



TRABAJO FINAL DE GRADO

LA CÁMARA GESELL COMO HERRAMINETA PROCESAL EN EL DELITO DE ABUSO SEXUAL A MENORES

NOMBRE: MAURICIO GAMAL PAZ

CARRERA: ABOGACIA

LEGAJO: VABG51607

DNI: 36417477

AÑO: 2019

Resumen

En el presente trabajo, exponemos uno de los delitos que mayor alarma social despierta en la sociedad, tal como lo es, el abuso sexual a menores de edad. Los Niños, Niñas y Adolescentes son los más vulnerables en estos tipos de delitos. Como consecuencia de esto, surge la tarea primordial de protección y regulación por parte de nuestro Ordenamiento Jurídico.

Una manifestación de esta protección, fue la incorporación de un novedoso medio de prueba denominado, Cámara Gesell, creado por el estadounidense Arnold Gesell (1880-1961). La misma, fue creada para estudios de la psicología, como un laboratorio de observación, estudio y análisis sobre la conducta de los Niños, para que éstos, no se inhibieran ante las miradas de terceros. Luego fue importada al Poder Judicial, es decir, no fue la ciencia jurídica la que creó este sistema, ni éste mecanismo fue ideado específicamente para el ámbito judicial.

En cuanto a su infraestructura, consiste en un dispositivo físico separado en dos habitaciones contiguas con un vidrio espejado de visión unilateral, que cuenta con equipos de audio y video para observar la conducta de los Niños sin ser perturbados o que la presencia de una persona extraña le cause alteraciones. Es decir, en una sala actúa el psicólogo y el niño o adulto que declara, y en la otra habitación se encuentran el fiscal o secretario del juzgado, el defensor de menores, el representante del juzgado de garantías, la defensa del imputado junto a los peritos de parte.

En esta entrevista, el psicólogo interviniente escucha al menor, debiendo observarse ciertos requisitos de forma, previamente determinadas para evitar su repetición y así también respetar el derecho de defensa en juicio que tiene el acusado. Por otra parte, los menores tendrán un lugar en un gabinete con los implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva de los mismos.

El objetivo central de esta herramienta procesal, es evitar la re-victimización del menor, evitando que sea sometido a múltiples interrogatorios en forma inadecuada. No obstante, este sistema probatorio ha generado opiniones dispares en cuanto a determinar si su implementación vulnera los principios constitucionales del debido proceso, es por ello, que se analizan distintas opiniones doctrinarias y jurisprudenciales.

Palabras Claves: derechos, delito, prueba, debido proceso, niño, Cámara Gesell.

Abstract

In the present work, we expose one of the crimes that most social alarm arouses in society, such as, the sexual abuse of minors. Children and adolescents are the most vulnerable in these types of crimes. As a consequence of this, the main task of protection and regulation by our Legal Order arises.

A manifestation of this protection, was the incorporation of a novel test medium called, Camera Gesell, created by the American Arnold Gesell (1880-1961). The same, was created for studies of psychology, as a laboratory of observation, study and analysis on the behavior of children, so that these, not inhibited before the eyes of third parties. Then it was imported into the Judiciary, that is, it was not the legal science that created this system, nor was this mechanism designed specifically for the judicial sphere.

As for its infrastructure, it consists of a separate physical device in two adjoining rooms with a mirrored one-sided glass, which has audio and video equipment to observe the behavior of the children without being disturbed or the presence of a strange person causes alterations. That is, in a room the psychologist acts and the child or adult who declares, and in the other room are the prosecutor or court secretary, the juvenile ombudsman, the representative of the court of guarantees, the defense of the accused together with the part experts.

In this interview, the intervening psychologist listens to the minor, having to observe certain requirements of form, previously determined to avoid its repetition and thus also respect the defendant's right of defense in trial. On the other hand, the minors will have a place in a cabinet with the appropriate implements to the age and evolutionary stage of the same ones.

