



EL TESTIMONIO DE NIÑOS EN CAMARA GESELL

Alcances y Vinculación con los Derechos del Imputado

AUTOR: Bazán Macías, María de Monserrat

LEGAJO: VABG 12050

CARRERA: Abogacía

AÑO: 2014

A mi querida madre, María Mirta Macías, por inspirar en mí el sentido de justicia mediante su ejemplo, compromiso e incansable lucha por los derechos de la niñez. A mi padre, Héctor Bazán por alentarme siempre en mi tarea.

Y en especial a Gonzalo San Miguel, mi esposo, mi compañero; por ser siempre mi pilar, mi fortaleza y mi esperanza durante todos estos años y siempre.

A ellos, dedico estas páginas.

Quiero expresar mi más sincero agradecimiento al Dr. Sergio Martín González, estimado compañero y amigo, por tanta paciencia y por esas horas de trabajo robadas.

A mis compañeros Alejandra Fernández, Roxana Cuchallo, Valeria Molina y Lucas Farfán; por brindarme constante aliento cuando las fuerzas menguaban.

También una mención especial al Dr. Jorge Marcelo Ibáñez, por su valioso aporte.

María de Monserrat Bazán Macías

RESUMEN

El presente Trabajo de Investigación tiene como meta analizar el testimonio del niño en Cámara Gesell en el marco de la protección brindada por la normativa internacional dentro del Proceso Penal, y su vinculación con los derechos y garantías que asisten al Imputado.

A lo largo del mismo, se analizan las diversas normativas que rigen la temática traída a estudio, pero principalmente aquellas que rigen en el ámbito de la Provincia de Jujuy; así como también se propicia un análisis Doctrinario y Jurisprudencial de la materia y sus repercusiones en la práctica.

ABSTRACT

The present investigation aims to analyze the testimony of the Child in Gesell Chamber under the protection provided by the International Standards, within the criminal process, and its connection with the rights and guarantees of the Accused.

Along it, the various regulations governing the issue brought to study, but mainly those that govern the field of Jujuy Province are analyzed, as well as doctrinal and jurisprudential analysis of the matter and its implications are also conducive to practice.

ÍNDICE

ÍNDICE	4
TÍTULO I: SENTIDO, ANÁLISIS Y ORGANIZACIÓN DEL TRABAJO	7
A) INTRODUCCIÓN.....	8
<u>CAPITULO I: CONSIDERACIONES PRELIMINARES</u>	11
1. NOCIONES ELEMENTALES RESPECTO AL PROCESO PENAL DE TIPO ACUSATORIO.....	12
2. GARANTÍAS PROCESALES VINCULADAS AL TESTIMONIO DE LA VÍCTIMA.....	13
2.1. Igualdad de Posiciones Frente al Proceso	13
2.2. Estado de Inocencia	15
2.3. Derecho de Defensa	16
3. PRINCIPIOS PROCESALES. PRINCIPIOS VINCULADOS AL TESTIMONIO DE LA VÍCTIMA.....	18
3.1. Principio de la Adquisición Procesal o Comunidad de la Prueba.....	18
3.2. Principio de Contradicción, de Bilateralidad o de Controversia.....	19
3.3. Principio de Inmediatez	20
4. DERECHOS QUE ASISTEN A LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL. BREVE ENUNCIACIÓN:.....	21
4.1. Derecho a Tutela Judicial Efectiva	21
4.2. Derecho a un Trato Digno y respetuoso	21
4.3. Derecho a la Comprobación del Daño y las Lesiones	22
4.4. Derecho de Información.....	22
4.5. Derecho a la Protección de su Integridad Física, Psicológica y Moral	22
4.6. Derecho de Revisión y Reclamo por Demora en la Investigación	22
4.7.. Derecho a Querellar y a Reclamar Civilmente	23
5. RECEPCIÓN DE DERECHOS Y GARANTÍAS EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL DE LA PROVINCIA DE JUJUY.....	23

<u>CAPITULO II: LOS NIÑOS EN EL PROCESO PENAL</u>	27
1. EL TESTIMONIO DE NIÑOS EN EL PROCEDIMIENTO PENAL.....	28
1.1 Breve reseña histórica.....	28
2. REGULACIÓN LEGAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y EN EL DERECHO ARGENTINO.....	29
2.1. Fundamentación.....	29
2.2. Normativa Supranacional.....	30
- Convención Americana sobre Derechos Humanos.....	30
- Declaración de los Derechos del Niño.....	31
- Convención sobre los Derechos del Niño.....	32
- La Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder.....	33
- Directrices Sobre Justicia para los Niños Víctimas y Testigos de Delitos.....	34
2.3. Derecho Interno.....	36
- Constitución Nacional.....	37
- Ley Nacional 26.061 de Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.....	37
- Código de Procesal Penal de la Nación.....	39
2.4. Recepción en el Derecho Provincial.....	39
- Constitución de la Provincia de Jujuy.....	39
- Ley 5288 . Menores. Protección integral de la niñez, adolescencia y familia. Derechos y garantías.....	40
- Código Procesal Penal de la Provincia de Jujuy.....	41
- Protocolo para el Acceso a la Justicia de Niños y Niñas Víctimas y Testigos de Violencia, Abuso Sexual y Otros Delitos.....	43
<u>CAPITULO III: LA CÁMARA GESELL</u>	46
1. ORIGEN Y FUNDAMENTOS.....	47
2. NATURALEZA JURÍDICA DE LA PRUEBA OBTENIDA EN CAMARA GESELL.....	48
3. EL ANTICIPO DE PRUEBA Y LOS ACTOS DEFINITIVOS E IRREPRODUCIBLES.....	50

EL TESTIMONIO DE NIÑOS EN CAMARA GESELL

4. CONSTITUCIONALIDAD Y NORMATIVA SUPRANACIONAL.....	52
5. REGULACIÓN NACIONAL.....	53
6. REGULACIÓN EN LA PROVINCIA DE JUJUY.....	54
- Código Procesal Penal de la Provincia de Jujuy.....	55
- Protocolo para el Acceso a la Justicia de Niños y Niñas Víctimas y Testigos de Violencia, Abuso Sexual y Otros Delitos.....	56
<u>CAPITULO IV: EL TESTIMONIO EN CÁMARA GESELL EN LA DOCTRINA Y EN LA JURISPRUDENCIA</u>	63
1. POSICIONES DOCTRINARIAS Y JURISPRUDENCIALES.....	64
<u>CAPÍTULO V: CONCLUSIONES</u>	72
BIBLIOGRAFÍA	78

TITULO I:

**SENTIDO, ANÁLISIS Y ORGANIZACIÓN DEL
TRABAJO**

A) INTRODUCCIÓN:

Hoy en día, la denominación “menor” – ha sido reemplazada por “niños, niñas y adolescentes” (Ley Nacional N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes) y así ha sido plasmado en los diferentes instrumentos internacionales de protección a la niñez (ej.: Declaración de los Derechos del Niño, Convención de los Derechos del Niño, Declaración de Principios Básicos de Justicia para Víctimas de Delito y Abuso de Poder entre otros).

Gustavo Feldman, nos aclara que: “el carácter de *niño* implica una verdadera categorización real y formal de los individuos que pueden denominarse como tales, y conlleva la ostentación de un “status” jurídico superior al del resto de las personas físicas”¹. Al mencionarlos, se hace referencia a un verdadero sujeto de derecho, con idénticas garantías a las detentadas por el adulto, a las que se suman otras, inherentes a la propia condición de niño, tales como el derecho a ser oído, resguardado en su individualidad, tanto física como psíquica. Éste derecho es lo que ha dado en llamarse “el interés superior del niño”, premisa a partir de la cual se articula todo un universo de normas de carácter nacional e internacional que brinda un marco de amparo a la niñez.

El reconocimiento y la protección de los derechos de las víctimas, en especial, de los niños, ahora comprendidos en una categoría que ha dado en llamarse “las víctimas especialmente vulnerables”, ha experimentado una evolución disímil en los actuales ordenamientos jurídicos, sea que se trate del marco internacional, o de nuestro derecho interno.

“Los sujetos que quedan abarcados en dicho concepto, son las mujeres, los niños y los ancianos. En la categoría se enrolan especialmente los sujetos que padecieron o padecen delitos vinculados a la violencia doméstica, como así también a los ámbitos de conflictos armados, motivo por el cual merecen trato específico”².

¹ **FELDMAN, G. (1998)** “*Los Derechos del Niño*”. Buenos Aires – Argentina. Ed.: Ciudad Argentina.

² **DONNA, E. A. (2012)** “*Las Palabras, los Hechos y la Víctima en el Derecho Argentino*”. Revista de Derecho Procesal Penal (Número Extraordinario: Víctimas Especialmente Vulnerables) pág. 149-172. Rubinzal Culsoni. Argentina.

En los últimos tiempos, y en forma segmentada, se ha pretendido salvaguardar los derechos de los niños víctima de delitos -hasta ahora carentes de una regulación sistémica- mediante la actualización de la normativa vigente, la elaboración de nuevos cuerpos normativos, y principalmente a través de la opinión de los jueces. Es por medio de estos instrumentos que se intenta reforzar la tutela vigente, ello en atención a la mayor vulnerabilidad cuando se trata de una víctima menor de edad.

Juan Burgos Ladrón De Guevara, en una alusión a las víctimas menores en el proceso penal, y a la Decisión Marco del Consejo de Europa del 15 de marzo de 2001/220/JAI, opina que el “interés superior” del niño que transita por un proceso penal, hace imperativo articular la protección del menor con los derechos que asisten al acusado de un hecho delictivo. Ello importa la búsqueda de un equilibrio entre ambos intereses, obligando a los órganos jurisdiccionales y a las autoridades nacionales a ajustar el derecho interno y a decidir e interpretar las mismas, conforme las decisiones marco del Consejo de Europa. (BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J., 2012; en Revista De Derecho Procesal Penal Rubinzal Culsoni. (Número Extraordinario: Víctimas Especialmente Vulnerables, pág. 30).

Al respecto, Asencio Mellado indica que es obligación del Estado remover los obstáculos que impidan la realización del principio de igualdad que debe regir durante el procedimiento penal (ASENCIO MELLADO, J.M. 2010 citado por BORTWICK., A. E., 2003; pág. 85). Es así como los cuerpos legales internacionales (*V.gr:* Declaración de los Derechos del Niño; Convención sobre los Derechos del Niño; La Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder, las Directrices Sobre Justicia para los Niños Víctimas y Testigos de Delitos, entre los más importantes) y las principales normativas de derecho Nacional y Local (Constitución Nacional, Código de Procesal Penal de la Nación, ley Nacional 26.061 de Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, Constitución de la Provincia de Jujuy, Código Procesal Penal de la Provincia de Jujuy, entre otros), reconocen al niño un status especial, y establecen medidas protectoras a fin de no vulnerar su integridad cuando éste ha sido víctima de delito y debe ser parte del proceso penal, sin que ello comporte un menoscabo de los derechos y garantías reconocidos al justiciable.

Consecuencia de lo enunciado es que, actualmente, los diferentes tribunales del País y del mundo han receptado diversas técnicas, entre ellas la de la Cámara

EL TESTIMONIO DE NIÑOS EN CAMARA GESELL

Gesell, como medio para recibir el testimonio de niños -especialmente aquellas víctimas de delitos de abuso- iniciando así un cruce de opiniones, particularmente en torno a su adecuación respecto a los derechos del imputado, en ocasiones olvidando que el menor se encuentra en una situación de mayor desamparo.

En la presente investigación se intentará caracterizar la naturaleza y el valor probatorio del testimonio del niño recepcionado mediante la técnica de Cámara Gesell, su valoración doctrinaria y jurisprudencial. A partir de allí, se procurará presentar argumentos que permitan concluir que esta técnica no afecta los derechos de aquel que es sometido a un proceso penal (el imputado).

El Trabajo está articulado en tres grandes ejes. El primero de ellos, hará asequible los conceptos básicos relativos al procedimiento penal de corte acusatorio, y los principios que lo inspiran. Seguidamente, en un segundo capítulo, se profundizará en la temática de los derechos del menor de edad durante el procedimiento penal y los instrumentos legales que resguardan el “interés superior del niño” durante el mismo; para luego adentrarse en el estudio del testimonio del menor prestado en Cámara Gesell como medio de salvaguarda de su integridad (capítulo tres). Todo ello, realizando una constante vinculación a los derechos que asisten al imputado.

A continuación, en un cuarto capítulo, se explorarán las opiniones doctrinarias y jurisprudenciales en la materia de referencia, para luego arribar a una conclusión que permita verificar lo afirmado en la hipótesis propuesta, es decir, que la técnica de Cámara Gesell permite amparar los derechos del niño sin importar una vulneración a las garantías que asisten al encartado.

En consideración a ello, se analizarán las condiciones objetivas que se observan en la práctica tribunalicia de la Provincia de Jujuy, al tomarse testimonio a un niño o adolescente en Cámara Gesell, con el propósito de constatar si existe una afectación a su derecho de defensa que haga peligrar el debido proceso judicial por menoscabo al principio de contradicción.

Se analizará también el valor que como medio probatorio asume el mencionado testimonio, a la luz de los criterios jurisprudenciales de la CSJN y de los tribunales inferiores de la Provincia de Jujuy.

A su vez, ambas cuestiones serán evaluadas a través de un análisis de la normativa provincial, nacional e internacional, y de la doctrina dominante.

CAPITULO I:

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

1. NOCIONES ELEMENTALES RESPECTO AL PROCESO PENAL DE TIPO ACUSATORIO - ADVERSARIAL.

El Dr. Jorge Marcelo Ibáñez, en el prólogo a la obra *El Principio Acusatorio* (2011), nos ilustra diciendo: “*el nuevo modelo de proceso penal establece que la función de perseguir y acusar es diferente e independiente de la de juzgar y punir, colocando cada una de ellas en manos de órganos públicos diferenciados y autónomos entre sí*”³. Ibáñez destaca que estamos asistiendo a un cambio radical de paradigma, un cambio cultural, que exige por parte de los actores del derecho, una apertura hacia una nueva dinámica organizacional por parte de quienes intervienen en el proceso penal. (IBÁÑEZ, J. M.; 2011 pág. 9). Su maestro, Julio Maier, a través de su Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación (1986), sembraría en nuestro país las bases del nuevo paradigma acusatorio, provocando la revisión de conceptos tales como parte, tercero imparcial, adversariedad, contradicción, oportunidad, etc.

Es así como, la Provincia de Jujuy, mediante Ley N°5236/09, describe en sus normas un procedimiento de corte acusatorio de tipo adversarial, cuyas características principales radican en la separación de facultades -pues se le prohíbe al órgano decisor la realización de funciones específicas de la parte acusadora- en el principio contradictorio y en igualdad de armas de las partes.

Tenemos entonces dos fases, la primera formalizada durante la Investigación Penal Preparatoria y la segunda, conformada por el Juicio Oral. Ambas fases son encomendadas a diferentes órganos jurisdiccionales con miras a prevenir que el justiciable sea sometido a prejuzgamiento, evitando así que sea juzgado por un órgano falto de imparcialidad. Se reconocen al imputado y a la víctima de una serie de derechos ya garantizados por nuestra Constitución Nacional (C.N.) en sus arts. 16, 18 y 75 inc. 22, por la Convención Americana de Derechos Humanos (C.A.D.H. arts. 4, 5, 6, 7.5) y por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos (P.I.D.C.P. arts. 9.3, 10.1 y 14.3).

³ **DR. JORGE MARCELO IBÁÑEZ. Prologo a GRISETTI, R.A. (2011) “El Principio Acusatorio. Implicancia Sistemática en el Modelo Penal”, pág. 9 - S. S. de Jujuy – Argentina. Ed.: El Fuste.**

La persecución penal se coloca en manos del Ministerio Público Fiscal quien asume rol de acusador, primero durante la investigación penal preparatoria y luego en el juicio oral, mientras que la potestad decisoria está a cargo de un tribunal imparcial que ejerce la jurisdicción “*solo como árbitro, ajeno a la contienda de las partes*” (JAUCHEN, E.; 2012, pág. 407 tomo I).

El acusado ya no es considerado un mero objeto de persecución sino como parte del proceso, como sujeto de derecho, y en ese carácter es puesto en pie de igualdad frente a su acusador. Mantendrá sus status de inocencia a lo largo todo el proceso, respetando su dignidad y garantizando su derecho de defensa.

La víctima es también considerada parte del proceso, viendo reforzado su rol y su derecho de acceso a la jurisdicción, a una debida defensa en juicio, a la información, a la salvaguarda de su integridad e intimidad, etc.

Así entonces, nos encontramos frente a un proceso cuyas características fundamentalmente consisten en un debate, público, oral, continuo y contradictorio. Y es precisamente en éste ámbito donde, en atención a los derechos de los que encuentran investidos los sujetos procesales, se plantea la duda respecto a si el testimonio de niños vertido en Cámara Gesell puede conculcar el derecho de defensa del imputado.

2. GARANTÍAS PROCESALES VINCULADAS AL TESTIMONIO DE LA VÍCTIMA:

FACUNDO ZAPIOLA (2011), en su Manual de derecho Procesal, se refiere a las garantías procesales, como aquellas reconocidas en la Constitución Nacional, cuyo fundamento radica en la persona humana, y que emanan de su dignidad inherente. (ZAPIOLA, F.; 2011, Unidad 3- pág. 1).

Ahora bien, de la totalidad de garantías que rigen el proceso penal, solo nos referiremos a aquellas que se relacionan directamente con el testimonio de la víctima.

2.1. Igualdad de posiciones frente al proceso.

Garantía de raigambre constitucional, contenido en el art.16 de la Carta Magna; es también reconocido internacionalmente por los principales tratados de derechos humanos (art. 75 inc. 22 C.N.). Así, la Declaración Universal de Derechos

Humanos en su art. 1º reza: *“Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial”*⁴. Es requisito indispensable que el trato hacia víctima como al imputado sea igualitario, sin importar su condición personal. La presencia de privilegios o discriminaciones cualesquiera la razón que fuera, repugna el espíritu de la norma en franca violación al derecho de igualdad. Éste estado equitativo permanece a lo largo de todo el proceso, en cada una de sus etapas, y en cada acto llevado a cabo por las partes (víctima, imputado, acusador y órgano decisor). Esta garantía procesal encuentra su mejor modo de expresión en el principio de contradictorio.⁵

También ha sido reconocido por la Convención Americana de los Derechos del Hombre, en su art. 8 inc. 1º. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su art. 14.3, inc. 1, 2, 3 y 4 *“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”*⁶ *“Toda persona acusada de un delito, tendrá derecho, en plena igualdad a las siguientes garantías (...) a ser informado sin demora (...) en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada en su contra (...) a disponer de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección (...) a hallarse presente en el proceso y a defenderse...”*⁷

Así mismo el Código Procesal Penal de la Nación garantiza a la víctima la igualdad de armas, indicando que desde el inicio del proceso penal hasta su finalización, el Estado Nacional es garante de los derechos reconocidos a víctimas y testigos. Se asegura a la víctima el derecho a ser informada acerca de las facultades que puede ejercer durante el proceso y de su facultad para constituirse en actor civil o de tener la calidad de querellante. Tiene el derecho a conocer el estado de la causa y la

⁴ **DECLARACION UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS**, Art. 1º (1966)

⁵ **CAFFERATA NORES - MONTERO - VELEZ Y OTROS (2003)** *“Manual de Derecho Procesal Penal”*. Pag. 125 - Córdoba - Argentina. Ciencia, Derecho y Sociedad Editorial.

