores damnificados por delitos de lesiones y contra la integridad sexual.

⁵. TSJ de Bs. As., Cámara de Crimen sala IV, autos “B.R.A. inconstitucionalidad del art 250 bis CPPN”. (11/04/05)

En estos casos, el juez queda relevado de interrogar, practicando dicha medida un experto con conocimientos especiales en el tratamiento a menores de edad, ya sea un psicólogo o un psiquiatra. Y agregan los jueces que en estos casos lo que se quiere es evitar la revictimización del menor sometiéndolo al interrogatorio practicado por personas que no son idóneas para un trato adecuado a su condición.

En cuanto al principio de defensa en juicio, el tribunal destacó que tanto el tribunal como las partes tienen la facultad de seguir las alternativas del acto, desde el exterior del recinto, y que las partes pueden, en todo momento, ejercer su derecho de controlar las pruebas, pudiendo, incluso, sugerir preguntas, cuya formulación queda a criterio del profesional a cargo.

Como podemos advertir, en todos los fallos, las justificaciones son las mismas, es decir, hacer primar el “interés superior del niño”.

V. Conclusiones

Con el presente trabajo esperamos haber contribuido a que se tome conciencia de la gran importancia que reviste este novedoso medio de prueba denominado “Cámara Gesell”, debido a que en la actualidad son cada vez más los casos de abuso sexual a menores de edad, por lo que creemos que es imperiosa la necesidad de contar con un ordenamiento jurídico que brinde la protección necesaria para nuestros niños.

En el primer capítulo de este trabajo comenzamos por dar una noción de los conceptos básicos referidos a nuestro objeto de estudio, como por ejemplo: “Cámara Gesell”, “prueba”, “medio de prueba”, que creemos son fundamentales para la comprensión de éste instituto, y sobre todo cuales son aquellas situaciones en que se considera necesario su implementación. En el segundo capítulo nos referimos a cuál es el marco normativo que regula a la Cámara Gesell, tanto a nivel nacional como provincial.

En el tercer capítulo analizamos cómo la Cámara Gesell y sus múltiples aspectos repercuten sobre las garantías constitucionales, por ejemplo, en el debido proceso, generando de esta manera variadas posiciones enfrentadas respecto a su constitucionalidad. Por último, mencionamos algunos fallos relevantes que se han pronunciado y que constituyen hoy en día importantes precedentes en lo que se refiere a éste novedoso sistema.

La Cámara Gesell constituye un gran avance para evitar la revictimización en delitos de abuso sexual, ya que su gran ventaja consiste en no llevar al menor ante un estrado judicial y de esa manera exponerlo ante tan humillante y degradante situación.

Si bien advertimos la gran importancia de este medio de prueba y durante todo el desarrollo del trabajo mostramos las ventajas que representa para el menor, no por eso hay que desconocer los derechos del imputado, quien goza de la presunción de inocencia hasta que una sentencia firme lo declare culpable. Por ello también el imputado debe gozar de todas las garantías constitucionales que hacen a su defensa.

Como una opinión personal creo que no debemos desconocer que falta mucho por recorrer para que éste instituto tenga el tratamiento íntegro que merece en nuestro

sistema procesal, y una muestra de ello se manifiesta en los escasos precedentes que encontramos, tanto a nivel doctrinario, como legislativo y jurisprudencial, también hay que resaltar la falta de materiales tanto humanos como materiales para implementar este sistema en todo el territorio nacional y no solamente en las grandes ciudades, puesto que este tipo de delitos tan aberrantes no distingue entre grandes metrópolis de un pequeño y alejado pueblito. Sin embargo debemos destacar, que se ha avanzado mucho en vistas de lograr tan ansiado objetivo.

Para concluir, debemos dejar en claro que ésta es una temática con final abierto, del cual surge una pregunta ¿la Cámara Gesell garantiza la veracidad de los relatos que se efectúan en ella? Seguramente habrá muchas opiniones encontradas durante el desarrollo de este particular medio de prueba, pero siempre teniendo claro que es nuestro gran deseo y objetivo, el poder contar con una sociedad donde cada vez sean menos estos hechos tan aberrantes que nos ocupa en nuestro objeto de estudio. Al mismo tiempo, sabemos que ésta meta es muy difícil de lograr, aunque no imposible, y es por ello que, a lo que debemos apuntar es a perfeccionar cada día más a nuestro sistema procesal para que nuestros niños que representan el futuro del país, estén totalmente protegidos y cuidados.