The central objective of this procedural tool is to avoid re-victimization of the minor, preventing him from being subjected to multiple interrogations in an inadequate manner. However, this evidentiary system has generated disparate opinions as to whether its implementation violates the constitutional principles of due process, which is why different doctrinal and jurisprudential opinions are analyzed.

Keywords: rights, crime, evidence, due process, Child, Gesell Chamber.

A mi madre

Rosa Cristina,

Ejemplo de vida, honor y coraje.

ÍNDICE

Introducción.....	7
Capítulo 1: El Procedimiento penal en los delitos de abuso sexual a menores	11
Introducción:.....	12
1.1 Qué entendemos por Abuso Sexual infantil?	12
1.1.1 Qué es el abuso sexual?.....	12
1.1.2 Abuso sexual infantil:.....	13
1.2 Clases y tipificación en nuestro Código Penal Argentino.	13
1.2.1 Abuso Sexual Simple.	13
1.2.2 Abuso sexual gravemente ultrajante.....	14
1.2.3 Abuso sexual con acceso carnal.	15
1.3 Conocimiento del hecho y recepción de la denuncia.	16
1.4 Instancia de la acción	19
1.5 Investigación Judicial.....	23
Conclusión:	24
Capítulo 2: La Cámara Gesell como medio de prueba	25
Introducción:.....	26
2.1 Concepto de Cámara Gesell y sus caracteres.	26
2.2 Concepto de prueba y medio de prueba	28
2.3 Utilidad y conveniencia del sistema Gesell.....	31
2.4 Beneficios para la víctima menor de edad.....	32
2.5 Necesidad de notificar al imputado	33
Conclusión:	34
Capítulo 3: La Cámara Gesell y las garantías del debido proceso	36
Introducción:.....	37
3.1 Concepto de “debido proceso”	37
3.2 La Cámara Gesell y el principio del contradictorio en el proceso penal.....	41
3.3 Cámara Gesell y garantía de Juez Natural.....	43
3.4 Facultades que conserva el imputado.....	46
3.5 Doctrina a favor de su constitucionalidad	48
Conclusión:	49
Capítulo 4: Posturas Jurisprudenciales sobre la Cámara Gesell.....	51
Introducción:.....	52
4.1 Tribunal Oral en lo Criminal N°28 de la Capital Federal Causa N°12.135 –Sala II- “BRAVO MAMANI, Richard Wilfredo s/recurso de casación.	52

4.2 Tribunal Superior de Justicia de Buenos Aires, Cámara de Crimen sala IV, autos “B.R.A. inconstitucionalidad del art 250 bis CPPN”.....	53
4.3 TSJ de Salta, autos “Jozami de Fili Nancy s/ acción de inconstitucionalidad”.....	56
Conclusión:.....	57
Conclusiones Finales	59
Bibliografía.....	64
Doctrina	65
Jurisprudencia.....	69
Legislación.....	70

Introducción

Uno de los grandes problemas que surgen en nuestra sociedad, son los delitos de abuso sexual a menores de edad. Este hecho delictivo que atenta contra la integridad sexual de los menores, implica la participación del menor con uno o más adultos en actividades sexuales, a los efectos de no poder emitir un consentimiento válido que exige la plena comprensión y discernimiento de los alcances de la acción. Por otro lado la Dra. Giverti (2005) nos explica que “los abusos tienen resultados diferentes en niñas y niños, siendo estos últimos, los más tendientes a sufrir de estos abusos (pág. 15).

En cuanto a la Dra. Calvi (2006), hace referencia a cómo afecta este hecho delictivo en la psiquis de las víctimas, teniendo en cuenta que:

El padecimiento psíquico provocado en los menores producto del abuso, afecta la memoria y también, hay casos en que el hecho llevado a cabo, afecta tan bruscamente que el menor por temor a no contar lo vivido o por circunstancias similares, sea incapaz de narrar lo vivido (pág. 72).