⁶ **CONVENCIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA**, Art. 8, inc 1º (1969).

⁷ **JAUCHEN, E. (2012)** *“Tratado de Derecho Procesal Penal”* Tomo I, pag 246 - Buenos Aires - Argentina. Ed. Rubinzal Culzoni.

situación del imputado. Particularmente en el caso que nos ocupa, el Estado, garante de los derechos de cada uno de los actores, mediante el órgano judicial competente, autorizará que aquellos menores -o víctimas vulnerables- que deban intervenir en actos procesales, puedan hacerlo acompañados de una persona de confianza. Evitando de esta manera una situación de desigualdad procesal ante el imputado.

El código Ritual de la Provincia de Jujuy, en su art. 19 menciona la igualdad entre las partes, prescribiendo que “... se garantizará la intervención de las partes con iguales posibilidades de ejercer las facultades y derechos previstos en la Constitución de la Nación, de la Provincia y en éste Código. Los jueces preservarán el principio de igualdad procesal, debiendo allanar los obstáculos que impidan su vigencia o lo debiliten”⁸. En el caso de los niños éste derecho queda satisfecho, al brindarle al menor la posibilidad de vertir su testimonio de forma tal que no se vea sometido a una nueva victimización, proporcionándole así en forma justa y adecuada, la posibilidad de llevar su situación ante la justicia.

2.2. Estado de Inocencia.

Con posterioridad a la reforma de 1994, derivando específicamente del art.75, inc.22; el estado de inocencia ha sido receptado por el plexo normativo internacional, así ha sido plasmado en la C.A.D.H. en su art. 8, inc. 2; en la D.A.D.D.H. en su art. 26; en el art.11 de la D.U.D.H. y en el art. 14 del P.I.D.C.P.

En lo que respecta al derecho interno, el art. 1 del Código Procesal Penal de la Nación indica que “nadie podrá ser ... considerado culpable mientras una sentencia firme no desvirtúe la presunción de inocencia de que todo imputado goza”, mientras que el código ritual de la Provincia de Jujuy en su art. 5 reza “*Toda persona se presume inocente mientras no sea declarada su culpabilidad por sentencia firme de juez competente, dictada previo proceso penal público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa*”.⁹

La incidencia del estado de inocencia posee un doble aspecto, en el campo de las garantías procesales y en la aplicación práctica, estableciéndose como una pauta de interpretación general o acotada a la apreciación de la prueba.

⁸ CODIGO PROCESAL PENAL DE LA PROVINCIA DE JUJUY. LEY 5623/09. Art. 19.-

⁹ CODIGO PROCESAL PENAL DE LA PROVINCIA DE JUJUY. LEY 5623/09. Art. 5.-

Manuel Jaén Vallejo enfatiza las consecuencias prácticas que trae aparejado esta garantía, aclarándonos que la presunción de inocencia versa sobre los hechos, pues solo estos pueden ser objeto de prueba. Aclara que se trata de una presunción *iuris tantum* que para ser contrarrestada exige un mínimo de actividad probatoria de cargo producida con las debidas garantías procesales (JAÉN VALLEJO, M.; 2000, pág. 38).

Ubicados en éste plano entonces, no resulta descabellada la apreciación del Dr. Caferatta Nores, cuando indica que si al sujeto le es reconocido el estado jurídico de inocencia, que no debe probar, sino que debe ser destruido por la prueba de cargo aportada por los órganos de persecución, está en su derecho de controlar el modo en que se pretende probar su culpabilidad o intentar acreditar su inocencia, si así lo deseara. (CAFFERATTA NORES, José I.; 2003, pág. 139). De allí que partiendo de éste estado de inocencia, sea derecho atribuido al justiciable, tener acceso al testimonio del niño en cámara Gesell, a tomar conocimiento de su realización y a oponer las defensas que considere necesarias. Puede apreciarse entonces que el estado de inocencia tiene directa vinculación con el derecho de defensa y con el principio contradictorio.

2.3. Derecho de Defensa.

Como uno de los puntos principales éste trabajo, resulta imperante referirnos a esta garantía antes de desarrollar su vinculación con el testimonio del menor.

Se trata de una garantía bilateral, con una faz activa, vinculada a la víctima que pretende hacer efectiva su pretensión mediante la acción, reconociéndosele la posibilidad de aportar pruebas, constituirse en querellante o de petitioner; y una pasiva, relativa al encartado, en su derecho de resistir la acción, y de ser asesorado por un defensor técnico, sea éste escogido por el propio imputado, o de oficio por el Defensor Penal Público, aún en contra su voluntad. (ZAPIOLA, F. 2011)¹⁰

El derecho de defensa garantiza al individuo la posibilidad durante el proceso de hacer todo lo necesario para defender su persona o sus derechos.

¹⁰ **FACUNDO ZAPIOLA (2011)** “Manual de Cátedra de Derecho Procesal III - Universidad Empresarial Siglo21” Unidad 3 - pág. 9 - Córdoba - Argentina.

Reconocido constitucionalmente en el art. 18 de la Carta Magna Argentina, esta norma dispone la inviolabilidad de la defensa en juicio; mientras que para el art. 114, inc. 6, el estado debe garantizar la eficaz prestación de los servicios de justicia. A partir de la reforma de 1994, por operatividad del art.75 inc., 22, los tratados internacionales también han receptado éstas garantías. Así ha sido reconocido en los arts. 9 y 11 de la C.A.D.H; en el art.14 del P.I.D.C.P.; art. 26 de la D.A.D.D.H.

Jauchen, en su Tratado de Derecho Procesal Penal lo define como “*el insoslayable derecho subjetivo individual, de carácter público, de intervenir en el proceso penal en todo momento, de probar y argumentar en él, por si y por medio de circunstancias de hecho y fundamentos de Derecho que desvirtúen la acusación, con el propósito de obtener una declaración de eximición o una atenuación de responsabilidad penal atribuida*”¹¹. Es facultad del imputado intervenir durante el proceso, en todas sus etapas y actos procesales, desde el inicio hasta la culminación del procedimiento. Su intervención es a fin de controlar el desarrollo procesal, de ofrecer las pruebas que considere oportunas y de controlar las pruebas de cargo; de ser oído expresando su descargo y de alegar personalmente o por medio de su representante.

De esta garantía se desprende el derecho a interrogar a los testigos, derecho que ha sido reconocido por las normas internacionales, las que acuerdan que durante un proceso en condiciones de igualdad, “*el imputado goza de la garantía de defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre el proceso*”¹². El P.I.D.C.P. en su art. 14, inc. 3 alude a que, durante un proceso en plena igualdad, la parte acusada tiene la garantía de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo, y a obtener la comparencia de los testigos de descargo, y que estos sean interrogados en idénticas condiciones.

El Código de Procedimiento de la Provincia de Jujuy transcribe el art 29, inc. 4 y 5 de la Constitución Provincial. De esa manera prescribe que toda persona sometida

¹¹ **JAUCHEN, E. (2012)** “*Tratado de Derecho Procesal Penal*” óp. cit. Tomo I, pág. 110 - Buenos Aires - Argentina. Ed. Rubinzal Culzoni.

¹² **CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS**. Art.8, inc. 2 letra “f”.

a proceso tendrá derecho a defenderse personalmente o por intermedio de defensores letrados”

Lo cierto es que toda prueba en la que se apoye la resolución del órgano decisor, debe haberse brindado la posibilidad de que las partes accedan a ella, respetándose así la inmediación, la publicidad y el contralor por parte de las mismas, tanto al momento de su producción como al de su incorporación al debate oral. No requiere la efectiva actividad de las partes, sino que se haya brindado la posibilidad de que éstas ejercieran el control sobre las mismas.

De allí la gran controversia que opera sobre los testimonios vertidos en Cámara Gesell, pues el principal argumento que se emplea es el de que no puede pensarse en una condena basada únicamente, o en grado decisivo, en los testimonios aportados por una persona, a los que el acusado no ha tenido la oportunidad de examinar de manera inmediata.

3. PRINCIPIOS PROCESALES. PRINCIPIOS VINCULADOS AL TESTIMONIO DE LA VÍCTIMA

Los Presocráticos designaban al vocablo “principio” como todo aquello a partir de lo cual derivan todas las cosas. Es así como los principios procesales son construcciones jurídicas cuya finalidad es estructurar ideas fundamentales, a partir de la cual se compone un determinado sistema cuya finalidad es la de realizar la norma sustantiva. Estos deben ser tenidos en cuenta por los operadores del derecho al tramitar, y decidir a lo largo de cada una de las etapas del procedimiento.

Ahora bien, no es mi intención realizar una exégesis de la totalidad los principios procesales -pues ello excedería el marco de éste trabajo-, sino realizar un breve análisis de aquellos que vinculan a víctima e imputado, refiriéndonos particularmente a los que pueden tener virtual aplicación sobre el testimonio de la primera, tiendo como base un sistema procesal de corte acusatorio.

3.1. Principio de la Adquisición Procesal o Comunidad de la Prueba.

El acto procesal es un acto común para las partes, y su eficacia no depende de la parte de la cual proviene, sino de los efectos que esta produzca. Todo elemento incorporado se adquiere para el proceso, adoptando el carácter común a las partes intervinientes.

Adolfo E. C. Borthwick en su libro Principios Procesales (2003, pág. 33) - parafraseando a Alsina, H.- nos indica que la actividad desplegada por las partes influye recíprocamente, de tal manera que no solo beneficia a quien ejecuta el acto, perjudicando a la parte contraria, sino que también esta última puede beneficiarse del acto en cuanto pueda perjudicar a su autor. De allí que, aquello testimoniado por el niño en Cámara Gesell, en caso de beneficiar a la otra parte, no puede ser negado en caso de ser invocado la defensa del imputado.

3.2. Principio de Contradicción, de Bilateralidad o de Controversia.

Una de las principales características del sistema acusatorio finca en el principio de contradicción, también conocido como de bilateralidad o de controversia. Se trata de la consecuencia inmediata del principio de igualdad. Deriva entonces como la exigencia de permitirle a las partes iguales oportunidades al momento de velar por sus intereses, tanto en ataque como defensa.

Ahora bien, es importante destacar que el derecho procesal garantiza al justiciable solo la “posibilidad del ejercicio”, y no el ejercicio en sí mismo. Nuevamente Borthwick reproduciendo palabras de Alsina, H. nos ilustra diciendo que bilateralidad no necesariamente quiere decir que las partes deban intervenir para que el acto tenga validez, sino que se les haya dado la oportunidad de intervenir. (BORTHWICK, E. C. 2003, pág. 50)

Entendemos entonces que la importancia de éste principio radica en la posibilidad de que el obrar de una de las partes pueda ser rectificado y controlado por la otra. VÉSCOVI argumentaba que éste principio tiene virtualidad como manifestación de que en todo momento debe existir una oportunidad razonable de defensa (VESCOVI citado por BORTHWICK, E. C. 2003, pág. 51). No obstante ello, y tal como lo afirma PODETTI, “*constituye una exageración perniciosa del mismo (...del principio de controversia...), ajena a su esencia garantizadora de justicia, la práctica de correr vista de toda petición (...o acto...) aún cuando no sea necesaria*”¹³

En lo referido al testimonio de niños en Cámara Gesell, la sola notificación al imputado de que la entrevista se llevará a cabo, a los fines del ejercicio de su derecho de defensa, cumplimenta con la exigencia del principio contradictorio de permitir la

¹³ BORTHWICK, A. E. C. (2003) “Principios Procesales” Pág. 54. Corrientes – Argentina- Ed.: MAVE.

participación del justiciable en un acto tan particular como lo es éste tipo de entrevistas, sin necesidad de que la defensa material se efectivice realmente. Recordemos, que a los fines de la satisfacción de éste principio, solo basta que al imputado se le haya brindado la posibilidad de ejercer su defensa.

3.3. Principio de Inmediatez.

Se denomina inmediación al principio procesal, a aquel por el cual se procura garantizar un vínculo personal, permanente y directo entre el juez, las partes, el Ministerio Público y los restantes sujetos eventuales que pudieren presentarse durante el proceso. BORTHWICK afirma que éste conocimiento inmediato del juez se adquiere por vía psicológica (aprehensión directa); gnoseológica (por inexistencia de especies intermedias entre el objeto y sujeto cognoscente) y lógica (proposiciones evidentes por sí mismas), proponiendo que toda mediación entre el hecho y el juez deviene en un conocimiento deformado de aquel. (BORTHWICK, E. C.; 2003, pág. 95).

El principio aquí invocado exige la inmediata comunicación entre los sujetos intervinientes en el proceso (inmediación subjetiva), a los fines de ponderar la estatura moral de los mismos; los hechos y cosas que hacen a la causa (inmediación objetiva), y los medios de prueba que se utilicen; o bien, el contacto entre el acto de la prueba y una determinada circunstancia objetiva (inmediación de actividad) (BORTHWICK, E.C.; 2003, pág. 98).

Esta afirmación afecta directamente el testimonio del menor de edad en Cámara Gesell, debido a que por las particulares condiciones del testificante en cuestión, la inmediación que naturalmente se da en los estrados tribunales, no podrá llevarse a cabo. Los Derechos que amparan al niño a fin de resguardar su integridad, impiden éste contacto directo, no solo con el juez, sino con todas las otras partes del proceso. No obstante ello, el tanto el Ministerio Público como el imputado podrán a través de un intermediario, cuestionar lo que consideren necesario; mientras que el juez, en la etapa oral, tendrá acceso a las video grabaciones, y de ser necesario, podrá ordenar una nueva deposición -mediante esta técnica- para su mejor apreciación.

4. DERECHOS QUE ASISTEN A LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL.

BREVE ENUNCIACIÓN:

Con el surgimiento de la victimología, la víctima nuevamente se encuentra en el centro de la atención científica. Se pretende mejorar su protección, sus posibilidades de obtener la realización del proceso penal, y de permitir su participación en él. Hasta aquí, su intervención se había visto acotada al planteo de la acción civil, sin que el estado reconociera sus intereses como diferente de los estatales.

Sin embargo, conceptos como el de “seguridad social” han afincado en el actual derecho, haciendo que el estado reconozca su papel como garante de la dignidad y libertad de las personas y sus derechos, permitiendo la defensa del ciudadano de los abusos por parte de sus semejantes, de los poderosos, y del propio estado.

Se enviste así a la víctima de una serie de derechos para la salvaguarda de su integridad e intereses.

4.1. Derecho a Tutela Judicial Efectiva.

Desde la aparición del bloque constitucional, los tratados internacionales a los que nuestro país adhiere han atribuido a los estados la obligación de proveer protección judicial a los ciudadanos cuando sus derechos han sido conculcados. Así también lo ha entendido la jurisprudencia nacional, indicando que la víctima tiene derecho a obtener del estado una investigación judicial a fin de identificar a los responsables. (C.I.D.H. informe N°5/96, caso 10.970, 1996).

Éste derecho, también encuentra sustento en la garantía de igualdad ante los jueces y el derecho de defensa.

4.2. Derecho a un trato digno y respetuoso.

Hasta hace poco tiempo atrás, la víctima padecía en el proceso un trato que podría catalogarse como “despectivo”, ello debido a que no era considerada parte. El hecho de que solo el estado se consideraba ofendido, restaba al particular damnificado el status de parte que realmente ostentaba. Fue necesario su reconocimiento positivo en la normativa internacional y en los códigos procesales para que se le reconociera a la víctima su carácter de “parte” en el proceso.

Gozando de éste nuevo status, la norma le reconoció el derecho a un trato digno, respetuoso, el derecho a que su integridad física y moral sea respetada; pesando en el estado la obligación de generar los mecanismos para la efectivización de estos derechos.

4.3. Derecho a la comprobación del daño y las lesiones.

Éste derecho hace específica referencia a la documentación clara, precisa y exhaustiva que debe tomarse de las lesiones o daños sufridos por la víctima, sea que ésta ejerza o no su derecho a reclamar los daños. La documentación debe ser lo más exacta y acabada posible, ya que de ella dependerá la calificación del hecho realizada por el Ministerio Público Fiscal.

4.4. Derecho de Información.

El hecho de que la víctima decida no formar parte en el procedimiento, no libera a los órganos de investigación y jurisdiccionales de informarle cuales son los resultados de los actos llevados a cabo. Ello implica el deber de notificarla de determinados actos de investigación, en particular los referidos al cierre de la causa.

La información brindada permitirá acentuar en la persona la sensación de seguridad, evitando de esta manera prolongar los efectos que originan la ansiedad y la angustia normales en quién ha padecido un acto criminal.

4.5. Derecho a la Protección de su Integridad Física, Psicológica y Moral.

Derecho de jerarquía constitucional, también amparado por los diferentes tratados y documentos internacionales, resguarda la integridad psicofísica de la persona, impidiendo que durante el proceso ésta sea sometida a circunstancias que puedan vulnerarla. Así, en el caso de víctimas especialmente vulnerables, se han establecido mecanismos tales como la Cámara Gesell, que permiten al ofendido brindar su testimonio sin exponer su persona a una nueva situación hostil.

4.6. Derecho de Revisión y Reclamo por Demora en la Investigación.

Deviene específicamente de su carácter de parte en el proceso, solicitando la revisión de la causa o reclamar ante el órgano competente si considera que sus

intereses no son satisfechos. Se le concede la capacidad de acudir ante los órganos jurisdiccionales a fin de hacer valer sus derechos.

4.7. Derecho a Querellar y a Reclamar Civilmente.

Se reconoce a la víctima el derecho a constituirse en querellante conjuntamente al Ministerio Público Fiscal, o en forma exclusiva en los delitos de acción privada. Pudiendo aportar pruebas, proponer peritos e incluso objetar determinados actos del proceso penal.

Concomitantemente, puede acudir por la vía civil a fin de ejercer en contra del encartado las acciones que le permitan perseguir las responsabilidades civiles provenientes del hecho punible.

5. RECEPCIÓN DE DERECHOS Y GARANTÍAS EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL DE LA PROVINCIA DE JUJUY.

El Código de Procedimiento de la Provincia de Jujuy, en su Libro I, Título II: partes; Capítulo VII, regula específicamente lo referido a la víctima.