VI. Anexo 1

Protocolo de Recomendaciones del Servicio de Psicología Forense para disminuir la victimización secundaria en la recepción de la declaración de Niños y Jóvenes Víctimas en el proceso penal (establecido por el Acuerdo Reglamentario N°751, Serie A, del TSJ de Córdoba con fecha 28/02/05)

1. Recepción de declaraciones de niños y jóvenes víctimas de delitos en contra de la integridad sexual durante la investigación penal preparatoria:
 - a) Atender a los niños y jóvenes en un lugar que preserve su privacidad, en lo posible sin presenciar la entrada y salida de detenidos esposados.*
 - b) Cuando la víctima fuere de género femenino o de género masculino hasta los doce (12), la declaración será recibida por una persona de género femenino. En el caso de víctimas de género masculino mayores de doce (12) años, podrá ser recibida por una persona de su mismo género.*
 - c) Es necesario que quién realiza el interrogatorio no se manifieste apurado o intranquilo. Es importante respetar los tiempos y silencios de la presunta víctima y atender su relato.*
 - d) Si la víctima es acompañada por la madre, padre o personas de su confianza (C.P.P., 96), la misma deberá permanecer callada hasta tanto se le realice alguna pregunta si fuere necesario y se la ubicará de modo que sin afectar el acompañamiento afectivo, no pueda influir y/o perturbar al niño con actitudes gestuales y/o con su presencia.*
 - e) Si el abogado defensor se encontrare presente evitar en lo posible cuestionamientos procesales y jurídicos en presencia del menor.*
 - f) En lo posible, las preguntas las formulará una sola persona.*

2. Recepción de declaraciones de niños y jóvenes víctimas de delitos en contra de la integridad sexual durante el debate:
 - a) Resulta conveniente que el niño o joven sea recibido por quién preside la audiencia de debate en la Cámara, y, que esta recepción se lleve a cabo en un lugar lo más*

sencillo posible para evitar la solemnidad de la sala de audiencias que intimida y angustia al niño aún más.

b) Informará a la víctima acerca de la situación en qué se encuentra; es decir si sabe en qué lugar está, para qué y porqué. Posteriormente y de acuerdo a lo que responde, se le explica de manera clara y sencilla dónde se encuentra y qué van a hacer.

En la audiencia de debate, es recomendable que las preguntas, en la medida de lo posible, las formule una sola persona. Se recomienda dirigirse al niño y joven víctima en forma tranquila, contemplando las diferencias culturales y su desarrollo evolutivo. Es conveniente que las preguntas comiencen desde lo más general y menos ansiógeno hasta abordar lo puntual y concreto para tratar de llegar al descubrimiento de la verdad real. Si es prolongado, es recomendable tratar de disminuir los niveles de angustia y ansiedad pasando a comentarios positivos e informándolos si se requerirá nuevamente su presencia o con ello termina su intervención en el proceso penal.-

c) En la medida de lo posible, evitar en presencia del niño cuestionamientos jurídicos de las partes. En caso que ellos se susciten, se sugiere que el niño salga de la sala de audiencia, en compañía de la persona que más conoce y que regrese cuando se hayan acordado los criterios a seguir.

d) Se sugiere que el niño y joven víctima pueda ser preservado de la presencia del imputado.-

Anexo 2

¿Cómo conversar del abuso sexual con los niños? (Quezada, Neno, Luzoro, 2006)

Los niños no pueden imaginar qué es un abuso sexual y no es fácil abordar este tema con ellos. Los menores no se expresan como adultos y les es difícil hablar. Con todo, es necesario ayudarles a protegerse, sin darles el sentimiento de que todo el mundo es peligroso. Como para los accidentes de tránsito, es necesario conocer los riesgos de los abusos sexuales para evitarlos mejor. El abuso sexual existe.

Está prohibido. La ley protege a los niños y castiga a los agresores.

La educación sexual de los niños se hace en el colegio, con sus profesores, compañeros y amigos, y también en la familia, con motivo de los acontecimientos de la vida diaria. Es en este lugar de intercambio y ternura que desarrollarán su capacidad de asumir su sexualidad y protegerse.

Aproveche las respuestas que el niño da para explicarle que su cuerpo le pertenece y que puede decir NO, que tiene derecho al respeto y a la protección de los adultos.

¿Cómo enseñar a los niños y niñas a protegerse? (ídem anterior)

Padres, abuelos y mayores acompañan a los niños en el aprendizaje de la vida, les transmiten su propia experiencia para que los niños enfrenten mejor los riesgos y se sientan bien consigo mismos. Les enseñan las normas de buena conducta en sociedad, según un código válido para todos: la ley, la moral, la cortesía. Deben también darles confianza en sí mismos, enseñarles a salir solos de situaciones complicadas, sabiendo evaluar el peligro y encontrar la ayuda necesaria.

No se trata de sobreproteger a su hijo o de ignorar los riesgos que corre: dele los medios de protegerse. Un niño bien informado tiene más oportunidades de no ser una víctima.

Jueguen juntos para encontrar soluciones a situaciones inesperadas: “¿Y si pierdes tus llaves, qué harías?” “¿y si te pierdes en una gran tienda?”. Enséñele a encontrar soluciones por sí mismo, sin asustarse.

Aproveche las situaciones que perturban a su niño para escucharlo sin reproches y mostrarle su confianza. Si se sabe escuchado, se atreverá a hablar de lo que le preocupa.

Anímelo para que tenga confianza en sí mismo: si es menos tímido con los adultos, se defenderá mejor.