En lo que respecta a la forma en que los menores aportan sus relatos en los procesos criminales, puntualmente cuando son víctimas o testigos del delito, ha sido un tema muy discutido en los últimos tiempos. El debate consiste en determinar si los menores y adolescentes deben declarar ante un tribunal, en presencia de los jueces, fiscales, abogados defensores, e inclusive ante el propio acusado, o por el contrario, sería necesario brindar un procedimiento y tratamiento especial para los Niños, Niñas y Adolescentes.

Como consecuencia de esto, surge un novedoso medio de prueba denominado Cámara Gesell, cuya tarea es evitar la revictimización no sólo a las víctimas del delito, sino también a los testigos.

La Constitución Nacional considera inviolable la defensa en juicio en su art. 18, garantía que al mismo tiempo se encuentra consagrada en instrumentos internacionales con jerarquía constitucional, que refiere a la posibilidad que tiene todo habitante de la Nación para hacer valer sus derechos ante un tribunal de justicia. Este artículo de suma importancia, no sólo ampara la persona y los derechos de la víctima, sino también las del acusado.

Al respecto, la pregunta de investigación apuntará a responder: ¿La Cámara Gesell como medio de prueba vulnera las garantías constitucionales del debido proceso?

Por otra parte, el perjuicio que provoca este delito en sus víctimas, es que sus relatos son efectuados como actos irrepetibles. En palabras de los autores Cafferata Nores y Hairabedian (2008) “solo aquellas pruebas que no puedan practicarse más de una vez, pues por su naturaleza o características son irreproducibles” (pág. 3). Además dicho acto es considerado irreproducible “si no se lo puede repetir en idénticas condiciones” (Nuñez, 1986, pág. 187).

Es por esto, que ante el carácter especial de tal testimonio hay que cuidar que no se vulnere el derecho que le corresponde al acusado y se respete su derecho a ser oído.

Otro de los aspectos que vulneraría la garantía de defensa del imputado, es el hecho de llevar a cabo este medio de prueba fuera de los estrados judiciales y sin la intervención del juez, en donde el testimonio lo recibe un psicólogo. Asimismo, es importante tener en cuenta que este acto no se realiza en forma secreta ni en desconocimiento de la otra parte, por lo cual el imputado o su abogado defensor pueden presenciar la declaración a través de una sala acondicionada¹.

Así, el objetivo general del presente trabajo de investigación consiste en analizar si la Cámara Gesell como herramienta procesal, vulnera las garantías constitucionales del debido proceso, y determinar si este sistema probatorio se adecúa a nuestro ordenamiento constitucional.

Mientras que los objetivos específicos, consistirán en explicar qué se entiende por debido proceso, explicar qué entendemos por prueba y determinar cuáles son las razones por las cual es conveniente someter a una persona menor víctima de abuso sexual al novedoso sistema Gesell, analizar por qué el uso de la Cámara Gesell puede ser violatorio del debido proceso.

La hipótesis refiere a la importancia que impera este imperioso medio de prueba debido que en la actualidad, son cada vez más los casos de abuso sexual a menores de edad, por lo que se cree que es imperiosa la necesidad de contar con un Ordenamiento Jurídico que brinde la protección necesaria a los Niños, Niñas y Adolescentes, como también a la protección de los derechos constitucionales que le asisten a los acusados.

Respecto del tipo de investigación, en el presente trabajo se utilizará el descriptivo. Mientras que como estrategia metodológica se asumirá la cualitativa. Por lo tanto, se

¹ <http://www.derecho.uba.ar/graduados/ponencias/lenci.pdf>.

obtendrán datos e información sobre el tópico de estudio. Para realizar la presente investigación la técnica será la de observación de datos y de documentos para poder realizar un paralelismo con las diversas posiciones. En cuanto a las técnicas de análisis de datos, se utilizarán preferentemente las estrategias de análisis documental y de contenido, en cuanto que las mismas nos permitirán interpretar los fallos y las situaciones de la legislación.