Art. 159.- DERECHOS Y FACULTADES

Se garantizará a quienes aparezcan como víctimas los siguientes derechos y facultades:

- 1. A recibir un trato digno y respetuoso.*
- 2. A la documentación clara, precisa y exhaustiva de las lesiones o daños que se afirman sufridos por causa del hecho de la investigación.*
- 3. A obtener información sobre la marcha del procedimiento y el resultado de la investigación, debiendo anoticiársele la fecha, hora y lugar del juicio, así como la sentencia final cuando no concurriera a la audiencia de debate.*
- 4. A que se hagan mínimas las molestias que deban irrogársele con motivo del procedimiento;*
- 5. A la salvaguarda de su intimidad en la medida compatible con el procedimiento regulado por éste Código.*
- 6. A la protección de su seguridad, la de sus familiares y la de los testigos que depongan en su interés, preservándolos de intimidaciones o represalias, sobre todo si se trata de una investigación referida a actos de delincuencia organizada.*

7. *A requerir el inmediato reintegro de los efectos sustraídos y el cese del estado antijurídico producido por el hecho investigado en las cosas o efectos de su pertenencia, cuando ello corresponda según las disposiciones de éste Código.*
8. *A procurar la revisión, ante el Fiscal del Tribunal Criminal, del archivo dispuesto con motivo de la aplicación del artículo. (criterio de oportunidad).*
9. *A reclamar por demora o ineficiencia en la investigación ante el superior inmediato del agente fiscal interviniente.*
10. *Cuando fuere menor o incapaz, el órgano judicial podrá autorizar que durante los actos procesales en los cuales intervenga, sea acompañado por ascendiente, tutor o guardador, salvo que existieren intereses contrapuestos, en cuyo caso será por el representante del Ministerio de Menores o Incapaces.*

Los derechos reconocidos en éste capítulo deberán ser enunciados por el órgano judicial competente, al momento de practicar la primera citación de la víctima o del testigo.

En los procesos por lesiones dolosas, cuando la convivencia entre víctima y victimario haga presumir la reiteración de hechos del mismo carácter, el juez de control podrá disponer como medida cautelar, la exclusión o la prohibición del ingreso al hogar. Una vez cesadas las razones que motivaran fundadamente la adopción de la medida, se podrá requerir su inmediato levantamiento. (C.P.P J, 2011)

Art. 160.- VÍCTIMA COLECTIVA O DIFUSA. *Cuando la investigación se refiera a delitos que afectasen intereses colectivos o difusos, las personas jurídicas cuyo objeto sea la protección del bien tutelado en la figura penal, o en su defecto, cualquier ciudadano, tendrán la legitimación a la que se hace referencia en el presente capítulo.*

Art. 161.- ASISTENCIA GENÉRICA Y TÉCNICA. *Desde los primeros momentos de su intervención, la policía y el Ministerio Público Fiscal, suministrarán a quién alegue verosímilmente su calidad de víctima, la información que posibilite su derecho a ser asistida como tal por el Centro de Asistencia a la Víctima dependiente del Ministerio Público Fiscal, aún sin asumir el carácter de querellante o actor civil.*

Si no contara con medios suficientes para contratar un abogado a fin de constituirse en querellante, el Centro de Asistencia a la Víctima se lo proveerá gratuitamente, a fin de que acceda legítimamente al procedimiento judicial.

Art. 162.- SITUACIÓN DE LA VÍCTIMA. *Lo atinente a la situación de la víctima, y en especial la reparación voluntaria del daño, el arrepentimiento activo de quién aparezca como autor, la solución o morigeración del conflicto originario o la conciliación entre sus protagonistas, será tenido en cuenta en oportunidad de:*

- 1. Ser ejercida la acción penal.*
- 2. Seleccionar la coerción personal.*
- 3. Individualizar la pena en la sentencia.*
- 4. Modificar, en su medida o en su forma de cumplimiento, la pena en la etapa de ejecución.*

Art. 163.- COMUNICACIÓN. *Todos los derechos y facultades reconocidos en éste capítulo, serán comunicados por el órgano interviniente a la víctima, desde el momento mismo del inicio de la investigación y en la primera diligencia procesal que con ella se efectúe.*

En tal oportunidad se le hará entrega de una copia del artículo 159 (derechos y facultades) de éste Código. Asimismo se le comunicarán las facultades y derechos que puede ejercer contra los responsables civiles del hecho, contra el asegurador del imputado si lo hubiere y la facultad que tiene de constituirse en actor civil o particular damnificado.

Lo regulado en el Art 159 son los derechos y facultades de las víctimas. Éste art. encuentra su inspiración en el art. 4 de la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de delitos y del Abuso de Poder.

En su inciso 5 encontramos una clara concordancia con el art. 6 de ese cuerpo normativo, cuando reza: “*Se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas (...) d) Adoptando medidas para minimizar las molestias causadas a las víctimas, proteger su intimidad, en caso necesario, y garantizar su seguridad, así como la de sus familiares y la de los testigos*

*en su favor, contra todo acto de intimidación y represalia*¹⁴ Su inc. 10 contempla la situación del menor o incapaz.

Los redactores del código consideraron estrictamente necesario que la víctima fuera informada de todos sus derechos, es por ello que el art.163 indica, que en la primera diligencia que se practique, se haga una entrega a la víctima de una copia del art. 159. Asimismo, dispone que se le comuniquen sus facultades en contra de los responsables civiles, y de su facultad de tomar parte activa en el proceso por medio de la constitución en querellante.

¹⁴ **DECLARACIÓN SOBRE LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE JUSTICIA PARA LAS VÍCTIMAS DE DELITOS Y DEL ABUSO DE PODER.** Art. 6 (1985).

CAPITULO II:

LOS NIÑOS EN EL PROCESO PENAL

1. EL TESTIMONIO DE NIÑOS EN EL PROCEDIMIENTO PENAL.

1.1 Breve Reseña Histórica:

Las características que rodean el testimonio de niños -por su especial carácter de víctimas vulnerables- requieren de los operadores del derecho, un especial cuidado y preparación en el manejo de aquellos métodos y técnicas que serán empleadas para recepcionar el testimonio del menor: Al mismo tiempo, se debe poner particular atención al momento de recepcionar el testimonio, ya que del recaudo prestado, pende que el acto no conlleve el avasallamiento de los derechos del justiciado.

Hasta hace no mucho tiempo atrás, y como bien lo ha descrito Edgardo Alberto Donna al hablar de las víctimas en el derecho argentino, contrariamente al imputado -tenido como centro del procedimiento- el ofendido se perfilaba como una figura secundaria y marginal (DONNA; 2012 en Revista De Derecho Procesal Penal Rubinzal Culsoni. Número Extraordinario: Víctimas Especialmente Vulnerables - pág. 150). Toda la atención se encontraba circunscripta en torno al imputado. Esta circunstancia se profundiza aún más cuando se habla de niños, particularmente porque a lo largo de la historia, su testimonio ha sido mirado con cierto recelo, tal vez en la absurda creencia de que el menor tiene mayor propensión a la fabulación que un adulto.

Teníamos entonces un menor que al mismo tiempo era víctima y testigo del hecho padecido, siendo su memoria la única fuente de información de lo acaecido. Así, la edad del menor repercutía firmemente en la evaluación que se hacía de la *notitia criminis* y en el posterior desarrollo de la investigación.

Asimismo, al no ser considerado en su carácter de especial vulnerabilidad, su declaración era receptada sin las particulares protecciones que actualmente la norma le asigna, menoscabando su integridad, enfrentándolo innecesariamente con su agresor, e incluso sometiénolo a nuevos interrogatorios en posteriores ocasiones, violentando institucionalmente cada uno de sus derechos. El niño era ferozmente atropellado, compelido a confrontar situaciones que por su edad y vulnerabilidad generaban mayores situaciones de violencia, obligádoselo a revivir una y otra vez su padecimiento. Todo ello, por la carencia de una regulación clara y específica al respecto.

Con el devenir de los años, y ante el marcado aumento de delitos soportados por los niños, esta necesidad de protección ha hecho eco en las decisiones de política

criminal adoptadas por los diferentes estados, y receptada por los principales cuerpos normativos de carácter internacional y de derecho interno.

Es así como a través de tales instrumentos, junto a otros valiosos aportes por parte de diferentes doctrinarios del derecho, y también de la medicina y la psicología, han favorecido el desarrollo de métodos y técnicas que hoy permiten que la voz del menor sea escuchada, sin que su integridad corra peligro, permitiendo así que su derecho de acceso a la justicia sea una realidad y no una mera ideación legal; al tiempo que permite al imputado, ejercer todas las defensas que considere necesarias, sin vulnerar su derecho de defensa.

2. REGULACIÓN LEGAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y EN EL DERECHO ARGENTINO.

2.1. Fundamentación.

Previo al análisis de las normas que específicamente regulan el testimonio de los menores en Cámara Gesell, resulta indispensable el conocimiento del marco legal internacional que sustenta la normativa interna. Éste marco al que nos referimos, coloca un halo de protección alrededor del menor víctima, estableciendo determinados estándares que deben cumplirse durante el procedimiento para que el testimonio del niño sea obtenido sin vulnerar sus derechos ni los del imputado.

En los últimos años, con el devenir de la victimología como ciencia autónoma, se han experimentado progresos significativos en el campo de la investigación y la prevención del delito. El Derecho, la Criminología, y las Ciencias Sociales – quienes tradicionalmente fijaban su atención solo en el delincuente y el delito – han debido incluir en su análisis a la víctima.

Naciones Unidas señala que se entenderá por víctima a toda aquella persona que, individual o colectivamente, haya sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los estados miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder.¹⁵

¹⁵ **NACIONES UNIDAS. Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención y Tratamiento del Delincuente.** Milán 1985.

A partir de entonces, se reconoce como derecho inherente a toda persona víctima de delito, el de tener una participación activa en el proceso penal, a recibir un trato digno y respetuoso, a la comprobación del daño y las lesiones; a la información, a minimizar las molestias; a la intimidad, a la protección, al reintegro de lo sustraído, al cese del estado antijurídico; al derecho de revisión y de reclamo por la demora en la investigación; derecho a querellar y a reclamar civilmente (JAUCHEN, E; 2012, pág. 192 a 233).

Desde la Reforma de la Carta Magna en el año 1994, el Estado Argentino ha otorgado jerarquía constitucional a diversos cuerpos normativos internacionales (art. 75 inc. 22 CN), receptando cada una de las declaraciones emanadas de los organismos supranacionales, transformándose así en garante de los derechos reconocidos en estos documentos.

Ahora bien, tal y como se adelantara en la exposición del problema, éste nuevo catálogo de derechos que asisten a la víctima, revisten mayor importancia cuando el sujeto vulnerado es un niño. De allí que se le brinde una especial contención y resguardo a su integridad física y psíquica. Por lo que, en amparo de éstas prerrogativas, se ha implementado como método para la obtención del testimonio del menor, el empleo de la Cámara Gesell, brindándose la posibilidad de que el justiciable y sus asesores tengan completo acceso a la misma antes, durante y después del acto testimonial.

2.2. Normativa Supranacional:

A partir de la reforma de 1994, por el art. 75 inc.22, todos los tratados internacionales ratificados por nuestro país son de aplicación inmediata, sin necesidad de ley alguna que los reglamente para hacerlos operativos. Así lo entendió la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Ekmekdejian, Miguel c/Sofovich, Gerardo y otros”¹⁶.

- **Convención Americana sobre Derechos Humanos:**

Ratificada por nuestro país, la Convención plasma en su articulado una serie de derechos y garantías, las que en virtud del art, 75, inc.22 de la C.N. poseen carácter

¹⁶ C.S.J.N. Fallos, 315: 1492, 7/7/1992, y L.L. 1992 - C - 543.-

constitucional. Así, dentro de su catálogo de Derechos Civiles y Políticos, en el art. 3° prescribe que toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica. Lo hace sin distinción de sexo, edad o nacionalidad. (art. 24).

Su art. 5° indica que toda persona tiene derecho a que se respete su integridad personal, sea esta física, psíquica o moral. Mientras que su art. 8 indica inc. 1° indica: *“Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable”*; mientras que el art. 8° refiere *“1) Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”*.

Específicamente dedica un artículo (el N°19) a los Derechos del Niño diciendo *“Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”*, norma que se complementa con los arts. 24 (que establece la igualdad ante la ley), y 25 (referido a la protección judicial).

- **Declaración de los Derechos del Niño**

Aprobada por la O.N.U. en 1959, se ha erigido como primer referente de la regulación protectora de la niñez. Contendida en diez principios, es considerada el primer instrumento en formular de manera orgánica y sistematizada pautas y postulados referidos a los niños.

En el tercer párrafo de su preámbulo asevera: *“el niño por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”*.¹⁷ A la vez, traza el principio rector de toda la normativa que con posterioridad se ha dictado, incorporando la noción de “interés superior del niño”, ello cuando en su segundo principio reza: *“El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con éste fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”*¹⁸ (el subrayado me pertenece).

¹⁷ **DECLARACION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO.** Asamblea General de las Naciones Unidas . 1959.

¹⁸ **DECLARACION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO.** op. cit. (1959).-

- **Convención sobre los Derechos del Niño:**

Puesta en vigor a partir del 02 de Septiembre de 1990, la Convención es considerada como el mayor instrumento protector de los derechos de la infancia que haya surgido de la ONU. Los posteriores tratados, y conferencias aclaran o hacen recomendaciones, pero siempre teniendo como marco de referencia a éste documento.

Su letra invoca derechos tales como la libertad, la justicia y la igualdad, haciendo particular hincapié en la necesidad de cuidados y asistencia especiales que experimenta la infancia.

Su primer artículo define el alcance del concepto niño: *“Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.”*

En su art. 3 se encuentra consagrado el principio del “interés superior de niño”, instituyendo además la “protección integral” como nuevo régimen de responsabilidad para padres, instituciones intermedias y para el propio estado. Señala específicamente el respeto a la intimidad del menor y su necesidad de una protección integral en lo que respecta a su salud física y mental; prescribe específicamente que debe primar “el interés superior del niño” ante cualquier medida dispuesta por instituciones públicas o privadas de bienestar social, tribunal, autoridad administrativa u órgano legislativo. El artículo reza... *“1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Parte se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. 3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada”.*

EL TESTIMONIO DE NIÑOS EN CAMARA GESELL

A la vez, éste artículo es completado por el cuarto, el cual indica expresamente la obligación del estado de garantizar los derechos de la niñez: *“Los Estados Parte adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Parte adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional”*.

El art. 12, enfatiza la necesidad de garantizar al niño su libertad de expresión, señala específicamente su derecho a ser oído en cualquier instancia que involucre el goce o ejercicio de sus derechos. *“1. Los Estados Parte garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”* (el subrayado me pertenece).

Especial atención nos merece su art. 32, el que contempla al niño como un sujeto al que le asisten derechos con mayores prerrogativas que a un adulto, por la propia calidad de “niño”, considerándolo más vulnerable y con menores recursos para hacer frente a determinadas circunstancias. Es así como coloca en cabeza de los estados las políticas de protección correspondientes.

El Art. 37, garantiza los derechos del niño en el ámbito procesal, principalmente en los procesos penales. *“Ningún niño será sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”*.

• **La Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder:**

Su primer artículo define el alcance de lo entendido como víctima; ahora bien, recordando que el niño es una persona sujeto de derecho, se encuentra incluido en la protección brindada por la norma. *“1). Se entenderá por “víctimas” las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los*

derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder. Y agrega en su art. 3. “Las disposiciones de la presente Declaración serán aplicables a todas las personas sin distinción alguna, ya sea de raza, color, sexo, edad...”

En su cuarto artículo señala que las víctimas deben ser tratadas con compasión y respeto por su dignidad. En el punto 6 de su articulado nos indica que *“se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas... d) adoptando medidas para minimizar las molestias causadas a las víctimas, proteger su intimidad, encaso necesario, y garantizar su seguridad, así como la de sus familiares y la de los testigos en su favor, contra todo acto de intimidación y represalia”*¹⁹.

- **Directrices Sobre Justicia para los Niños Víctimas y Testigos de Delitos:**

Establecidas por la Oficina Internacional de los Derechos del Niño, las Directrices Sobre Justicia para los Niños Víctimas y Testigos de Delitos, reconocen ab initio lo esencial de la participación del menor en la persecución penal, donde en muchas ocasiones el niño es el único testigo del delito, y su testimonio es el principal elemento de prueba con el que a veces se cuenta. Así también advierten la posibilidad de que el infante padezca otras situaciones de opresión y adversidad durante el proceso judicial.

Su normativa reconoce protección a todo niño y adolescente hasta los dieciocho años de edad. Así en su contenido, reconocen *“que los niños víctimas y testigos de delitos requieren protección especial, asistencia y apoyo apropiado para su edad, nivel de madurez y necesidades individuales especiales a fin de evitar que su participación en el proceso de justicia penal les cause perjuicios adicionales...”* a la vez que recuerdan que *“...se debe garantizar justicia para los niños víctimas y testigos de delitos al tiempo que se salvaguardan los derechos del acusado y de los*

¹⁹ **LA DECLARACIÓN SOBRE LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE JUSTICIA PARA LAS VÍCTIMAS DE DELITOS Y DEL ABUSO DE PODER,** punto 6, inc. d.-

delincuentes condenados...”²⁰ Asimismo, el propio documento, reconoce que las Directrices son solo un “conjunto de normas y principios mínimos aceptables”, por lo tanto, los estados deberán hacer todo lo posible a fin de adecuar las propias condiciones jurídicas a éste marco normativo mínimo indispensable.

Dentro de sus principios, erige la dignidad como primer postulado, reconociendo al niño como un ser humano único y valioso, al que debe protegerse en su integridad e individualidad. Al respecto, declara firmemente que “*Todo niño tiene derecho a que se consideren prioritarios sus intereses fundamentales. Esto incluye el derecho a la protección y a la oportunidad para desarrollarse de forma armoniosa*”²¹

Teniendo en cuenta lo precedentemente descrito, la normas indican en su apartado N° 10 lo que considera un trato digno y compasivo, diciendo: “*los niños víctimas y testigos deben ser tratados con tacto y sensibilidad a lo largo de todo el proceso, tomando en cuenta su situación personal y necesidades inmediatas, edad, genero, discapacidad y nivel de madurez y respetando plenamente su integridad física, mental y moral*”, agregando en su apartado N° 13 “*Con el fin de evitar al niño mayores sufrimientos, las entrevistas, exámenes y demás tipos de investigación deberán ser realizados por profesionales capacitados que actúen con tacto, respeto y rigor*”. Asimismo, en su art. 14 prescribe que todas las interacciones descritas en las presentes Directrices deberán realizarse de forma adaptada al niño, en un ambiente adecuado a sus necesidades especiales y según sus aptitudes, su edad, madurez intelectual y la evolución de su capacidad.

En su art. 30 se materializa el derecho a la protección de todo perjuicio causado por los procesos de justicia, sindicando como responsabilidad de los profesionales evitar que se causen perjuicios a los menores, durante los procesos de detección, investigación y enjuiciamiento, garantizando la dignidad de la víctima y la efectividad de sus derechos e intereses fundamentales.