VII. Bibliografía

- Alsina Hugo (1956) *“Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial”*. Buenos Aires. Editorial Soc. Anon. Editores.
- Cafferata Nores, (1998) José Ignacio *“La prueba en el proceso Penal”*. Buenos Aires. Editorial De Palma.
- Cafferata Nores, José Ignacio (1998), *Derecho Procesal Penal, “Consensos y nuevas ideas”*, Buenos Aires. Imprenta del Congreso de la Nación.
- Calvi, Bettina (2006) *“Abuso sexual en la infancia: efectos psíquicos”*. Buenos Aires. Lugar Editorial.
- Cangenova Marisa y Costabel Néstor (2004) *“Interrogatorio a menores de edad víctimas de delito”* Buenos Aires. Ed. La Ley
- Clariá Olmedo, Jorge (1982) *“Derecho procesal I. Conceptos fundamentales”*. Buenos Aires. Editorial De Palma.
- Gatti Fabián (2005) *“Privilegios del niño en el proceso penal: la Cámara Gesell”*. Rio Negro. Periódico del día 31/10/05.
- Giverti Eva (2005) *“Malos tratos contra niños y niñas” “Abuso sexual y malos tratos contra niños, niñas y adolescentes; perspectiva psicológica y social”*. Buenos Aires. Espacio editorial.
- Glaser Danya, y Frosh Stephen, (1998) *“Abuso sexual de niños”*, Buenos Aires. Ed. Paidós.
- Gonzales del Solar (2010) *“Derecho a la Minoridad”*, 3era edic. Córdoba. Editorial Mediterránea.
- Gozaini Osvaldo Alfredo (1988) *“El Debido Proceso”*. Buenos Aires. Librería Editora Platense.
- Hairabedian Maximiliano (2008) *“La prueba en el proceso penal”*, Buenos Aires. Editorial Lexis-Nexis.
- Linares Juan (1970) *“El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina”* 2da edic. Buenos Aires. Editorial Astrea.
- Nuñez Ricardo (1986) *“CPP de Córdoba”*. Córdoba. Marcos Lerner Editora.

- Palacio Lino (1977) *“Derecho Procesal Civil”*. Buenos Aires. Ed. Abeledo-Perrot.
- Parames Mariano (2005) *“El interrogatorio subrogado de menores es constitucional. Revista de derecho penal y procesal penal, N° 14”*. Buenos Aires. Editorial Lexis-Nexis.
- Quezada, Neno, Luzoro (2006) *“Abuso sexual infantil: cómo conversar con los niños?”*. Santiago de Chile. Ediciones de la Universidad Internacional SEK.
- Ríos Carlos (2007) *“Incorporación por lectura al debate de testimonio que la defensa no pudo controlar”* Buenos Aires. Editorial La Ley.
- Romero Sebastián G. (2011) *“Testimonio de niños en el proceso penal”* 1era edic. Córdoba. Ediciones Alveroni.
- Samaja Juan (2004) *“Epistemología y Metodología: elementos para una teoría de investigación científica”* 3era edic. Buenos Aires. Editorial Universitaria.
- Urbano Yuni (2003) *“Técnicas para Investigar y formular proyectos de investigación”*. Córdoba. Ed. Brujas.
- www.unicef.org (2013) *“Protección infantil contra el abuso sexual y la violencia”*
- www.diariojudicial.com (2013) *“Un guiño a la utilización de la Cámara Gesell”*.

JURISPRUDENCIA:

- Acuerdo Reglamentario N° 24 serie B, del STJ de Córdoba, 11/06/02.
- Acuerdo Reglamentario N°751, Serie A, del TSJ de Córdoba, 28/02/05.
- CSJN, autos “Aon, Lucas Y Cárdenas, Eduardo José/Jueces Nac. s/avocación instalación de una Cámara Gesell” 10/07/90
- CSJN, caso “Benitez Anibal Leonel s/ lesiones graves”. 12/12/06

- Procuraduría General de la Nación en el año 1999, Resolución 25/99. 1999.
- TSJ de Bs. As. Cámara de Crimen sala IV, autos “B.R.A, inconstitucionalidad del art. 250 bis” (11/04/2005).
- TSJ de Salta, caso “Jozami de Fili Nancy-Acción de inconstitucionalidad” (06/10/09).
- Tribunal Oral Crim. Fed. Córdoba N° 2, autos “P., H. R. s/ trata de persona menores de edad”. (27/04/10)

LEGISLACION:

- Código Procesal Penal de la Nación (CPPN), art 250 bis y 250 ter. (ley 25.582).
- Código Procesal Penal de Córdoba, art. 221 bis. (ley 9197).
- Código Procesal Penal de Río Negro, art. 234 bis
- Constitución Nacional, art 18, 33, 34, 36, 37, 38, 75 inc 22.
- Convención Internacional de los Derechos del Niño, art 12.
- Convención Americana de Derechos Humanos, art. 8
- Declaración Universal de los Derechos Humanos, art 10, 11 inc. 1
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 26
- Pacto de San José de Costa Rica, art. 8
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 14
- Régimen Penal de Minoridad (ley 22.278).