En el capítulo primero, comenzaremos por dar una noción de los conceptos básicos referidos a nuestro objeto de estudio haciendo referencia a la definición de abuso sexual infantil, su regulación en nuestro Código Penal y analizarán ciertas directivas específicas del proceso penal, haciendo hincapié en el proceso de asistencia e investigación Penal.

En el Capítulo segundo, se estudiará a la Cámara Gesell como medio de prueba, teniendo en cuenta su utilidad y conveniencia para el sistema, y explicaremos los beneficios que genera el sistema Gesell para las víctimas menores de edad y haremos referencia a la obligación que tiene el sistema respecto a necesidad de notificar al acusado.

En el Capítulo tercero, se analizarán una comparación entre el Cámara Gesell y las garantías del debido proceso, haciendo hincapié en el principio contradictorio y las facultades que tiene el acusado ante la realización de este medio probatorio.

Por último, en el capítulo cuarto se analizarán distintas posturas jurisprudenciales a favor y en contra de la Constitucionalidad de esta herramienta procesal. Se elaborarán conclusiones explicativas, pero no con el fin de dar una única respuesta a esta problemática dado que, falta mucho por recorrer sino a modo de aportar todo el conocimiento a través de nuestra investigación. Finalmente, se expondrán las conclusiones finales.

Capítulo 1: El Procedimiento penal en los delitos de abuso sexual a menores

Introducción:

Cada país cuenta con una serie de legislaciones que busca proteger a los Niños, Niñas y Adolescentes, en función de preservar su desarrollo con el fin de que los mismos, tengan una vida sana y puedan evolucionar de manera integral en el tiempo.

Sobre ese particular, el presente capítulo tiene como finalidad dar a conocer, qué entendemos por abuso sexual infantil y cómo este delito se encuentra regulado en nuestro Código Penal de la Nación. Así también, el mismo analizará el procedimiento penal que se lleva a cabo en la Provincia de Mendoza ante la existencia de un supuesto caso de abuso sexual a menores de edad.

1.1 Qué entendemos por Abuso Sexual infantil?

1.1.1 Qué es el abuso sexual?

El abuso sexual es una forma de violencia prevista en el Código Civil y Comercial de la Nación en su artículo 647 que “prohíbe específicamente cualquier tipo de malos tratos o hechos que lesionen o menoscaben física o psíquicamente a los Niños, Niñas y Adolescentes por parte de quien tenga a su cargo la responsabilidad parental”².

El siguiente punto, está compuesto siguiendo principalmente los conceptos de Espeche de Martínez (2006), quien considera que el abuso sexual “es una problemática visibilizada, que afecta prioritariamente a una persona, generalmente niña o mujer, ocurre frecuentemente en el ámbito privado de la familia. Por sus connotaciones, trasciende al contexto socio-cultural caracterizado por una crisis económico-social de raíces ético-morales” (pág. 361). Por consiguiente, es importante destacar las palabras del Dr. Villanueva (2018) quien nos explica que la palabra:

Abuso significa el mal uso de algo (de autoridad, de poder). En este delito, se plantea un abuso de confianza, del cuerpo del otro y también de su palabra. Cuando se habla de abuso sexual no se habla de violación específicamente, pero sí la incluye. Hay otras situaciones previas como toqueteos, exhibicionismo,

² Código Civil y Comercial de la Nación artículo 647.

presentación de imágenes impropias, para un niño, que son todas formas de abuso sexual que causan gran daño (pág. 363).

1.1.2 Abuso sexual infantil:

Por su parte, la problemática de esto va a depender del vínculo que se tenga con la menor víctima, agravándose el hecho si el abusador es el padre o familiar cercano en quien el Niño deposita su confianza, también se agravará el mismo, por sus maniobras realizadas o por su duración.