Las Directrices señalan también la imponderable necesidad de utilizar procedimientos adaptados al infante; el uso de salas especiales a tal fin, y la

²⁰ **DIRECTRICES SOBRE JUSTICIA PARA LOS NIÑOS VICTIMAS Y TESTIGOS DE DELITOS (2004).**-

²¹ **DIRECTRICES SOBRE JUSTICIA PARA LOS NIÑOS VICTIMAS Y TESTIGOS DE DELITOS.** Op. cit.-

conveniencia de limitar lo máximo posible en número de entrevistas. Asimismo, declaran específicamente que es necesario *“Evitar el contacto innecesario con el presunto autor del delito, su defensa y otras personas que no tengan relación directa con el proceso de justicia. Los profesionales deben garantizar que los niños víctimas y testigos no sean sometidos a un interrogatorio por el presunto autor del delito, siempre y cuando ello sea compatible con el ordenamiento jurídico y con el debido respeto de los derechos de la defensa. Siempre que sea posible y necesario, los niños víctimas y testigos deben ser entrevistados e interrogados en el tribunal sin que los vea el presunto autor del delito y se deben proporcionar en el tribunal salas de espera separadas y salas para entrevistas privadas”*²²

En el mismo documento se indica que los profesionales deberán adoptar y aplicar medidas para que a los niños les resulte más fácil prestar testimonio o declarar a fin de mejorar la comunicación y comprensión en las etapas previas al juicio y durante éste. (Art. 25); deberán tomar medidas para evitar sufrimientos a los niños víctimas y testigos de delitos durante el proceso de detección, instrucción y enjuiciamiento a fin de garantizar el respeto de su interés superior y su dignidad. (Art.29).

Cabe recalcar en esta instancia, que todo lo prescrito a nivel internacional, específicamente aquellos tratados ratificados por nuestra Nación, no requieren de norma alguna que les otorgue operatividad, ya que por imperio del art. 75, inc 22 de la Constitución Nacional, estos adquieren jerarquía constitucional y son de aplicación inmediata en nuestro territorio.

2.3. Derecho Interno:

Dentro del marco legal de nuestro país, son diversas las normas que tienen vinculación con el proceso penal en el que intervienen menores. Desde los principios generales receptados por nuestra Constitución Nacional, hasta las particularidades contenidas en los códigos procedimentales y protocolos a lo largo de nuestro país. A continuación, se hace mención a la principal normativa vigente.

²² **DIRECTRICES SOBRE JUSTICIA PARA LOS NIÑOS VICTIMAS Y TESTIGOS DE DELITOS.** *Op. cit.*, Art. 32, inc. b.-

- **Constitución Nacional.**

La Constitución Nacional, señala el principio de igualdad jurídica, al declarar en su art. 16 que todos los habitantes de la Nación argentina son iguales ante la ley. Cabe aclarar que la igualdad reconocida por la carta magna no significa una igualdad rígida o absoluta, que desconozca las divergencias naturales como en el caso que nos ocupa.

Nuestra Corte Suprema ha dejado claro que el principio de igualdad no impide que los legisladores observen las diferentes situaciones que se presentan en forma distinta en la realidad cotidiana. Desde los claustros universitarios se nos ha enseñado “igualdad entre iguales, en iguales condiciones”.

El principio de igualdad jurídica establecido en el art. 16 nos remite al art. 18 de la Norma Suprema, en el que se establecen las garantías individuales del debido proceso, y entre ellas, la inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y de sus derechos. En referencia al tema en cuestión, recordemos lo mencionado supra, pues a los fines de la defensa de los derechos del menor, el legislador ha considerado su especial naturaleza, estableciendo procedimientos especiales que permitan al niño defenderse contra toda arbitrariedad o delito. Así lo entiende Elio Zarini, al decir “*la idea de justicia impone, pues, que el derecho de la sociedad de defenderse contra el delito sea conciliado con el del individuo acusado, en forma tal que ninguno de esos derechos sea sacrificado en aras del otro.*”²³

No podemos dejar de mencionar en éste apartado lo normado por el art. 75, inc. 22 por el cual se incorporan a nuestra normativa los tratados internacionales de derechos humanos, equiparándolos a la norma constitucional.

- **Ley Nacional 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.**

Promulgada el 21 de octubre de 2005, la Ley Nacional 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes destina cada una de sus normas a proteger a todo menor de dieciocho años. De esta manera, según Cristina

²³ ZARINI, H.J. (2010) “*Constitución Argentina Comentada y Concordada*” 5° Impresión. Pág. 94 – Buenos Aires – Argentina. Ed. Astrea.

Musa *“Argentina ha cambiado la condición Jurídica de toda la infancia y la adolescencia”*²⁴.

Surgida entre otros motivos de la imponderable necesidad de adecuación de la normativa nacional tras la ratificación de la Convención Internacional de Los Derechos del Niño, la sanción de la Ley N° 26.061 cumple con las medidas administrativas y legislativas que permiten efectivizar los derechos reconocidos en el documento internacional.

La nueva norma específica en su art. 1º, segundo párrafo, que : *“...los derechos aquí reconocidos están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño”*²⁵; para luego, especificar en su art.4 el sentido y alcance de éste concepto, determinándolo como “la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esa ley”, quedando comprendido en esta noción: a) Su condición de sujeto de derecho; b) El derecho a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta; c) El respeto al pleno desarrollo personal de su derecho en su medio familiar, social y cultural; d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común. Asimismo, especifica que ante el conflicto entre los intereses y derechos de esta especial categoría de sujetos frente a otros derechos e intereses también legítimos, prevalecerán los primeros.

Reconoce en su art. 9 el derecho a la dignidad y a la integridad personal, estableciendo hacia ellos un trato acorde a la persona humana, y particularmente a la persona en desarrollo. En el mismo artículo le reconoce el derecho a expresarse y a ser oído en todos los procesos judiciales y administrativos que puedan afectar sus derechos. Según Emilio García Méndez el reconocimiento del interés superior del niño mediante esta ley implica establecer un estándar legal de no discriminación y de protección prioritaria a ciertos grupos, en tanto se fortalece a la infancia como grupo que merece especial atención (LÓPEZ OLIVA, M.; 2006 en GARCÍA MÉNDEZ E,

²⁴ MUSA, L. C. *“La Dimensión Política de la ley 26.061”* artículo publicado en GARCÍA MÉNDEZ, E. (comp.) (2006) *“Protección Integral de Niños, Niñas y adolescentes - Análisis de la ley 26.061”* pág. 12 - Buenos Aires - Ed. del Puerto S.R.L.

²⁵ C.P.P. Nac. Art. 1 párrafo 2.-

(comp.) Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Análisis de la del 26.061 - pág.136 a 137)

En el tema de análisis, la ley hace específica referencia al derecho de niños y niñas a ser oídos (art.24), para luego completar la protección mediante el art. 29 en el que se establecen las garantías mínimas en los procedimientos judiciales o administrativos: a ser oído ante autoridad competente; a que su opinión sea tomada en cuenta en toda cuestión en la que forme parte; a ser asistido por un letrado especializado en niñez; a participar del procedimiento y recurrir la resolución ante un tribunal superior cuando considere que su derecho ha sido conculcado.

- **Código Procesal Penal de la Nación.**

El Código Procesal Penal de la Nación, garantiza a las víctimas de delito los siguientes derechos: un trato digno y respetuoso por parte de las autoridades competentes; protección a la integridad física y moral, inclusive de su familia; derecho a ser informada de los resultados del acto procesal y a ser informada respecto de sus facultades en el procedimiento, entre otros. Además de los derechos mencionados –comunes a todas las víctimas - el código establece en su art. 179 que “en el caso de que deba recibirse testimonio de menores y de personas que hayan resultado víctimas de hechos que las han afectado psicológicamente, el fiscal o el tribunal, según el caso y fundadamente, podrán disponer su recepción en privado y con el auxilio de familiares o profesionales especializados, garantizando el ejercicio de la defensa”. En su art. 250, establece que el testimonio del menor será recibido por un profesional de la psicología especializado en niños. Se profundizará el análisis de la norma en el capítulo que continúa, al hablar específicamente de Cámara Gesell.

2.4. Recepción en el Derecho Provincial:

- **Constitución de la Provincia de Jujuy.**

La Provincia de Jujuy reconoce a la persona humana “su eminente dignidad y todos los órganos del Poder Público están obligados a respetarla y protegerla”, ello según lo dispuesto en el art. 1º de la C.P.J. Consecuentemente, mediante el art. 20 se hace referencia a la integridad física, psíquica y moral, la cual debe ser respetada. De allí que al momento del testimonio del menor, sean estos los aspectos fundamentales que se pretenden resguardar mediante el uso de cámara Gesell.

EL TESTIMONIO DE NIÑOS EN CAMARA GESELL

En su art. 25, inc 1º, la Máxima Norma Provincial determina la igualdad ante la ley indicando: *“1.- Todas las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos y gozan de igual protección de la ley en iguales condiciones y circunstancias. No se admite discriminación alguna por motivos de raza, color, nacionalidad, sexo, idioma, religión, opiniones políticas, posición económica, condición social o de cualquier otra índole”*. Si bien, no hace una específica mención a la edad de la persona, esta condición se encuentra incluida y ratificada cuando la Constitución refiere las garantías de las personas sometidas a proceso.

Las garantías a las que habíamos mención se encuentran detalladas en el art. 29, el cual prescribe: *“1.- Es inviolable la defensa de la persona y de los derechos en todo procedimiento judicial o administrativo. Esta garantía no admite excepciones...”*. (lo que incluye la referencia a la edad de la víctima). *“...2.- Toda persona tiene derecho a ser oída, con las garantías del debido proceso legal, por 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 o reconocimiento de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.”*

Culminando -en cuanto al tema que nos ocupa- con el art. 149, el cual prescribe las condiciones de acceso a la justicia: *“Todos los habitantes de la provincia, sin distinción alguna, tienen el derecho a acceder a la justicia.”*

La normativa prescripta por la Constitución Provincial nos permite afirmar que todo niño que sea compelido a participar de un proceso de índole penal, goza de las garantías descriptas; por lo tanto, su testimonio, su participación en cualquier estadio procesal debe llevarse a cabo tomando los recaudos necesarios para no vulnerar su individualidad. Si bien, no se encuentra explícitamente manifestado, ello resulta indudable ya que el orden normativo de la Provincia de Jujuy no puede abstraerse del constitucional e internacional imperante.

- **LEY N° 5.288 MENORES. Protección Integral de la Niñez, Adolescencia y Familia. Derechos y Garantías**

Promulgada en el mes de mayo de 2002, esta norma, a diferencia del resto de la normativa nacional, específicamente prescribe que la protección del niño garantizada por esta norma, la Constitución Provincial, Nacional, y los tratados

EL TESTIMONIO DE NIÑOS EN CAMARA GESELL

internacionales, se extiende hasta la mayoría de edad, y sindicada específicamente al Estado Provincial como garante del interés superior del niño. (art. 1. Ley 5,288/02).

Otro punto de interés de esta norma radica en el hecho de estatuir en forma clara que *“niños y adolescentes desempeñan una función activa en la sociedad y nunca serán considerados meros objetos de socialización, control o prueba, debiendo el Estado provincial implementar medidas que desarrollen la autonomía del niño y del adolescente y que aseguren su integración y participación social”*. Por lo tanto, al tratar el tema del testimonio de niños, resulta clara y evidente la importancia de esta norma, pues exige por parte de los organismos jurisdiccionales una actitud respetuosa ante la persona del niño o joven víctima. Su art. 11 le reconoce el derecho a la integridad corporal, comprendiendo en éste concepto tanto la faz física, psíquica y moral.

Otro artículo de importancia superlativa es el N°22 que ordena: *“Los niños y adolescentes no podrán ser privados de sus derechos sin el debido proceso legal, el cual garantizará el derecho a ser oídos en todo proceso judicial o procedimiento administrativo que lo afecte y el respeto y dignidad que se le debe como personas en desarrollo.”*

- **Código Procesal Penal de la Provincia de Jujuy**

En lo que hace a los derechos de las víctimas, el código de rito de la Provincia de Jujuy prescribe en su art. 1° la virtualidad de todas las normas constitucionales e internacionales vigentes. Al respecto dice: *“PRINCIPIO GENERAL. Rigen en el procedimiento penal todas las garantías y derechos consagrados en la Constitución Nacional, en los tratados internacionales incorporados a su mismo nivel y en la Constitución Provincial, sin perjuicio de las que se ratifican y subrayan en éste código. Dichas disposiciones son de aplicación directa y prevalecen sobre cualquier otra de inferior jerarquía normativa e informan toda interpretación de las leyes y criterios para la validez de los actos del procedimiento penal.*

Asimismo, al referirse a la legalidad de la prueba, el art. 16 prescribe: *“ Los elementos de prueba sólo tendrán valor si han sido obtenidos por medios lícitos e incorporados al juicio del modo que autoriza éste código. No tendrá valor la prueba obtenida mediante torturas, amenazas, engaños o violación de los derechos fundamentales de la persona, sin importar que haya sido obtenida por particulares o*

por funcionarios públicos”. Esta garantía es extensiva tanto a la declaración testimonial del menor víctima, como a la declaración indagatoria del imputado, y se ve resguardada por el principio de igualdad entre las partes emanado del art.19 de la Carta Magna Provincial.

Sin la intención de caer en repeticiones -pues el tema a desarrollar en éste punto se encuentra vinculado a lo manifestado supra respecto los principios y derechos de la víctima y su recepción en el derecho provincial, acápite N°5 del capítulo anterior- me permito la licencia de remarcar algunos aspectos de nuestro código de rito.

En el art. 159 se prescribe el derecho a recibir un trato digno y respetuoso (inc. 1), a que se hagan mínimas las molestias que deban irrogársele con motivo del procedimiento (inc. 2) y a la salvaguarda de su intimidad (inc. 3), entre otros. (C.P.P. J. Ley 5623/09).

En su título VI, referido a los Actos Procesales, el C.P.P.J., mediante el art. 168 (Declaraciones Especiales), estatuye que cuando se tratare de menores, víctimas de delitos tipificados en el Código penal, Libro II, Título I, Capítulo II y Título III, y quienes a la fecha no hayan cumplido 16 años, prestarán testimonio mediante el siguiente procedimiento: a) Los menores solo serán entrevistados por un psicólogo, y en ningún caso serán interrogados en forma directa por el tribunal o las partes; b) la entrevista será llevada a cabo en un recinto especial, acondicionado con implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva del menor; c) en el plazo estipulado por el tribunal interviniente, el profesional elevará un informe conteniendo las conclusiones a las que ha arribado; d) a pedido de parte o del tribunal, la entrevista podrá ser seguida desde el exterior del recinto a través de vidrio espejado, micrófono, equipo de video o cualquier otro medio técnico. Previo a la iniciación del procedimiento, el tribunal hará saber al profesional las inquietudes propuéstas por las partes, así como las que surgieran a lo largo de la entrevista, las cuales serán canalizadas por medio del profesional interviniente.

Cuando éstas víctimas a la fecha de ser requerida su comparencia, hayan cumplido dieciséis (16) años de edad y no hubieren cumplido dieciocho (18) años, el tribunal previo a la recepción del testimonio, requerirá informe de especialista acerca de la existencia de riesgo para la salud psicofísica del menor que debiere comparecer

ante los estrados. En caso afirmativo, se procederá de acuerdo a lo dispuesto líneas arriba. (Art. 168 C.P.P.J).

- **Protocolo para el Acceso a la Justicia de Niños y Niñas Víctimas y Testigos de Violencia, Abuso Sexual y Otros Delitos.**

Establecido mediante Acordada N°15, Folio N°347/363 N° 200, de fecha tres de Diciembre de 2012, se aprueba el presente protocolo a los fines de orientar la actuación de funcionarios y autoridades involucrados en las diversas etapas de los diferentes procesos -penal, civil, familia- en la que intervienen los menores.

Dentro de sus Principios Generales se encuentra la Protección en todo momento, de la salud psicofísica y el bienestar del niño víctima de delito, dejando en claro que esta protección también se hace extensiva a los adolescentes, conforme las directivas de la Convención de los Derechos del Niño. En su deposición, alude que en virtud del “interés superior del niño” definido por la mencionada Convención, también es comprensivo del acceso a la justicia como medio reparador fundamental en el proceso de recuperación de toda víctima.

Concordando con el art. 29 inc. 1° de la C.D.N., afirma que debe prodigarse al menor víctima un tratamiento acorde a su calidad de persona y a su dignidad inherente.

Asimismo, procura reducir las posibilidades de revictimización para aquel infante que debe formar parte del proceso penal, sea como víctima o como testigo.

Al enunciar los principios generales, en su apartado 3°, declara específicamente entre sus fines: “*respetar y propender a una compatibilización armónica entre las garantías constitucionales del imputado y los derechos de los niños y niñas víctimas de delitos.*”²⁶ Ello, respetando las garantías del debido proceso e intentando preservar el relato del niño víctima, asegurando un registro adecuado, sin contaminación, de forma tal que éste sea prueba válida y sin vicios de nulidad que redunden en perjuicio del imputado o de la propia víctima.

²⁶ **PROTOCOLO PARA EL ACCESO A LA JUSTICIA DE NIÑOS Y NIÑAS VÍCTIMAS Y TESTIGOS DE VIOLENCIA, ABUSO SEXUAL Y OTROS DELITOS (2012).** Acordada N°15, Folio N°347/363 N° 200 - Pág. 3 - Poder Judicial de la Provincia de Jujuy.-

Otra circunstancia tenida en cuenta al momento de la formulación del documento, es el propender a una única declaración testimonial, con la intención de evitar un mayor agravio a la intimidad del niño; para lo que además, determina que la entrevista solo será llevada a cabo por profesionales especialmente capacitados en abuso o victimología infantil.

El Protocolo reconoce la posibilidad de que la *notitia criminis* pueda ser conocida no solo en sede judicial o policía, contempla también la eventualidad de que la denuncia sea recibida en hospitales o centros de salud, en la Secretaría de la Niñez, mediante la línea 102, en los C.A.I.N.A.F. (Centros de Ayuda Integral del Niño, Adolescente y la Familia) y C.A.I.V.I.F. (Centro de Ayuda Integral en Violencia Familiar), en las Escuelas; y O.A.V.D. (Oficinas de Atención a las Víctimas de Delitos).

Indica específicamente que *“la autoridad interviniente en esta oportunidad, limitará su actuación a registrar, de forma textual, las expresiones vertidas por el niño o la niña”... “podrá hacerse preguntas de final abierto, no inductivas ... específicas o focalizadas, para determinar si el hecho es reciente o de antigua data, y evaluar la necesidad de adoptar medidas de protección urgentes.”*²⁷ Ocurrida la revelación del hecho, se notificará en forma urgente a la Fiscalía correspondiente.

Asimismo, el presente protocolo establece para los organismos que primero toman conocimiento de la denuncia, la obligación de brindar asistencia inmediata al infante, entendiéndose por tal la contención emocional, el resguardo de la integridad física y psíquica del niño. Es decir, se le brindará un espacio que permita canalizar su angustia, posibilitar su expresión emocional, todo ello a los fines de minimizar los efectos del acto lesivo, lo que el protocolo denomina intervención.