El abuso sexual a menores significa el abuso de poder o de confianza que un adulto ejerce sobre la persona y los derechos del menor. Este delito que atenta tan bruscamente sobre la integridad sexual de los menores “consiste en la utilización de un menor para la satisfacción de los deseos sexuales de un adulto” (Espeche de Martínez, 2006, pág. 373).

Ese tipo de vinculación previa entre el adulto y el menor, se basa en una posición de dominio desde la cual se acerca, se seduce al infante para lograr su misión. “el niño no tiene el desarrollo cognitivo, madurativo y emocional, para dar su consentimiento acerca de él o los actos ejercidos sobre él (Espeche de Martínez, 2006, pág. 374).

En concordancia con la autora, es necesario que desde las personas que se encuentran en contacto permanente con los Niños, Niñas y Adolescentes, ya sea en el ámbito educativo o los propios familiares, quienes deben comprometerse en estar atentos acerca de ciertos acercamientos y contactos que pueda tener el menor respecto de todas las personas que lo rodean.

1.2 Clases y tipificación en nuestro Código Penal Argentino.

1.2.1 Abuso Sexual Simple.

Este tipo penal abusivo, se encuentra previsto en el artículo 119, primer párrafo del Código Penal de la Nación. Es el tipo penal donde comienza la estructura del abuso propiamente dicho. Actualmente, la pena que está prevista para el delito de abuso sexual simple es la de 6 meses a 4 años de reclusión o prisión, dentro de la misma encuadran todas las modalidades descriptas con anterioridad.

El tipo penal de este delito, previsto en el artículo 119 del Código Penal es el tipo penal más común sobre la estructura del abuso sexual propiamente dicho. De lo que surge, que “los demás tipos penales no son otra cosa que el tipo de abuso sexual simple agravada por alguna de las circunstancias previstas en la ley” (Romero Villanueva, 2018, pág. 351).

1.2.2 Abuso sexual gravemente ultrajante.

La ley 25.087 regulada por el Código Penal, ha modificado la figura agravada del abuso sexual, cometido mediante sometimiento gravemente ultrajante, la cual hace referencia a las circunstancias que resulten un mayor perjuicio para quien las ha padecido. En este párrafo, el Dr. Villanueva (2018) nos explica que, “lo gravemente ultrajante refiere a las circunstancias de realización por la situación humillante y degradante que puede tener para la persona sometida en función de lo desproporcionado del caso si se lo compara con otros casos de abuso deshonesto, el tipo básico” (pág. 353). Según Villanueva (2018):

Este agravante del delito de abuso sexual, se centra no sólo en el abuso en sí mismo, sino por su duración, circunstancias, reiteración en el tiempo o constancia, tomando como parámetro no solo la valoración del juez, sino de cualquier persona de la comunidad. Otros factores que agravan este delito es la diferencia entre la menor víctima y el amedrentamiento a que fue sometida la menor, o también por la humillación y todo aquello que excede el límite del desahogo sexual y teniendo en cuenta las circunstancias de modo, tiempo y lugar (pág. 353).

Esta modalidad como circunstancia agravante no se centra en la propia naturaleza del abuso sino en su duración o en las circunstancias de su realización. Por ejemplo son factores a tener en cuenta: su duración o reiteración en el tiempo o permanencia, y se debe tomar como parámetro para determinar no solo la valoración del juez, sino de cualquier persona de la comunidad. Considerando los lineamientos expuestos por Romero Villanueva (2018):

Entendemos que otros tipos de factores que resultan gravemente ultrajante, por ejemplo, la diferencia que existe entre el menor de edad y el presunto victimario,

otro factor resultaría de la desproporción con el tipo básico y la humillación que excede el límite del desahogo sexual, agregándose también las circunstancias de modo, tiempo y medio empleado siendo irrelevante que el Niño no haya comprendido que estaba siendo ultrajado porque sólo tenía 3 años de edad, por lo que en general, los menores de edad entre 5 y 3 años no han desarrollado su capacidad de lecto-escritura (pág. 354).