Posteriormente, los profesionales intervinientes, elaborarán un informe conteniendo la información recogida, la valoración del riesgo realizada y las recomendaciones pertinentes. Dicho informe será enviado sin dilaciones a la Fiscalía interviniente, al concomitantemente la situación también será informada a la Dirección de Niñez, Adolescencia y Familia, de acuerdo a lo normado por el art.30 de

²⁷ **PROTOCOLO PARA EL ACCESO A LA JUSTICIA DE NIÑOS Y NIÑAS VÍCTIMAS Y TESTIGOS DE VIOLENCIA, ABUSO SEXUAL Y OTROS DELITOS (2012).** *Op. Cit. Pág, 07.-*

EL TESTIMONIO DE NIÑOS EN CAMARA GESELL

la Ley 26.061; además se dará inmediata intervención al Juzgado de Menores para que aplique las medidas de protección correspondientes, conforme el art. 43 de la Ley 4721. La Fiscalía interviniente, deberá noticiar al Defensor de Menores a fin de que éste concurra a ejercer la presentación legal del niño o niña.

La segunda etapa determinada por el Protocolo, se refiere específicamente a la declaración del niño, y se encuentra prevista a través de Cámara Gesell, por lo que *breviatis causae*, nos remitimos a lo que se expondrá en el siguiente capítulo.

CAPITULO III:

LA CÁMARA GESELL

1. ORIGEN Y FUNDAMENTOS.

Pensada en sus orígenes como medio para facilitar la investigación de las etapas del desarrollo motriz en niños, su creador, Arnold L. Gesell (1880 - 1961), psicólogo y pediatra, ha realizado uno de los mayores aportes para la salvaguarda de la integridad de las víctimas vulnerables partícipes en los procesos judiciales. Ello se debe a que el mecanismo inventado por éste médico permite que el menor vierta su testimonio sin ser molestado o perturbado por persona alguna, a pesar de que todo interesado puede concurrir al acto.

El dispositivo de Cámara Gesell está formado por dos habitaciones contiguas, separadas por una pared divisoria, en la cual se encuentra un vidrio espejado de grandes dimensiones, que solo permite mirar en una sola dirección. Éstas habitaciones se encuentran equipadas con equipo de audio y video grabación -que facilitan la producción y registración del acto- permitiendo que quienes se encuentran en uno de los recintos puedan oír y observar lo que acontece en el otro, sin que del otro lado puedan percatarse de su presencia.

Esto permite que funcionarios judiciales, abogados de parte, defensores e incluso el mismo imputado puedan asistir al control del acto testimonial que se lleva a cabo, formulando preguntas a través de un profesional que es quien entabla contacto con el niño y lleva a cabo el interrogatorio.

El Principal fundamento para el empleo de éste sistema radica en el interés superior del niño, en mérito al cual se *“busca evitar o disminuir la re victimización”* (ROMERO, G. S.; 2011; pág. 76); sometiéndolo reiteradamente a interrogatorios, o exponiéndolo a ser abordado por personas no capacitadas para tratar con niños, provocándoles un perjuicio que se extiende más allá del propio daño padecido por el hecho delictivo.

Como segundo fundamento -y en éste aspecto me permito disentir con el Dr. Romero, pues él lo considera un objetivo- encontramos el interés de resguardar la legalidad y licitud de la prueba, tanto en interés del menor -permitiendo que se haga efectivo su derecho a ser oído- como en el del imputado -resguardando su derecho de defensa-. Así, la entrevista realizada al menor, respetando las formalidades prescriptas, permite a cada una de las partes -Jueces, Fiscales, abogados defensores- un adecuado control de la misma; lo que también importa el respeto por el principio

contradictorio y adversarial, dando como resultado una prueba cuya validez no puede ser atacada.

Asimismo, Inés Lucero describe las ventajas de este sistema enumerándolas de la siguiente manera: “1) Exime al menor de ser sometido a sucesivos interrogatorios, hecho que se considera estresante al tener que revivir una situación traumática.; 2) Permite examinar si la entrevista se ha receptado en forma correcta...; 3) Se obtiene un registro literal de los dichos del niño. De esta manera, la video grabación del testimonio se convierte en prueba anticipada, si es recibida resguardando el derecho de defensa, que puede ser valorada en la sentencia definitiva, posibilitando su utilización en cualquier etapa y grado del proceso penal, sin necesidad de que ella sea repetida, evitando de esta manera un sufrimiento mental innecesario al menor.”²⁸

Haciendo un poco de historia, podemos observar que el uso de la Cámara Gesell en nuestro país, tiene uno de sus primeros antecedentes en 1990, cuando la Suprema Corte de Justicia autorizó su instalación y funcionamiento para asuntos de familia. Con posterioridad, la Resolución N°25/99 emitida por el procurador General de la Nación, instruyó a todos los fiscales que en aquellos casos en los que fuere víctima un menor de edad, o en los que el niño debiera declarar como testigo, estos debían adoptar diversos recaudos; entre ellos, en el caso de requerir su declaración o pericia, que esta fuera desarrollada en una Cámara Gesell, con participación de peritos expertos en problemática infantil.

Las posteriores regulaciones, hacen ya mención específica a su uso en víctimas especiales, y tienen lugar a partir de la sanción de la ley 25.285, modificatoria del Código Procesal Penal de la Nación. Esta normativa y las que le siguen serán analizadas en los acápites posteriores.

2. NATURALEZA JURÍDICA DE LA PRUEBA OBTENIDA EN CAMARA GESELL.

En un sistema de corte acusatorio adversarial, donde las garantías constitucionales poseen vital importancia, sobre todo, la presunción del estado de inocencia, la prueba cobra un rol fundamental, pues el único medio eficaz y admitido

²⁸ LUCERO, I. (2011). “El Testimonio de Niños en el Proceso Penal” Pag. 98 - Buenos Aires – Argentina – Ed. AD-HOC.

para considerar que determinado hecho ha ocurrido, es la acreditación por medio de pruebas objetivas. *“La prueba, por ser insustituible como fundamento de una condena, es la mayor garantía punitiva”*²⁹

Al mismo tiempo, cobra virtual relevancia la manera en que la prueba es obtenida, ya que la ilegalidad y la irregularidad del acto, constituirían un directo ataque a las garantías del imputado, acarreando la nulidad de todo lo obtenido a partir de ella.

Ahora bien, dentro de la categorización de los medios de prueba, en el caso de las declaraciones vertidas por el menor, podemos afirmar que nos encontramos ante un testimonio.

Si bien, éste testimonio posee ciertas características especiales por el sujeto que lo brinda -al cual la norma le otorga un resguardo especial-, por la particular manera en que es recolectado -pues es obtenido por personal especialmente capacitado para tratar al menor, en aparente solución a la inmediatez con el resto de las partes-, y por el lugar donde es llevado a cabo - pues se lleva a cabo en un recinto especialmente adaptado a las necesidades del niño, evitando generar un ambiente hostil que pueda perturbar al infante-, todo ello no obsta a que esa deposición tenga el carácter de declaración testimonial, y que sea tenida como tal durante el proceso, independientemente de la edad del sujeto que emite la declaración.

Al respecto, al repasar la definición de testimonio formulada por el Dr. Caferatta Nores, claramente se advierte la ausencia de distinción respecto de la edad del sujeto que la emite: *“El testimonio es la declaración formal del individuo no sospechado por el mismo hecho, recibida en el curso del proceso penal, sobre lo que pueda conocer por percepción de sus sentidos, sobre los hechos o circunstancias relevantes, con el propósito de contribuir a la averiguación de la verdad histórica”*³⁰(el subrayado me pertenece). En idéntica postura hallamos a Jauchen, quien conceptualiza al testigo como: *“... la persona física citada o comparecida”*

²⁹ CAFFERATA NORES - MONTERO - VELEZ Y OTROS (2012) - *“Manual de Derecho Procesal Penal”*- Tercera Edición- Pág. 282. Editorial Advocatus - Córdoba - Argentina.

³⁰ CAFFERATA NORES - MONTERO - VELEZ Y OTROS (2012) - *“Manual de Derecho Procesal Penal”*- Tercera Edición- Pág. 282. Editorial Advocatus - Córdoba - Argentina.

espontáneamente al proceso, con el fin de transmitir con sus manifestaciones el conocimiento que tenga sobre un hecho concreto, pasado y extraño al proceso, que ha recibido sensorialmente en forma directa y que resulta de interés probatorio en la causa”³¹ (el subrayado me pertenece). Como puede observarse, ambos juristas declaran testigo a aquella persona que por sus sentidos ha tenido conocimiento del hecho, sin diferenciar al sujeto por su edad.

Cuestión aparte -y que excede a éste trabajo- es la problemática de la valoración del testimonio del menor, o de la capacidad del niño como testigo; pero no obstante ello, no hay duda alguna de que al referirnos a la naturaleza jurídica de éste acto, nos encontramos ante un testimonio.

3. EL ANTICIPO DE PRUEBA Y LOS ACTOS DEFINITIVOS E IRREPRODUCIBLES.

En un proceso de tipo acusatorio de corte adversarial como lo es el imperante en la Provincia de Jujuy, la norma faculta al Agente Fiscal a realizar toda aquella actividad conducente al descubrimiento de la verdad, teniendo libertad de criterio para llevar adelante la Investigación Penal Preparatoria (art. 89, 7º párraf. C.P.P.J). A la vez, el art. 95, inc. 1ª del código de rito provincial indica que el Agente Fiscal “...actuará con conocimiento y convalidación del juez de control, únicamente en los actos que lo requieran, según las disposiciones establecidas en éste código”.

Estos actos de prueba a los que se refiere el art. 95, inc.1º, son los denominados actos definitivos e irreproducibles, y el anticipo de prueba. Al respecto, el art. 54 inc. 3 del C.P.P.J. establece que el juez de control conocerá: “...3. En todos los actos o procedimientos que tuvieren por finalidad la incorporación de pruebas y realización de diligencias que se consideren irreproducibles o definitivas”.

Conceptualicemos entonces el anticipo de prueba. Recordemos la regla general que nos indica que las pruebas obtenidas durante la Investigación Penal Preparatoria solo sirven para sustentar la acusación o bien para solicitar el sobreseimiento; limitando así su actividad a esta etapa procesal.

³¹ JAUCHEN, E. (2012) . *Óp. cit.* Tomo II, Pág. 757 - Buenos Aires - Argentina. Ed. Rubinzal Culzoni.

Ahora bien, sucede en ocasiones que durante el procedimiento se plantea la necesidad de llevar a cabo actos probatorios, que por determinadas circunstancias, por sus características o por su naturaleza, no podrán ser llevados a cabo durante el juicio, o que no podrán ser realizados nuevamente en las mismas condiciones que la primera vez. Esta clase de actos, escapa a la regla general, y pueden ser llevados a cabo durante la etapa de Investigación, para luego dar base a la sentencia, a pesar de no haber sido recibidos durante el juicio. Ello implica un adelanto del contradictorio y esta particular circunstancia amerita que sean llevados a cabo con una serie de recaudos especiales.

Caferatta Nores nos aclara que un acto es definitivo *“si para servir de prueba en el juicio no es necesario repetirlo y mejorarlo procesalmente”*³² y lo considera irreproducible *“si no se lo puede repetir en idénticas condiciones”*³³.

Binder reconoce la imposibilidad de esperar a la etapa de juicio para producir la prueba. Entiende que en aquellos casos en que el obstáculo para producir la prueba en el momento correspondiente se torna insuperable, está permitido que, mediante un mecanismo procesal, se le dé a esta prueba *“valor anticipado”* (BINDER; 2000 pág. 239 y 240). Ese mecanismo descrito por Binder es lo que se conoce como *“anticipo de prueba”* consistente en *“la realización jurisdiccional de esa prueba, de un modo que también se anticipen las condiciones básicas del juicio, en especial, la posibilidad de control sobre la prueba por parte de todos los sujetos procesales y la presencia del Juez”*³⁴

Ahora bien, cuando hablamos del testimonio en Cámara Gesell no cabe duda alguna que nos encontramos ante un anticipo de prueba; sin embargo, existe cierta controversia respecto si se trata de un acto definitivo e irreproducible, presentándose opiniones a favor y en contra en los estrados judiciales jujeños. No obstante ello, considero acertada la postura de Sebastián Romero, quien zanja el problema al observar que al hablar del testimonio del niño en Cámara Gesell, si bien no se trata de

³² CAFFERATA NORES - MONTERO - VELEZ Y OTROS (2012) - *Op. cit.* - Pág. 424.
-Editorial Advocatus - Córdoba - Argentina

³³ CAFFERATA NORES - MONTERO - VELEZ Y OTROS (2012) - *Op. cit.* - Pág. 424.
Editorial Advocatus - Córdoba - Argentina.

³⁴ BINDER, ALBERTO M. (2000) - *Introducción al Derecho Procesal Penal* - Pág. 239 y 240 - Ed. Ad Hoc - Buenos Aires - Argentina.

un acto irreplicable por su naturaleza, ni por motivos sobrevinientes, éste, está destinado a realizarse una sola vez -en lo posible-; agregando que, dada su trascendencia, es inevitable su práctica durante la investigación, para luego fundar la acusación o el pedido de sobreseimiento; por lo tanto, a éste acto -es decir, la declaración del niño en Cámara Gesell- cuya finalidad es disminuir o evitar la revictimización del menor, debe dársele el carácter de irreproducible, y ser obtenidos mediante el mecanismo de la prueba anticipada, con los recaudos que ello implica (la posibilidad de control sobre la prueba por parte de las partes, y la presencia del juez). (ROMERO, G.S.; 2011 pág.50).

4. CONSTITUCIONALIDAD Y NORMATIVA SUPRANACIONAL

El reconocimiento del carácter constitucional de los tratados ratificados por nuestro país (art. 75, inc.22), es decir, lo que se conoce como bloque de legalidad constitucional, ha propiciado una reforma general en los códigos de forma. En el caso particular, el principio rector de las reformas referidas al testimonio de niños víctimas es el del “*interés superior del niño*”, cuyo alcance fue analizado en los capítulos anteriores. Así, las convenciones que reglamentan los derechos de los infantes - vgr. C.A.D.H.; D.D.N; C.D.N, etc.- se han transformado en clara letra constitucional, importando que todo procedimiento violatorio a los derechos y garantías contenidos en estos documentos, pueda ser tachado de inconstitucional.

Muchos son los argumentos que se han alzado en pro y en contra de éste mecanismo, de entre ellos sobresalen aquellos que consideran al acto violatorio del derecho de defensa en juicio y del contradictorio, además de evadir la intervención del juez natural. Ante éstas críticas, Romero afirma que la ley ha privilegiado el derecho del niño a ser oído, participando en el proceso de forma activa, pero de una manera adecuada a su edad. Argumenta que la lesión al derecho de defensa y al control de la prueba no es tal, desde que el justiciable y su defensor pueden asistir a cada una de las instancias del acto, presenciar el mismo desde el exterior del recinto, pudiendo inclusive interrogar al niño por medio del profesional a cargo, a la vez que el juez natural controla la producción de la prueba. (ROMERO; G.S.; 2011 pág. 90 a 98).

De esta manera, quedan desbaratadas las objeciones que se plantean al uso de la Cámara Gesell como mecanismo violatorio de garantías constitucionales.

5. REGULACIÓN NACIONAL.

Tal y como lo anticipara en el capítulo anterior, al referirme a la regulación del testimonio de niños contenida en el Código de Procedimiento de la Nación, es necesario traer a análisis dos artículos incorporados por la ley 25.285 que modificara ese cuerpo normativo. La nueva norma distingue dos situaciones, planteando dos procedimientos según se trate de menores que hayan o no alcanzado la edad de dieciséis años.

Así, el art. 250 bis, dispone que cuando se trate de víctimas de los delitos de lesiones o de delitos contra la integridad sexual, que no hayan cumplido los dieciséis años, el procedimiento será el siguiente:

“a) Los menores sólo serán entrevistados por un psicólogo especialista en niños y/o adolescentes, designado por el tribunal que ordene la medida, no pudiendo en ningún caso ser interrogados en forma directa por dicho tribunal o las partes;

b) El acto se llevará a cabo en un gabinete acondicionado con los implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva del menor; (el subrayado me pertenece).

c) En el plazo que el tribunal disponga, el profesional actuante elevará un informe detallado con las conclusiones a las que arriban;

d) A pedido de parte o si el tribunal lo dispusiera de oficio, las alternativas del acto podrán ser seguidas desde el exterior del recinto a través de vidrio espejado, micrófono, equipo de video o cualquier otro medio técnico con que se cuente. En ese caso, previo a la iniciación del acto el tribunal hará saber al profesional a cargo de la entrevista las inquietudes propuéstas 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. (el subrayado me pertenece).

Cuando se trate de actos de reconocimiento de lugares y/o cosas, el menor será acompañado por el profesional que designe el tribunal no pudiendo en ningún caso estar presente el imputado.”³⁵

En el caso de aquellos menores que han alcanzado los dieciséis años, hasta la mayoría de edad, el procedimiento se efectuará conforme lo prescripto por el art. 250 ter, de la siguiente manera: “*Cuando se trate de víctimas previstas en el artículo 250*

³⁵ C.P.P.N. Art. 250 bis.

*bis, que a la fecha hayan cumplido 16 años de edad y no hubieren cumplido los 18 años, el tribunal previo a la recepción del testimonio, requerirá informe de 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 artículo 250 bis.*³⁶

Así, la norma nacional ha previsto en su letra brindar una protección especial para aquellas víctimas que por su edad resultan con mayor vulnerabilidad, al tiempo que indica expresamente el derecho que posee el imputado de asistir al acto de recolección de la prueba, de tomar parte en él por sí mismo o por medio de su defensor, y de poder interrogar al deponente por medio del psicólogo que lleva a cabo la entrevista. De esta manera, se protege la integridad del niño, y se respeta el derecho de defensa del imputado.

6. REGULACIÓN EN LA PROVINCIA DE JUJUY.

Diversas son las provincias que han receptado en su normativa la aplicación del método de Cámara Gesell como medio para obtener el testimonio de los niños. No obstante ello, el trabajo estará principalmente dirigido a reconocer en el Sistema Judicial de la Provincia de Jujuy la acogida de éste método, y desde esta perspectiva, apreciar las cuestiones referidas a la validez del testimonio del niño, y a su vinculación con el derecho de defensa del imputado. A continuación, se realizará una breve referencia a la legislación provincial en la materia y la regulación del procedimiento para luego, en el próximo capítulo, hacer mención a los principales casos jurisprudenciales y doctrina imperante.

En éste marco conceptual y con el objeto de salvaguardar el interés superior del niño, se ha instituido como práctica judicial conveniente en los procesos penales y de familia “la recepción de declaraciones de niños y / adolescentes víctimas de delitos sexuales y /o testigos de violencia familiar, a través del interrogatorio en Cámara Gesell” (Acordada N° 142, Libro N°12, Folios 199/204, 30/08/2009)³⁷. Éstas disposiciones fueron recibidas por el Código de Procedimiento de la Provincia sancionado el 05 de noviembre de ese mismo año, cuya vigencia inició un año después de su publicación.

³⁶ C.P.P.N. Art. 250 ter.