El abuso deshonesto es una figura agravante del artículo 119 sobre los delitos contra la integridad sexual, como explica el Dr. Villanueva (2018):

El abuso deshonesto subsidiario de la violación, en tanto ambos son ataques a la honestidad, razón por la cual, en casos donde no está probado el dolo específico de violación o bien el agente desistió voluntariamente de violar a su víctima, corresponde la adecuación típica en la figura de abuso deshonesto (pág. 353).

1.2.3 Abuso sexual con acceso carnal.

La ley 27352 en su artículo 119, tercer párrafo tipifica que:

La pena será de seis a quince años de reclusión o prisión cuando mediando las circunstancias del primer párrafo hubiese acceso carnal por vía vaginal, anal u oral o realizare otros actos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías³.

Diferentes autores propusieron definiciones del término violación. Así Fontan Balestra nos explica que, la lesión al bien jurídico es la libertad sexual, es decir, que cada uno tiene el derecho a elegir libremente el objeto de su sexualidad. No obstante, para ser configurado este delito, es requisito indispensable el acceso carnal, comprendido como "la penetración del órgano genital masculino en orificio natural de otra persona, sea por vía normal o anormal, modo que dé lugar al coito o aun equivalente anormal de él" (pág. 208). Por el mismo motivo, lo característico del delito de violación es la idea de

³ Artículo 119 tercer párrafo de la Ley 27352 del Código Penal de la Nación.

penetración. Por consiguiente, la autora Donna (2000), define éste agravante del delito de abuso sexual como:

La violación es el acceso carnal lograda en los casos en que medie fuerza o intimidación para vencer la resistencia u oposición del sujeto pasivo, o con persona que se encuentre físicamente imposibilitada para expresar su disenso o resistirse, o con quien, por ser menor de 13 años o carecer de discernimiento para ello, no posee la capacidad jurídica necesaria para consentir la relación sexual (pág. 50).

El agravante de este delito, se encuentra regulado en el artículo 73 del Código Penal de la Nación, “como un delito de instancia privada”⁴. Asimismo, en palabras del Dr. Villanueva (2018) “la acción privada se caracteriza porque el interesado dispone de ella, tanto para iniciarla como para proseguirla, y la renuncia la denuncia del agraviado extingue la acción penal” (pág. 194).

1.3 Conocimiento del hecho y recepción de la denuncia.

Según el artículo 9 de la Ley 26.061 dispone que:

Cualquier persona que sospeche o tome conocimiento de malos tratos o situaciones que atenten contra la integridad psíquica, física, sexual o moral de un niño, niña o adolescente, lo mismo que cualquier otra violación a sus derechos tiene la obligación de comunicarlo al organismo de protección⁵.

Por otra parte, la ley 24.419 de protección contra la violencia familiar:

Los adultos que tienen a cargo la responsabilidad parental y quienes se desempeñan en organismos asistenciales, educativos y de salud del ámbito público o privado no solamente deben comunicar al organismo de niñez la situación de abuso para que puedan tomarse las medidas de protección

⁴ Artículo 73 del Código Penal de la Nación.

⁵ Ley 26.061, artículo 9.

necesarias, sino que además tienen la obligación legal de realizar la denuncia judicial⁶.

El descubrimiento de un hecho puede darse a partir del relato espontáneo del Niño, Niña y Adolescente a alguna persona de su confianza o por indicios que surten de la propia conducta y son detectados por los adultos responsables de su cuidado. También puede ocurrir que el menor se presente solo en la fiscalía o Comisaría.

Cuando el hecho se haya develado inicialmente en un organismo público o privado, la oficina fiscal recibirá la denuncia que en forma escrita se presente desde ese organismo o la compulsa penal remitida por el Ministerio Púpilar.

Podrá utilizarse el formulario de denuncia que se adjunta cuando se haga presente algún docente o funcionario público que haya tomado conocimiento de presuntos hechos de abuso de menores, el que será utilizado para dar inicio a la causa (notitia criminis), siempre previa interiorización de los hechos por parte del ayudante fiscal a fin de determinar su gravedad y urgencia. Cuando el menor se presente a la fiscalía para dar a conocer un hecho de abuso sexual se procederá del siguiente modo:

- Si el Niño, Niña o Adolescente se presenta con un adulto responsable y de confianza, las preguntas deberán ser dirigidas al adulto denunciante a cargo, en cuyo caso deberá procurarse que el menor se mantenga en un espacio separado para evitar que escuche el relato del adulto. Esto supone, a que el relato posterior dado por el infante no sea contaminado.
- Si el Niño o Niña quisieran relatar espontáneamente lo sucedido, se llenará un formulario que se adjunta como (Informe de Colaboración) a ser completado por el ayudante fiscal, en este caso con toda la información obtenida en el momento y respeto de las circunstancias de tiempo, modo y lugar. Los datos recabados servirán para determinar la necesidad de proceder mediante asistencia médica inmediata.

En caso de que el Niño o Niña se presente solo, se deberá:

- Preguntar si desea llamar a alguna persona adulta de su confianza. Es imprescindible intentar identificar y convocar a un adulto de confianza para que acompañe al infante y realice la denuncia.

⁶ Ley Nacional 24.417 de protección contra la violencia familiar (art. 2).

- Llamar a la Asesora de Menores en turno quien deberá trasladarse de forma inmediata para obtener la información mínima requerida. No obstante se tendrá en cuenta si el supuesto ha sido o no reciente y si el autor sería intra o extra familiar.
- En caso que el Asesor de Turno, por razones fundadas, no pueda concurrir en forma inmediata, la información mínima que exprese el menor deberá ser tomada por el ayudante fiscal quien no podrá delegarlo en un auxiliar.

El Niño, Niña y Adolescente no deben ser interrogados en esta instancia inicial bajo ninguna circunstancia. Solo debe procurarse obtener la información mínima sobre el hecho que permita realizar la denuncia y determinar si el hecho sería reciente o de antigua data, intrafamiliar o extra familiar, realizado por un sujeto conocido o desconocido por la víctima. Las únicas preguntas que podrían hacerse en esta instancia son, ¿Qué pasó? ¿Cuándo? ¿Dónde? Y ¿Quién lo hizo?

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

- a) Los menores aludidos solo serán entrevistados por un psicólogo especialista en niños y/o adolescentes designados por el tribunal que ordene la medida, no pudiendo en ningún caso ser interrogados en forma directa por el juez o las partes⁷. Lo ideal es que en la sala sólo permanezcan el niño y el entrevistador, ya que la presencia de otras personas podría condicionar el relato del menor, especialmente si tienen algún lazo afectivo o poder sobre él mismo
- b) “El acto se llevará a cabo en un gabinete acondicionado con los implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva del menor”⁸. Debe contar con equipos de audio y video instalados de una forma tal que su presencia no sea intrusiva ni llamativa para el menor.
- c) En el plazo que el tribunal disponga, el profesional actuante elevará un informe detallado con las conclusiones a las que arriban.

⁷ http://www.saij.gob.ar/legislacion/ley-mendoza-8652-modificacion_codigo_procesal_penal.htm.

⁸ <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/90000-94999/91600/norma.htm>.

- d) A pedido de parte o si el tribunal lo dispusiere de oficio, “las alternativas del acto podrán ser seguidas desde el exterior del recinto a través del vidrio espejado, micrófono, equipo de video o cualquier otro medio técnico con que se cuente”⁹.