³⁷ Acordada N° 142, Libro N°12, Folios 199/204, 30/08/2009.-

- **Código Procesal Penal de la Provincia de Jujuy**

Antes de proceder al análisis de la norma referida, realizará una transcripción del art. 168 del Código de Procedimiento de la Provincia de Jujuy. El art. 168, al hablar del testimonio, específicamente de las declaraciones especiales reza: *“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 comparencia no hayan cumplido los dieciséis (16) años de edad, se seguirá el siguiente procedimiento:*

a) Los menores aludidos sólo serán entrevistados por un sicólogo especialista en niños y/o adolescentes, designado por el tribunal que ordene la medida, no pudiendo en ningún caso ser interrogados en forma directa por dicho tribunal o las partes.

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

c) En el plazo que el tribunal disponga, el profesional actuante elevará un informe detallado con las conclusiones a las que arriba.

d) A pedido de parte o si el tribunal lo dispusiera de oficio, las alternativas del acto podrán ser seguidas desde el exterior del recinto a través de vidrio espejado, micrófono, equipo de video o cualquier otro medio técnico con que se cuente. En ese caso, previo a la iniciación del acto el tribunal hará saber al profesional a cargo de la entrevista las inquietudes propuéstas 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 reconocimientos de lugares y/o cosas, el menor será acompañado por el profesional que designe el tribunal no pudiendo en ningún caso estar presente el imputado.

Cuando éstas víctimas a la fecha de ser requerida su comparencia, hayan cumplido dieciséis (16) años de edad y no hubieren cumplido dieciocho (18) años, el tribunal previo a la recepción del testimonio, requerirá informe de 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 líneas arriba.”³⁸

³⁸ C.P.P.J. Art. 168.

Haciendo un análisis de la norma, es inevitable notar la textual correspondencia entre el art. 168 y la contenida en los arts. 250 bis y 250 ter del Código de Procedimiento Nacional. Esto es así, debido a que la reforma del Código de Procedimiento de la Provincia de Jujuy ha receptado en su letra la específica protección brindada a los niños por la norma nacional.

Respecto al análisis de lo normado, nos remitimos a lo explicitado supra.

- **Protocolo para el Acceso a la Justicia de Niños y Niñas Víctimas y Testigos de Violencia, Abuso Sexual y Otros Delitos.**

Mediante Acordada N°15, Folio N°347/363 N° 200, de fecha tres de Diciembre de 2012, el presente protocolo constituye una guía clara -dirigida a funcionarios y autoridades intervinientes- a los fines de regular el tránsito del niño víctima o testigo dentro de los procesos judiciales, en cualquiera de sus etapas, brindando el marco mínimo necesario de protección a la integridad del infante, ello en concordancia con las garantías estatuidas en la persona del menor a través de los diferentes tratados internacionales, la Constitución Nacional, y las normas de derecho que a la fecha existen.

Teniendo como fundamento el interés superior del niño, éste Protocolo formula una serie de pasos que obligatoriamente deben ser respetados por los actores del derecho en cualquier estadio procesal en el que tomara parte un menor.

A los fines de su estudio, podemos desglosar su contenido en cuatro etapas principales.

PRIMERA ETAPA: La primera de ellas -que ha sido expuesta en el capítulo anterior- hace referencia a la recepción de la *notitia criminis*, en una etapa -podría decirse- anterior al proceso judicial. En éste período, cualquier persona de las fuerzas policiales, escuelas, hospitales, CAIVIF y CAINAF, puede recibir la primera noticia que expresa el niño respecto del delito. Establece en su letra, las acciones que cada uno de estos agentes deberán observar al tomar contacto con el infante, para posteriormente activar el sistema jurisdiccional.

Una vez develado el hecho delictivo, el agente que haya recibido la noticia, deberá de inmediato elevar un informe al Fiscal correspondiente dando cuenta de la situación. Así lo indica el apartado “C” del Protocolo, cuando indica: “...una vez ocurrido el develamiento del hecho o radicada la denuncia, el organismo

interviniente deberá notificar a la fiscalía correspondiente de acuerdo al principio que manda a centralizar la investigación en cabeza del Representante del Ministerio Público Fiscal y conforme las disposiciones del Código Procesal Penal”... “En éste sentido, y considerando los principios que reconoce éste Protocolo, entre ellos, el de asegurar la salud y el bienestar del niño o niña es el Fiscal quien, en su carácter de titular de la acción, determina que en el caso concreto y cuando las circunstancias así lo aconsejen, se postergue o limite la actividad investigativa para priorizar la salud del niño o la niña afectados.”³⁹

A posteriori, la noma indica que el Agente Fiscal cursará inmediata notificación al Defensor de Menores quien ejercerá la representación promiscua - especialmente en aquellos casos en que el menor ha sido víctima de sus propios progenitores- y al Juez de Menores para que disponga las medidas de protección que considere, conforme el art. 43 de la Ley 4721 (Ley de creación del Juzgado de Menores).

Seguidamente, se solicitará la intervención del médico forense del Poder Judicial -según el orden de prioridades asignado al caso por el protocolo-: quien en caso de no poder realizar el examen médico, será reemplazado por el médico de la institución hospitalaria donde se encuentre el menor.

SEGUNDA ETAPA -sobre la que nos explayaremos en el presente capítulo- se encuentra referida específicamente al testimonio del menor, y corresponde a la declaración del niño en sede judicial. La misma debe cumplirse en un plazo que no supere -dentro de lo posible- los cinco días posteriores a la *notitia criminis*.

El Protocolo remarca la importancia de la deposición del niño, y expresa: " *La importancia del relato del niño o niña para la investigación en particular y para el proceso en general, consiste en que permitirá establecer las circunstancias de modo, tiempo, lugar y persona en que el hecho habría ocurrido. Resulta imprescindible que la declaración del niño o niña víctima sea videograbada a efectos de poder incorporar éste documento al debate a realizarse en la etapa de juicio, evitándose así*

³⁹ **PROTOCOLO PARA EL ACCESO A LA JUSTICIA DE NIÑOS Y NIÑAS VÍCTIMAS Y TESTIGOS DE VIOLENCIA, ABUSO SEXUAL Y OTROS DELITOS.** *Op. Cit. Apartado “C” Pág. 14.-*

la reiteración de sus manifestaciones.”⁴⁰ Lo establecido permite afirmar el indubitable valor que se le atribuye al testimonio obtenido, pues -en otras palabras- el acto constituye un adelanto de prueba por el cual se procura evitar al niño padecer un nuevo interrogatorio.

El Documento ha dividido esta segunda etapa en tres instancias:

La primera de ellas es la Entrevista Preliminar, llevada a cabo previamente a la declaración testimonial. En ella, se informa al niño sobre el proceso, las características del acto, los intervinientes, el lugar en donde se desarrollará. Al mismo tiempo, propicia la evaluación general sobre el nivel de desarrollo cognitivo, social, emocional, uso del lenguaje, necesidades especiales, entre otros aspectos relevantes para la dinámica de la toma de declaración y, posteriormente, para su debate por las partes y su ponderación por el tribunal. Al finalizar la entrevista preliminar, el/la psicólogo/a deberá emitir un informe (que puede ser verbal o escrito) en el que consignará si el niño está en condiciones de prestar declaración, y toda otra sugerencia que estime necesaria.

Es importante remarcar que durante la entrevista preliminar se evitará -en lo posible- que el niño se exprese sobre los hechos denunciados; pero si así lo hiciera, deberá solicitársele que no lo haga, explicándole que podrá hacerlo durante el acto de declaración.

La Segunda Instancia es el Encuentro para la Planificación de Toma de Declaración: La toma de declaración debe ser planificada conjuntamente entre psicólogos, Fiscal, abogados defensores, y demás agentes intervinientes. Es precisamente en éste momento en el que los principios contradictorio y adversarial cobran plena vigencia, pues el imputado por sí o por sus defensores, puede directamente intervenir en la producción y control de la prueba. Es así que el instrumento -sin dejar lugar a dudas- declara: *“En esta instancia las partes deben consignar los puntos de su interés que a cada una de ellas les competa en función de sus respectivos roles, a cuyos efectos deberán ser debidamente notificados de la celebración del acto, con ajuste a las prescripciones procesales en vigencia”... “En orden a respetar el derecho de defensa en juicio así como a evitar futuros planteos de*

⁴⁰ **PROTOCOLO PARA EL ACCESO A LA JUSTICIA DE NIÑOS Y NIÑAS VÍCTIMAS Y TESTIGOS DE VIOLENCIA, ABUSO SEXUAL Y OTROS DELITOS.** *Op. Cit. Apartado “D” 1º y 2º párraf. - Pág. 20.-*

*nulidad u objeciones derivadas del acto, las partes deben contar con la oportunidad para presentar un listado de temas a abordar destinado a fijar los lineamientos para la averiguación de los hechos, los que serán sometidos a una triple supervisión.*⁴¹

De éste listado de temas surgirá el pliego de preguntas a formular durante el interrogatorio.

Tercera Instancia: Está constituida por la toma de declaración testimonial. El Protocolo enuncia expresamente la naturaleza jurídica de la declaración del niño. Al respecto declara: *“La toma de declaración testimonial es, por su naturaleza, un acto procesal que, como tal, debe estar rodeado de todas las garantías constitucionales necesarias para el imputado y para la víctima. Desde el punto de vista de la ley constituye una declaración testimonial que se realiza en una audiencia, con la única salvedad de que, por la calidad especialmente vulnerable del sujeto declarante, se lleva a cabo de una manera especial y diferenciada a la del resto de los testigos. Asimismo, debe recordarse que la entrevista de declaración testimonial es un acto procesal esencial para que las partes ejerzan su derecho a contradecir la prueba, elemento fundamental del proceso acusatorio en el que se encuentra enrolado el nuevo Código Procesal Penal. De allí, entonces, la importancia que encierra la celebración de la entrevista acorde a normas de buenas prácticas.”*⁴² (el subrayado me pertenece).

Si analizamos el contenido del párrafo transcrito, podremos observar su clara inspiración en los principios contradictorios y adversarial, tal que advierte que el acto debe ser llevado a cabo con cumplimiento de todas las garantías para el declarante y para el imputado, de forma tal que la validez del acto no pueda ser atacada por considerárselo violatorio del derecho de defensa de alguna de las partes (no solo el del imputado).

Con sus disposiciones, éste instrumento coloca realmente en pie de igualdad a las partes, ya que rodea de las protecciones necesarias al niño, quien por su edad y

⁴¹ **PROTOCOLO PARA EL ACCESO A LA JUSTICIA DE NIÑOS Y NIÑAS VÍCTIMAS Y TESTIGOS DE VIOLENCIA, ABUSO SEXUAL Y OTROS DELITOS.** *Op. Cit., Apartado D.2, 6º y 7º Párraf. - Pág22 y 23.-*

⁴² **PROTOCOLO PARA EL ACCESO A LA JUSTICIA DE NIÑOS Y NIÑAS VÍCTIMAS Y TESTIGOS DE VIOLENCIA, ABUSO SEXUAL Y OTROS DELITOS.** Poder Judicial de la Provincia de Jujuy - 2012. (Versión Electrónica) recuperado de http://www.justiciajujuy-juris.gov.ar:8081/frm_resultado_out_acordadas.aspx?id=7280 el 28/03/14 - 18:22 hs.

particular vulnerabilidad se encuentra en dispar situación en comparación con el adulto; así como permite al justiciable ejercer sus derechos de manera completa, permitiéndole participar del acto, ejerciendo en todo momento control sobre la producción de la prueba. Evidencia de ello son las siguientes disposiciones contenidas en el Protocolo: *“Habida cuenta de la necesidad de garantizar al máximo el ejercicio del derecho de defensa del imputado, cabe asegurar también su presencia en el acto de toma de declaración, que no es otra cosa, a los fines procesales, que una audiencia, esto es, el momento útil para repreguntar y defenderse. Sin embargo, tampoco debe dejarse de lado la circunstancia de que, en observancia de ese derecho, la exigencia puede satisfacerse permitiendo que el imputado se encuentre en el inmueble en el que se celebra el acto fuera de la vista del niño o niña, de manera tal que, a los fines de formular las repreguntas que se estimen menéster, su letrado pueda consultar directa y prontamente con su asistido respecto de lo declarado por el niño o niña víctima.”*... *“La permanencia del imputado en un recinto aparte, aunque contiguo a la sala de observación, cuando la entrevista se realiza en Cámara Gesell no vulnera su derecho, bastando con que pueda acceder a la narración de manera simultánea o inmediata, luego de cumplido el acto. La razón para ello estriba en que el niño o niña entrevistado tiene derecho, según la edad y criterio de la entrevistadora, a conocer quiénes son las personas que se encuentran en la sala de observación, por lo que, en caso de preguntar sobre éste aspecto a la profesional entrevistadora, no puede ésta (SIC) negarse a responder ni, menos aún, informar erróneamente sobre éste punto al entrevistado, asistiéndoles también el derecho a sentirse seguros para realizar su declaración con plena libertad.”*⁴³ (el subrayado me pertenece).

TERCER ETAPA: Denominada por el propio Protocolo como etapa del Abordaje y Seguimiento, esta instancia busca proteger y restaurar los derechos del niño. Para ello, reconoce que el niño es un sujeto de derechos, y no un mero elemento de prueba, por lo que no es admisible instrumentalizarlo en pos del beneficio del proceso. Asimismo, proclama la responsabilidad del estado y sus instituciones en generar políticas de protección y asistencia para menores víctimas de delitos.

⁴³ **PROTOCOLO PARA EL ACCESO A LA JUSTICIA DE NIÑOS Y NIÑAS VÍCTIMAS Y TESTIGOS DE VIOLENCIA, ABUSO SEXUAL Y OTROS DELITOS.** *Op. Cit.* , Apartado D.3. Aspecto jurídico - 5º y 6º párraf. - Pág. 24.-

EL TESTIMONIO DE NIÑOS EN CAMARA GESELL

CUARTA ETAPA: Juicio Oral. Es la etapa donde se produce y se recibe la prueba que será traída a debate.

Cabe recordar que en el tema que nos ocupa, nos encontramos ante un adelanto de prueba. Al respecto, el Protocolo en su apartado “F” ha indicado: *“Atento a la naturaleza del acto procesal de declaración testimonial de la que participa la entrevista realizada por la profesional psicóloga designada al efecto al niño o niña víctima, su registro por medio de videograbación debe ser incorporada al debate a los fines de que las partes la examinen y efectúen su crítica, de conformidad a la vigencia de los principios de oralidad y contradicción. Ello tiene vinculación con lo establecido en el Art. 415 del Código Procesal Penal.”*⁴⁴(el subrayado me pertenece).

Otro de los aspectos tenidos en cuenta por el documento es el de la necesidad de una nueva declaración del menor, admitiéndola solo en caso que fuera sumamente indispensable, y con una adecuada motivación, que fundaméntela necesidad de someter al niño a una nueva declaración en Cámara Gesell. Al respecto, la letra del Protocolo declara: *“En principio, no debe realizarse nuevamente el acto de interrogación, sobre todo si éste (SIC) fue cumplido con la participación de todas las partes. Si bien es cierto que en materia de oralidad procesal, el principio de inmediación resulta de gran relevancia para la valoración de la prueba, no debe olvidarse que éste puede ceder ante la presencia de un principio superior, cual es el interés del niño o niña víctima, consagrado por el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el que también impone que se procure evitar en lo posible nuevas experiencias revictimizadoras para aquellos. Ciertamente que llamar a un niño o niña víctima a deponer nuevamente ante el tribunal, cuando su declaración ya ha sido producida satisfaciendo las garantías que asisten a las partes, implica una práctica defectuosa en cuanto significa una vulneración a sus derechos.”*... *“en la audiencia de debate, pueden haber surgido elementos novedosos... a tenor de los cuales se requiere, de manera ineludible, que el niño o niña sea convocado otra vez a efectos de ampliar su primera declaración. Estos casos deben ser excepcionales pues, de otro modo, lo único que se consigue es distorsionar -y hasta contradecir- los*

⁴⁴**PROTOCOLO PARA EL ACCESO A LA JUSTICIA DE NIÑOS Y NIÑAS VÍCTIMAS Y TESTIGOS DE VIOLENCIA, ABUSO SEXUAL Y OTROS DELITOS.** Poder Judicial de la Provincia de Jujuy - 2012. (Versión Electrónica) recuperado de http://www.justiciajujuy-juris.gov.ar:8081/frm_resultado_out_acordadas.aspx?id=7280 el 28/03/14 - 18:22 hs.

objetivos buscados por el Protocolo. Por dichas razones, y dado el carácter que tienen tales declaraciones, corresponde fijar algunos criterios para su consideración:

- 1. Que la petición de que se produzca una nueva declaración sea suficientemente motivada por la parte interesada en razones que involucren el derecho constitucional de defensa en juicio o la garantía al debido proceso.*
- 2. Que la parte interesada, sea la defensa o la Fiscalía, señalen elementos que no fueron cubiertos en el relato o en las respuestas dadas por el niño o niña víctima en la entrevista de declaración.*
- 3. Que la información que se pretende obtener resulte significativa a los fines de la defensa en juicio del acusado o bien de la descripción de un tipo penal distinto, en naturaleza o grado, al originalmente atribuido por el Fiscal.*
- 4. Que el niño o niña víctima exprese que cuenta con información relevante no aportada con anterioridad y que desea poner en conocimiento de las partes y del Tribunal.”*

“En todos los casos en los que excepcionalmente se admita la nueva citación deberá atenderse a que la declaración no se producirá sino en relación a los hechos considerados novedosos, no pudiéndose autorizar a las partes a formular preguntas que ya se hubieran realizado y respondido. Dicho acto deberá cumplirse observando el procedimiento fijado para la primera entrevista, requiriendo la previa evaluación de la profesional psicóloga competente para efectuarla, quien determinará si la situación del niño o niña la torna posible e inocua para su salud y bienestar, exigiéndose la presentación de pliegos de interrogatorio para su control y con la planificación debida para la determinación de la forma en que se llevará a cabo el acto.”⁴⁵

Éste último documento cierra el círculo normativo protector impuesto en pos de los derechos de todo niño, niña o adolescente que transite por un proceso judicial en la Provincia de Jujuy.

⁴⁵ **PROTOCOLO PARA EL ACCESO A LA JUSTICIA DE NIÑOS Y NIÑAS VÍCTIMAS Y TESTIGOS DE VIOLENCIA, ABUSO SEXUAL Y OTROS DELITOS.** *Op. Cit., Apartado D.3. Aspecto jurídico - a 10º párraf. - Pág 29.-*

CAPITULO IV:

**EL TESTIMONIO EN CÁMARA GESELL EN LA
DOCTRINA Y EN LA JURISPRUDENCIA.**

1. POSICIONES DOCTRINARIAS Y JURISPRUDENCIALES

A lo largo del presente Trabajo Final de Graduación y en cada acápite del mismo, se ha procurado acercar al lector las diferentes opiniones que doctrina y jurisprudencia manifiestan al respecto. Empero, en el afán de realizar un pequeño aporte en éste aspecto, se intentará explorar un poco más el pensamiento de las voces más autorizadas al respecto.

Fernando Díaz Cantón, al hablar del testimonio del niño víctima expresa: *“La Palabra de quien ha sido víctima directa del delito es hoy una prueba de gran valor en el proceso penal, sobre todo en casos donde como es sabido, el autor suele propiciar la ausencia de testigos del hecho y de personas que puedan obstruir el proceso de abuso... La declaración del menor abusado no solo es útil e imprescindible en el contexto de la justificación (motivación de la comprobación del hecho y de la responsabilidad penal) sino en el contexto del descubrimiento, por cuanto coadyuva a la consecución de otras pruebas que puedan servir para confirmar (o descartar) la hipótesis en su totalidad”*⁴⁶

De idéntica manera ha sentenciado la jurisprudencia, la cual es clara al expresar: *“...en los delitos de abuso sexual, es casi imposible conseguir testigos directos del hecho, debiendo basarse el magistrado en las declaraciones de la víctima, de las personas que tomaron conocimiento de lo acontecido a través de sus dichos y en las conclusiones a las que arriban los expertos en las respectivas pericias, debiendo el magistrado reconstruir el hecho a través de todo rastro, vestigio o indicio (en el caso se condenó al imputado como autor del delito de abuso sexual agravado por la situación de convivencia preexistente con la víctima menor de dieciocho años, en forma continuada), pues los delitos contra la honestidad son de difícil recolección, pero no de imposible investigación”* (Cám. Apel. Crim. 1ª Nom. Catamarca, 29/03/06, “LIZA, Julio C.”, LLNOA, 2006-Octubre 1069).

El Titular del juzgado de control N°5 de San Pedro de Jujuy, Dr. Jorge Marcelo Ibáñez, en el Fallo de fecha 07/08/12 C., V. p.s.a de ABUSO SEXUAL SIMPLE REITERADO Previsto En El Art. 119, 1er. Párrafo del CP., AGRAVADO

⁴⁶ **FERNANDO DÍAZ CANTÓN (2009)** *“Declaraciones de Menores de Edad Víctimas de Abuso en Cámara Gesell y el Derecho del Imputado a La Confrontación con los Testigos de Cargo”* Revista de Derecho Procesal Penal N°1 - Pág. 229 a 230 - Editorial Rubinzal Culzoni - Argentina.

EL TESTIMONIO DE NIÑOS EN CAMARA GESELL

POR LAS CIRCUNSTANCIAS DEL INC. “F” – LIBERTADOR GRAL. SAN MARTÍN, indica: *“Asimismo, es menéster destacar que gracias a un largo proceso de concientización en el proceso penal, a éste también le corresponde hacer primar el interés superior del niño. Ello implica que se haga imperioso establecer procedimientos que eviten provocar nuevos daños a los menores que resultan víctimas de abuso sexual, sin afectar -por otro lado- el derecho de defensa del imputado conforme a normativas vigentes de rango constitucional y a Pactos Internacionales a los que la República Argentina se encuentra adherida (art. 75 inc. 22 CN)”*... *“En efecto, del cotejo de los arts. 1º y 159 del CPPJ. se desprende que “en el procedimiento penal rigen todas las garantías y derechos consagrados en la Constitución Nacional, en los Tratados Internacionales incorporados a su mismo nivel y en la Constitución Provincial...”*, debiendo la víctima *“...recibir un trato digno y respetuoso, ...a que se hagan mínimas las molestias que deban irrogársele con motivo del procedimiento, ...a la salvaguarda de su intimidad, ...a ser acompañado por ascendiente, tutor, guardador y -en su caso- por el representante del Ministerio de Menores e Incapaces”*.

Inés Lucero, tras una exhaustiva valoración de la capacidad de declarar de los menores, y de la exactitud de las aseveraciones del niño, concluye que el mecanismo de declaración en Cámara Gesell permite que se haga efectivo el derecho del niño a ser oído, entendiendo que la intermediación del especialista no lesiona el derecho del imputado al contradictorio, ni restringe a los órganos judiciales su capacidad de interrogación. (LUCERO, I.; 2011pág. 157 a 180).

A su vez, Caferatta Nores nos indica que con la clara finalidad de evitar -o disminuir- la revictimización que los niños experimentan al narrar los hechos vivenciados o percibidos, además de la presencia del Psicólogo es necesario que se respete el derecho de los defensores a asistir a las declaraciones de los testigos (art.308 C.P.P.C) y la notificación del acto (art. 309 C.P.P.C.), resguardando la validez del acto, y evitando su reiteración. (CAFERATTA NORES; 2012 pág. 319 a 320).

Hasta aquí aparece indiscutible el derecho del niño a expresar su verdad, y a que esta sea escuchada y valorada durante el proceso judicial. Recordemos que tal derecho se encuentra amparado por normas de índole constitucional y supraconstitucional. INÉS LUCERO indica que ésta es la finalidad perseguida con el

empleo de la Cámara Gesell, por la cual, se evita que el niño declare en un ámbito no adecuado para su edad, y un nuevo padecimiento al tener que declarar en un proceso penal (LUCERO, I; 2011 pág. 79).

Además, la autora, nos recuerda que entre los beneficios del sistema de Cámara Gesell se cuenta la obtención de un registro literal de los dichos del niño, el cual se convertirá en “prueba anticipada”, de haber sido recolectada con los resguardos adecuados a las garantías de las partes, para así poder ser valorada en sentencia definitiva o en cualquier otro estadio del proceso. (LUCERO, I; 2011pág. 98).-

Si bien , la normativa es clara en cuanto a que en el procedimiento debe primar el interés superior del niño, ello no obsta a que, debido al sistema empleado para obtener su testimonio, se generen serias objeciones respecto del valor probatorio del mismo.

Al respecto, el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy, en uno de sus fallos expresa: *“El testimonio de dos de los hermanos menores F. R. y A. del R. R.; colectados mediante el sistema de Cámara Gesell conforme Acta agregada a fs. 894 de autos, teniendo en cuenta las características que presenta la causa y con el fin de resguardar el interés superior del menor; previa prueba psicológica realizada a los menores para determinar si los mismos se encontraban capacitados para brindar dicha declaración y percibir lo ocurrido (fs. 359), sin dejar de garantizar a los imputados sus garantías al igual que el debido proceso contradictorio. Destaca que la metodología empleada resulta coherente con las reformas locales e internacionales fijadas para proteger a los menores víctimas de abusos sexuales (Arts. 3, 12, 25, 19, 34, y cc. de la Convención de los Derechos del Niño; art. 19 de la Convención de los Derechos Humanos; art. 14 inc. 4to. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: Ley 26.061 Protección Integral de los derechos del Niños y Niñas Adolescentes; Ley Provincial N° 5107 de Atención Integral de la Violencia Familiar, entre otros, conformando con fundamento suficiente la convicción por la que se considera relevante esta prueba, en procesos por abuso sexual sobre niños, en virtud de la técnica de interrogación que se aplica dentro de la misma, estableciendo que ninguna razón existe para infravalorar sus declaraciones que permitieron concluir en la certeza de su valor para individualizar a los procesados como autores del hecho atribuido.”*(S.T.J.J. Expte. N°9621/13 Cdo. “Recurso IN - PAUPERIS: SR. H.A.”)

No debemos olvidar, que el principio imperante en un proceso de tipo acusatorio adversarial nos indica que todo elemento probatorio recogido durante la etapa preliminar -es decir, la fase previa al juicio- sirve exclusivamente para sustentar la acusación; sin que estos elementos tengan la posibilidad de ingresar al proceso y ser valorados como pruebas, “salvo que se trate de elementos surgidos de un mecanismo de prueba anticipada que respete de modo claro el contradictorio” (GRISSETTI, RICARDO A.; 2011 pág. 99).

Eduardo Jauchen, al referirse al anticipo jurisdiccional de prueba para el debate, indica “... Hay supuestos en que existiendo determinada prueba pertinente y relevante, se presentan dificultades probablemente insalvables para que sea introducida en la oportunidad futura ... Frente a supuestos de esta naturaleza se soluciona el dilema compatibilizando el principio adversarial con la producción de una prueba que puede resultar útil, anticipando como excepción su producción” y agrega “...es una explotación anticipada del mismo procedimiento del juicio oral, al solo efecto de la producción de esa prueba y en la que las partes pueden ejercer todos (sic) los mismos derechos que tienen en aquel, interrogar, conainterrogar... y plantear toda las objeciones e incidencias atinentes al juicio.”⁴⁷

Al respecto, y ya sobre el tema que nos ocupa. Sebastián Romero entiende que la declaración en Cámara Gesell, por tratarse de un anticipo de prueba y de la manera en que se encuentra regulado, asegura en forma plena el ejercicio del contradictorio, sin mellar los derechos del imputado. (ROMERO, G. S.; 2011- pág 145).

La Jurisprudencia también se ha referido al testimonio obtenido por éste medio:

“Respecto de la declaración de la testigo menor de edad, resulta inaplicable analógicamente el art. 59 de C.C., toda vez que se refiere a la presentación del incapaz demandado o demandante, en procesos de jurisdicción voluntaria o concesión de testigos, ya que de conformidad con el ordenamiento procesal penal vigente, las declaraciones de los menores de edad deben realizarse con los recaudos del art. 250 bis del C.P.N. Si bien la niña comenzó a declarar sin los recaudos legales, esa audiencia fue suspendida y luego se realizó en la Cámara Gesell, con la

⁴⁷ JAUCHEN, E. (2012) *Op. Cit. Tomo II - Pág 669* - Buenos Aires – Argentina. Ed.

Rubinzal Culzoni.

intervención de profesionales idóneos, bajo las condiciones que establece el Digesto Procesal Penal, por ello corresponde confirmar el auto que rechazó el planteo de nulidad interpuesto por la defensa”. (C. N. Apel. Crim. y Corr.- Sala IV – COMOGLIO, Luis Alberto. s/ . SENTENCIA del 10 de mayo de 2006 – Sum: G0022900 SAIJ).

En éste sentido, el Dr. Jorge Marcelo Ibáñez, magistrado del Poder Judicial de la Provincia de Jujuy, en uno de sus fallos se ha manifestado respecto del objetivo y de la naturaleza de la declaración en Cámara Gesell diciendo: “...*con el propósito de evitar la re-victimización del menor afectado y con la premisa de respetar el derecho de defensa y las garantías fundamentales del imputado, se establece que las partes pueden presentar pliegos de preguntas, controlando la regularidad y legalidad del acto.*” Asevera, “...*no se trata de una evaluación ni de una prueba irreproducible, quedando registrada en un soporte técnico que permite su contralor, no siendo vinculante a la hora de merituarla*”.⁴⁸

Siguiendo esta postura, en la misma pieza jurisprudencial, el Dr. Ibáñez -cuyo criterio no es compartido por la autora de éste trabajo- se manifiesta nuevamente sobre la naturaleza jurídica de la declaración en Cámara Gesell. No obstante la discordancia de opiniones entre quien suscribe y el magistrado, considero importante plasmar su opinión, por tratarse de una figura de reconocida trayectoria en el ámbito jurídico de mi Provincia (Jujuy). Al respecto, el titular del Juzgado de Control N°5 refiere:” *Como ya dejara sentado en la Causa N°0393/12 (C., V. p.s.a de Abuso Sexual Simple, Juzgado de Control N°5, Res. de fecha 07/08/2012), “el acto por el cual el experto escucha el relato del niño damnificado, si bien debe ser llevado a cabo observando ciertas previsiones instituidas para evitar su ulterior repetición y a su vez garantizar el derecho de defensa en juicio, **no guarda las características propias de una declaración testimonial ni reviste las formalidades de ese medio probatorio en particular ni las de otro (vgr. pericia), pues tan sólo constituye una entrevista que -además- debe llevarse a cabo en un ámbito especialmente acondicionado a ese efecto y no en un despacho del órgano instructor, ni mucho***

⁴⁸ **JORGE MARCELO IBAÑEZ (2012) JUZG. CONTROL N°5 - SAN PEDRO DE JUJUY** - Expte. N°313/1/12, cdo: “INCIDENTE DE RECUSACIÓN PLANTEADO POR EL DR. GASTÓN JAVIER BAIGORRIA” referido al Expte. N°313/12, caratulado: P., V. A. p.s.a. ABUSO SEXUAL SIMPLE - CALILEGUA.-

menos en la sala de audiencias de un Tribunal Oral. De todos modos, tanto las partes como la propia agencia judicial que dispone la medida (fiscalía o tribunal), exclusivamente se encuentran habilitados a seguir sus alternativas desde otro sitio, a través de elementos técnicos destinados al efecto, pudiendo intervenir durante su desarrollo sólo en forma indirecta y a través del psicólogo actuante, quien habrá de canalizar sus inquietudes del modo que considere prudente para garantizar la integridad psíquica del menor”; a renglón seguido, y adhiriendo a la jurisprudencia que cita, agrega: “En sentido concordante, la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones Criminal y Correccional de Capital Federal, en fallo dictado en la Causa González (14/12/2005), sostuvo que “se trata de un nuevo procedimiento para la recepción de declaraciones a menores damnificados por delitos de lesiones y contra la integridad sexual. En esos casos, el juez queda relevado de interrogar, practicándose tal medida a través de personas expertas en el tratamiento de menores, tales como psicólogos o eventualmente psiquiatras. De tal modo, lo que se evita es la revictimización del niño ante el interrogatorio de sujetos, tales como jueces o empleados del tribunal que -por no haber sido formados en la materia- provoquen un nuevo perjuicio”. Siendo ello así, se sostuvo que “no se vulnera la potestad jurisdiccional contenida por el art. 116 de la Carta Magna, por cuanto el magistrado y las partes tienen la facultad de seguir las alternativas del acto desde el exterior del recinto denominado Cámara Gesell, pudiendo controlar la prueba que se produce al sugerir preguntas cuya formulación al menor queda a criterio del profesional que lleva a cabo el interrogatorio”. De otro lado (sic), el derecho del niño a ser oído tampoco se encuentra vulnerado pues “en dicho acto, el niño está plenamente facultado para libremente brindar su versión de los hechos, cuidándose en todo momento que no vuelva a ser victimizado, pero en esta oportunidad por los operadores de justicia” (citado por la Sala II de la Cámara en lo Penal de Jujuy en el Expte. N°76/2009, “J.E.L., Abuso sexual con Penetración”, 31/08/09)”. **(JUZG. CONTROL N°5 - SAN PEDRO DE JUJUY - Expte. N°313/1/12, Cdo.: “INCIDENTE DE RECUSACIÓN PLANTEADO POR EL DR. GASTÓN JAVIER BAIGORRIA” referido al Expte. N°313/12, caratulado: P., V. A. p.s.a. ABUSO SEXUAL SIMPLE - CALILEGUA - 2012)-**

En párrafos posteriores, Ibáñez agrega “...A mayor abundancia y para un mejor entendimiento, la técnica de interrogación en Cámara Gesell tiene rasgos en

común con la *prueba testimonial*, porque a través de la entrevista se logra obtener una *declaración*, un relato de lo percibido directamente por la víctima, descripto por ella misma en primera persona, con su lenguaje e idioma gestual. Sin embargo, se aleja del área testimonial al observar que dicho relato se hará sin previo juramento de decir verdad, dependiendo -en gran medida- del estado y grado de dañosidad que esa declaración pueda provocar en el portavoz, situación ésta que condicionará la realización del acto. No habrá conminaciones ni advertencias, ni lo manifestado habilitará la producción de careos. En otro orden de ideas, su acercamiento con la *prueba pericial* estará dado por la necesaria intervención de un profesional *psicólogo* especializado en niños, que utilizando las herramientas propias de su ciencia establecerá -como primera medida- la posibilidad de proceder a la entrevista y luego, también -con los métodos y las formas adecuadas de su quehacer- será quien entreviste e indague sobre cuestiones que tanto harán a la reconstrucción fáctica del hecho como a los demás aspectos que le hayan sido encargados”.

Finalmente, la Jurisprudencia se ha inclinado por considerar a esta prueba como adscripta al orden testimonial. Así, el Superior Tribunal de Justicia de Córdoba, siguiendo la línea de los fallos “Vaudagna”, S. N°209-14/08/2008 y “Mendoza”, S. N°21 – 27/02/2009, considera que las declaraciones prestadas bajo el sistema de Cámara Gesell son testimoniales y no pericias, “de modo que no rigen para éstas las exigencias previstas bajo pena de nulidad para las pericias...”. En igual sentido, la Cámara Nacional Criminal y Correccional - Sala I, en la Causa 33.774, “R., A. H. s/procesamiento”, Interlocutorio 36.123 del 29/08/2008, ha indicado que “el procedimiento que recepta el art. 250 bis del CPPN., no constituye un examen pericial, sino un modo distinto de obtener una declaración testimonial y -a diferencia de lo que ocurre con las pericias- no se establece una conminación de nulidad ante el incumplimiento de alguna de sus disposiciones, observando ello desde un neto principio de especificidad. Señalándose, inclusive, que los informes previstos en el art. 250 ter., no revisten calidad de peritaje y -en consecuencia- no les resulta aplicable la normativa que regula estrictamente la prueba de peritos”.⁴⁹

⁴⁹ **JUZG. CONTROL N°5 - SAN PEDRO DE JUJUY** - Expte. N°313/1/12, Cdo.: “INCIDENTE DE RECUSACIÓN PLANTEADO POR EL DR. GASTÓN JAVIER BAIGORRIA” referido al Expte. N°313/12, caratulado: P., V. A. p.s.a. ABUSO SEXUAL SIMPLE - CALILEGUA - 2012.

EL TESTIMONIO DE NIÑOS EN CAMARA GESELL

Asimismo, respecto al resguardo del derecho de defensa del imputado, y al principio contradictorio, el S.T.J. de Rawson indicó: *“Debe desestimarse el planteo de nulidad articulado dentro del recurso de casación, en contra de las grabaciones obtenidas en Cámara Gesell: la declaración de la ofendida ingresó al debate por medio de aquellas cintas sin protesta del imputado o de su defensor, lo cual equivale a sanear cualquier defecto de forma, o a aceptar su eventual valor probatorio (Código Procesal Penal arts. 152 inc. 3 y 153 inc. 1). Las imperfecciones en el sonido de las mismas cintas, que se denuncian en el recurso, y que los magistrados sentenciantes aceptan, no impidieron a los sujetos procesales, el conocimiento cabal de los dichos de la damnificada, lo cual puede asegurarse a partir de las referencias que informaron los argumentos expuestos por los propios jueces y las partes intervinientes”* (S.T.J. Rawson, Chubut – R., E.G. s/ Abuso Sexual – SENTENCIA del 9 de junio de 2006. Sum. Q0017799 SAIJ).

En idéntico sentido, el titular del juzgado de Control N°5 de la Ciudad de San Pedro de Jujuy indica: *“Cabe destacar – también – que de acuerdo a las normas de estilo, se invitó a las partes a presentar en secretaría pliego de preguntas, sin perjuicio de las que oportunamente surgieran a lo largo de la entrevista. Queda claro y manifiesto que – hasta éste momento procesal - la causa no tenía imputado alguno, y si bien la madre de la menor sindicó al Sr. C., V. como posible autor de los hechos denunciados, su derecho de defensa jamás estuvo en crisis, en virtud de que el acto fue notificado previamente a la Defensora Pública habilitada, siendo ella misma quien – con su presencia – mantuvo incólume la garantía antes aludida (acta de Cámara Gesell de fs.15). (JUZG. CONTROL N° 5 – SAN PEDRO DE JUJUY. C., V. p.s.a Abuso Sexual Simple Reiterado (previsto en el art. 119, 1° párrafo del C.P.N agravado por las circunstancias del inc. f – Resolución del 07 de Agosto de 2012).*

CAPÍTULO V:

CONCLUSIONES

En un estado de derecho en el que se subrayan garantías constitucionales como la presunción de inocencia, el derecho de defensa y el debido proceso; donde los principios de contradicción y de igualdad que asisten tanto a víctima como acusado son puestos sobre relieve durante el proceso judicial; cobra especial importancia el tema traído a estudio a lo largo de las páginas que preceden, pues su relevancia finca en la vulnerabilidad experimentada por una de las partes -la víctima menor de edad- a quien se le ha reconocido un trato diferenciado, situación que erróneamente puede interpretarse como discriminatoria y perjudicial para el imputado.

Es así como la dignidad humana y la igualdad, se erigen como fundamentos últimos de la tutela especial que debe dispensársele a quien, por su edad, por su falta de madurez y por las circunstancias particulares a las que se ha visto sometido, no cuenta con los medios necesarios para defenderse.

El niño, por considerarse vulnerable debido a su particular fragilidad, goza en nuestro derecho de una serie de prerrogativas y protecciones en aras de permitirle estar en pie de igualdad con el resto de las personas. De allí que resulte indispensable el conocimiento acabado de los instrumentos normativos nacionales y supranacionales que brindan amparo al niño, entendiéndolo inserto en una categoría especial, caracterizada por la fragilidad de su condición.

Con la reforma constitucional de 1994, y siguiendo los lineamientos de la legislación supranacional, el estado se erige como garante de los derechos de la minoridad, a fin de evitar la re victimización de quienes transitan procesos judiciales -en especial durante el procedimiento penal- de aquellos infantes y adolescentes que han sido víctimas o testigos de delitos.

En cumplimiento a lo dispuesto en la Convención de los Derechos del Niño y de los restantes instrumentos internacionales vigentes, se ha dictado la Ley Nacional N°26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, por la cual se arbitran diferentes medios legislativos, administrativos y jurídicos con la finalidad de hacer efectivos los derechos reconocidos por la Convención. Junto a esta normativa específica, encontramos las diversas legislaciones provinciales _entre ellas el Código de rito de la Provincia de Jujuy y el Protocolo para el Acceso a la Justicia de Niños y Niñas

Víctimas y Testigos de Violencia, Abuso Sexual y Otros Delitos- que acogen estos principios y los regulan en sus respectivas jurisdicciones.

Tomando en consideración “el interés superior del niño” el estado ha considerado que la mejor manera de resguardar la integridad de éste sujeto al brindar su declaración, es a través del testimonio vertido en Cámara Gesell, mediante el cual, el niño puede manifestarse, sin peligro para su integridad. Como sujeto de derecho, cuando su persona ha sido avasallada, tiene la posibilidad de ser escuchado -en igualdad de condiciones que su agresor- bajo el amparo de normas especiales, que permiten que pueda ser oído sin riesgo de ser re victimizado. Para ello, el mecanismo de Cámara Gesell se presenta como el único ámbito saludable y apropiado para que el niño pueda expresarse.

Dentro de éste marco normativo, un punto neurálgico de muchas oposiciones y recursos planteados en los estrados tribunales por los abogados defensores, es el de los alcances jurídicos proyectados sobre la persona del imputado a partir de la declaración de los niños brindada a través de la técnica de Cámara Gesell, por considerarla violatoria del derecho de defensa y del principio contradictorio.

En éste sentido, es dable recordar que en un sistema procesal de tipo acusatorio -como es el imperante en la Provincia de Jujuy- resulta de suma importancia tener presente que todo elemento probatorio recopilado durante la investigación penal preparatoria, en principio, servirá para sustentar la acusación, sin que éste tenga la posibilidad ingresar al proceso, o que se discuta su valor probatorio en el mismo (GRISSETTI, Ricardo A. 2011; pág. 99).

Como una excepción a éste postulado se encuentran los elementos surgidos de mecanismos de prueba anticipada, cuya validez - en el caso de la Cámara Gesell - dependerá del estricto respeto del contradictorio, por el cual se reconoce al acusador, al imputado y a su defensor, la capacidad de producir prueba de cargo y de descargo, la posibilidad de controlar - conjuntamente con los otros sujetos actuantes- el ingreso y la recepción de todas las medidas probatorias.

El principio de contradicción comporta una de las mayores expresiones del derecho de defensa del imputado, en un sistema en el que -según el pensamiento de Gerardo Sebastián Romero (2011)- desde el punto de vista de las atribuciones probatorias, el Fiscal aparece en un plano de superioridad frente al imputado y su defensor. (ROMERO, G. S. 2011; pág. 23). Ello, atento a la amplia gama de

medidas probatorias de las que el Agente Fiscal puede disponer en forma autónoma.

Ahora bien, tomando en cuenta lo indicado supra, se ha afirmado que la prueba obtenida mediante la Cámara Gesell, configura un quebrantamiento del contradictorio, pues no se le permite al imputado ni a su defensa, participar personalmente en la obtención de la testimonial, ni cuestionar directamente a la víctima, sino por medio del profesional a cargo del interrogatorio. Ello no es tal, pues conforme lo hemos tratado en el capítulo pertinente, el imputado puede acceder al testimonio del menor, a reformular preguntas por sí o por medio de sus abogados; controlando de esa manera el obtención de la prueba, e incluso realizar el descargo correspondiente a efectos de refutar lo afirmado por el menor.

Una consideración clave es recordar -como se enunciara en el desarrollo del presente trabajo- que el principio contradictorio se ve plenamente satisfecho con el hecho de que se le haya brindado al encartado la posibilidad de participar en la declaración de la manera descrita; no siendo indispensable a los fines del principio, que éste la realice.

Esta protección adicional puesta sobre el menor en nada perjudica al justiciable, quien puede ver satisfecho su derecho a una defensa justa y apropiada. Empero, para que esta circunstancia no se presente, es necesario que cada uno de los actores del proceso, concurren en estricta observancia de las reglas procesales, permitiéndole a cada parte interviniente el control sobre la producción de la prueba que se está llevando a cabo. Ello se logra mediante la adecuada notificación de los actos a cada una de las partes, en la correcta elaboración de las actas, en el impecable desempeño del profesional que lleva a cabo la entrevista, etc. Todos y cada uno de los actores del derecho deben, desde su lugar, facilitar el cumplimiento de la norma, pues ello redundará a favor de todos, otorgando virtualidad al principio contradictorio y adversarial durante el proceso de declaración del infante, zanjando así la absurda creencia de que el testimonio brindado en Cámara Gesell vulnera los derechos del Justiciable.

Antes de culminar la tarea emprendida al abordar la elaboración del presente trabajo, estimo conveniente traer sobre relieve dos aspectos más sobre la declaración del menor que surgieron a lo largo de la investigación. Si bien no son el tema neurálgico de esta investigación, se encuentran estrechamente vinculados,

y que sin dudas, dejarán planteados nuevos interrogantes para futuros estudios. El primero de ellos trata de la naturaleza jurídica de la declaración del niño. Habiendo voces a favor y en contra -tal y como puede apreciarse en el desarrollo del capítulo IV- el Protocolo para el Acceso a la Justicia de Niños y Niñas Víctimas y Testigos de Violencia, Abuso Sexual y Otros Delitos se inclina a reconocer textualmente el carácter testimonial de los dichos del menor en Cámara Gesell. El derecho de los niños a ser protegidos, a ser escuchados, no puede ser conculcado de forma alguna, no importa cuál sea la postura que decidamos adoptar frente a su declaración; sea que decidamos considerarla una entrevista, sea que nos decidamos por considerarla un testimonio.

En mi caso particular, me inclino por la segunda opción, ello por cuanto se trata de un modo especial de obtener una declaración testimonial, sin que sobre ella pesen las conminaciones de nulidad específicas de las pericias; y por tratarse solo de una modalidad especial de testimonio en cuanto a la forma de ser receptado.

El segundo tema que debo traer a colación es el de la errónea -a mi entender- regulación que tanto en el Código Procesal Penal de la Nación, como en el Código de procedimiento de la Provincia de Jujuy y en el Protocolo para el Acceso a la Justicia de Niños y Niñas Víctimas y Testigos de Violencia, Abuso Sexual y Otros Delitos Se hace respecto de la declaración del menor de edad que habiendo cumplido los dieciséis años debe declarar.

Al respecto se ha indicado que es un profesional de la psicología quien decidirá si el menor corre riesgo de sufrir menoscabo psicológico de presentarse en los estrados tribunales, y solo en caso afirmativo se procederá a la toma de declaración en Cámara Gesell. Considero que la letra de la ley contraría en alguna medida la protección que ha pretendido darse a los menores mediante los tratados internacionales, ya que en ninguno de estos documentos se hace discriminación en el trato según la edad, sino por el contrario, se deja claramente sentado que el interés superior al que dichos instrumentos aluden, comprende a la totalidad de menores hasta los dieciocho años o menos, si por ley nacional se alcanzare la mayoría de edad -que no es el caso de Argentina, pues la mayoría de edad se alcanza a los dieciocho años.

EL TESTIMONIO DE NIÑOS EN CAMARA GESELL

Es así como a mi entender, la cláusula que coloca a juicio del psicólogo la necesidad de declaración en cámara Gesell es contraria a derecho e incurre en una interpretación discriminatoria no permitida por la normativa supranacional. Por lo que se sugiere un estudio más profundo de la temática.

Asimismo, previo concluir mi tarea y a manera de propuesta, considero que el sistema de Cámara Gesell debe extenderse más allá del ámbito de los niños, alcanzando su protección a toda otra víctima que por su particular condición sea considerada vulnerable. La norma supranacional en una acertada decisión, ha extendido su amparo más allá de la niñez, alcanzando a mujeres, ancianos, y toda otra persona que por su situación pueda ser considerada vulnerable. En éste sentido, es un paso que todavía nuestros legisladores provinciales no se han animado a dar, pero que resultaría de gran importancia para nuestro crecimiento como sociedad civilizada que vive en un estado de derecho.

BIBLIOGRAFÍA

- BINDER, ALBERTO M. (2000) - *Introducción al Derecho Procesal Penal* - Ed. Ad Hoc - Buenos Aires - Argentina.
- BORTHWICK, A. E. C. (2003) *Principios Procesales*. Corrientes – Argentina- Ed.: MAVE.
- CAFFERATA NORES - MONTERO - VELEZ Y OTROS (2003) “*Manual de Derecho Procesal Penal*”. - Córdoba - Argentina. Ciencia, Derecho y Sociedad Editorial.
- CAFFERATA NORES - MONTERO - VELEZ Y OTROS (2012) “*Manual de Derecho Procesal Penal*”. - Córdoba - Argentina. Editorial Advocatus..
- DÍAZ CANTÓN, F. (2009) “*Declaraciones de Menores de Edad Víctimas de Abuso en Cámara Gesell y el Derecho del Imputado a La Confrontación con los Testigos . de Cargo*” Revista de Derecho Procesal Penal N°1 - Editorial Rubinzal Culzoni - Argentina.
- DONNA, E. A. (2012) “*Las Palabras, los Hechos y la Víctima en el Derecho Argentino*”. Revista de Derecho Procesal Penal (Número Extraordinario: Víctimas Especialmente Vulnerables) - . Argentina- Rubinzal Culsoni
- FELDMAN, G. (1998) “*Los Derechos del Niño*”. Buenos Aires – Argentina. Ed.: Ciudad Argentina.
- GARCÍA MÉNDEZ, E. (comp.) (2006) “*Protección Integral de Niños, Niñas y adolescentes - Análisis de la ley 26.061*” - Buenos Aires - Ed. del Puerto S.R.L.
- GONZALEZ DEL SOLAR, J. H. “*Derecho de la Minoridad. Protección Jurídica de la Niñez – Adenda Ley 26.061*” Ed. Mediterránea.
- GRISSETTI, R. A. (2011) “*El Principio Acusatorio. Implicancia Sistemática en el Modelo Penal*” S. S. de Jujuy – Argentina. Ed.: El Fuste.
- JAUCHEN, E. (2012)“*Tratado de Derecho Procesal Penal*” Tomo I, II y III. Buenos Aires – Argentina. Ed. Rubinzal Culzoni.
- LUCERO, I. (2011) “*El Testimonio de Niños en el Proceso Penal*” Buenos Aires – Argentina – Ed. AD-HOC.

EL TESTIMONIO DE NIÑOS EN CAMARA GESELL

- LUDUEÑA, L. (2004) *El Derecho del Niño a ser Escuchado en el Marco del Principio Constitucional de su Interés Superior*". Revista de derecho de Familia N°28.
- MORELLO RAMIREZ, M.(2006) *"El Derecho del Menor a ser oído y la Garantía del debido Proceso Legal*". Revista de derecho de Familia N°28.
- REVISTA DE DERECHO PROCESAL PENAL RUBINZAL CULSONI. (Número Extraordinario: Víctimas Especialmente Vulnerables)
- ROMERO, G. S. (2011) *"Cámara Gesell. Testimonio de Niños en el Proceso Penal"*. Córdoba – Argentina. Ed.: Alveroni Ediciones.
- YUNI y URBANO (2006) *"Recursos Metodológicos para la Preparación de Proyectos de Investigación"* – Tomos I y II – Córdoba – Argentina – Editorial Brujas.
- ZAPIOLA, FACUNDO (2011) *"Manual de Cátedra de Derecho Procesal III - Universidad Empresarial Siglo21"* - Córdoba - Argentina .
- ZARINI, H.J. (2010) *"Constitución Argentina Comentada y Concordada"* 5° Impresión –Buenos Aires – Argentina. Ed. Astrea.

LEGISLACIÓN:

- ACORDADA N° 142, Libro N°12, Folios 199/204, 30/08/2009.-
- CÓDIGO PROCESAL PENAL de la Provincia de Jujuy. Ley 5623/09 (2011) San Salvador de Jujuy – Argentina. Impr. ZIZI.
- CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA NACIÓN
- CONVENCION AMERICANA DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA.
- DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO.
- DECLARACIÓN SOBRE LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE JUSTICIA PARA LAS VÍCTIMAS DE DELITOS Y DEL ABUSO DE PODER
- DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS
- DIRECTRICES SOBRE JUSTICIA PARA LOS NIÑOS VÍCTIMAS Y TESTIGOS DE DELITOS (2005) E/2005/20. Consejo Económico y Social. O.N.U.

EL TESTIMONIO DE NIÑOS EN CAMARA GESELL

- NACIONES UNIDAS. Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención y Tratamiento del Delincuente. Milán 1985.
- PROTOCOLO PARA EL ACCESO A LA JUSTICIA DE NIÑOS Y NIÑAS VÍCTIMAS Y TESTIGOS DE VIOLENCIA, ABUSO SEXUAL Y OTROS DELITOS (2012). Acordada N°15, Folio N°347/363 N° 200 - Poder Judicial de la Provincia de Jujuy.-

JURISPRUDENCIA

- C. N. APEL. CRIM. Y CORR.- Sala IV – COMOGLIO, Luis Alberto. s/ . SENTENCIA del 10 de mayo de 2006 – Sum: G0022900 SAIJ.
- C.S.J.N. Fallos, 315: 1492, 7/7/1992, y L.L. 1992 - C - 543.-
- CÁM. APEL. CRIM. 1ª NOM. CATAMARCA, 29/03/06, “LIZA, Julio C.”, LLNOA, 2006-Octubre 1069
- CÁM. P. J. SALA II. *en el Expte. N°76/2009, “J.E.L., Abuso sexual con Penetración”, 31/08/09*
- JUZG. CONTROL N° 5 – SAN PEDRO DE JUJUY. C., V. p.s.a Abuso Sexual Simple Reiterado (previsto en el art. 119, 1° párrafo del C.P.N agravado por las circunstancias del inc. f – Resolución del 07 de Agosto de 2012
- JUZG. CONTROL N°5 - SAN PEDRO DE JUJUY - Expte. N°313/1/12, Cdo.: “INCIDENTE DE RECUSACIÓN PLANTEADO POR EL DR. GASTÓN JAVIER BAIGORRIA” referido al Expte. N°313/12, caratulado: P., V. A. p.s.a. ABUSO SEXUAL SIMPLE - CALILEGUA - 2012
- S. T .J. RAWSON, CHUBUT – R., E.G. s/ Abuso Sexual – SENTENCIA del 9 de junio de 2006. Sum. Q0017799 SAIJ
- S.T.J.J. Expte. N°9621/13 Cdo. “Recurso IN - PAUPERIS: SR. H.A.

BIBLIOGRAFIA ELECTRÓNICA

- **PROTOCOLO PARA EL ACCESO A LA JUSTICIA DE NIÑOS Y NIÑAS VÍCTIMAS Y TESTIGOS DE VIOLENCIA, ABUSO SEXUAL Y OTROS DELITOS.** Poder Judicial de la Provincia de Jujuy, 2012 (Versión Electrónica)

<http://www.justiciajujuy->

[juris.gov.ar:8081/frm_resultado_out_acordadas.aspx?id=7280](http://www.justiciajujuy-juris.gov.ar:8081/frm_resultado_out_acordadas.aspx?id=7280) recuperado el 28/03/14 - 18:22 hs.

Ma. de Monserrat Bazán Macías

**AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR
TESIS DE POSGRADO O GRADO
A LA UNIVERIDAD EMPRESARIAL SIGLO 21**

Por la presente, autorizo a la Universidad Empresarial Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

Autor-tesista <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	Bazán Macías, María de Monserrat
DNI <i>(del autor-tesista)</i>	27.110.246
Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i>	“EL TESTIMONIO DE NIÑOS EN CÁMARA GESELL”. Alcances y Vinculación con los Derechos del Imputado
Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i>	monserrat_b@hotmail.com
Unidad Académica <i>(donde se presentó la obra)</i>	Universidad Siglo 21.
Datos de edición: <i>Lugar, editor, fecha e ISBN (para el caso de tesis ya publicadas), depósito en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual y autorización de la Editorial (en el caso que corresponda).</i>	

EL TESTIMONIO DE NIÑOS EN CAMARA GESELL

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Empresarial Siglo 21 según el siguiente detalle:

Texto completo de toda la Tesis (Marcar SI/NO) ^[1]	SI.
Publicación parcial (informar que capítulos se publicarán)	

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Empresarial Siglo 21.

Lugar y fecha: Córdoba, 13 de Noviembre de 2014.-

Firma

Aclaración

Esta Secretaría/Departamento de Posgrado de la Unidad Académica: _____

_____ certifica que la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

Firma

Aclaración

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado

[1] Advertencia: Se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la Biblioteca Digital las obras intelectuales editadas e inscriptas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (Ley 11.723) y propiedad industrial (Ley 22.362 y Dec. 6673/63. Se recomienda la NO publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.