Por su parte, el art. 250 ter dispone que:

Cuando se trate de victimas previstas en el artículo 250 bis, que a la fecha de ser requerida su comparecencia, hayan cumplido los 16 años de edad y no hubieren cumplido los 18 años, el tribunal previo a la recepción del testimonio, requerirá informe del especialista acerca de la existencia de riesgo para la salud psicofísica del menor en caso de comparecer ante los estrados. En caso afirmativo, se procederá de acuerdo a lo dispuesto en el art. 250 bis¹⁰.

Se considera que si bien los menores de edad entre 16 y 18 años poseen un grado de madurez suficiente como para someterlo ante un estrado judicial, resulta necesario el informe previo del especialista, en donde se asegure que el menor se encuentra en condiciones psicofísicas adecuadas para brindar su relato. En estos dos artículos podemos advertir la finalidad protectora que tuvo en miras el legislador, y que se manifiesta en tres aspectos fundamentales que son:

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

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

1.4 Instancia de la acción

⁹ Artículo 250 bis de la Ley 25.582 Código Procesal Penal de la Nación.

¹⁰ Artículo 250 ter de la Ley 25.582 Código Procesal Penal de la Nación.

Según establece el artículo 17 del Código Procesal Penal de Costa Rica:

Cuando el ejercicio de la acción penal pública requiera instancia privada, el Ministerio Público sólo la ejercerá una vez que formulen denuncia, ante autoridad competente, el ofendido mayor de quince años o, si es menor de esa edad, en orden excluyente, sus representantes legales, tutor o guardador¹¹.

Sin embargo, antes de la instancia, podrán realizarse los actos urgentes que impidan continuar el hecho o los imprescindibles para conservar los elementos de prueba, siempre que no afecten la protección del interés de la víctima. Los defectos relacionados con la denuncia podrán subsanarse con posterioridad, cuando la víctima se presente a ratificar la instancia hasta antes de finalizar la audiencia preliminar. Asimismo, la víctima o su representante podrán revocar la instancia en cualquier momento hasta antes de acordarse la apertura a juicio. La revocatoria comprenderá a los que hayan participado en el hecho punible. Según el Código Procesal Penal de Costa Rica:

El Ministerio Público ejercerá directamente la acción, cuando el delito se haya cometido contra un incapaz o un menor de edad, que no tengan representación, o cuando lo haya realizado uno de los parientes hasta tercer grado de consanguinidad o afinidad, el representante legal o el guardador¹².

Por otra parte, el nombrado artículo 72 parr. 2 del C.P.P rige que “la manifestación de voluntad que constituye el acto de la instancia (forma de la denuncia) debe ser realizada por el agraviado del delito”¹³.

En cuanto a los efectos de la instancia de acción penal, Villada (2006) nos explica que “el acto de instancia, no constituye el ejercicio o puesta en marcha de la misma, sino sólo la remoción del obstáculo para que dicha acción pueda ejercitarse” (pág. 20). Pero una vez removido este obstáculo, el ejercicio de la acción estatal se vuelve definitivo, irrevocable en adelante, ya no es el titular de la acción el que la ejerce sino el estado por intermedio del Ministerio Público Fiscal.

¹¹ Código Procesal Penal de Costa Rica, art 17.

¹² Código Procesal Penal de Costa Rica en su artículo 17

¹³ Artículo 72 párr. 2 del Código Penal de la Nación

El acto de instancia, es una condición de procedibilidad, es decir, que a falta de la misma, el titular del ejercicio de la acción penal no la puede promover. Por lo tanto si se inició un proceso sin denuncia respecto de la víctima, la misma carece de toda validez y debe declararse su nulidad en el momento de decretarse la falencia, dado que, “la falta del acto de instancia no puede ser suplida por ningún otro medio que no fuere la expresión de voluntad del agraviado o de su representante” (Villada, 2006, pág. 21).

Por lo tanto, en esta etapa la acción podrá ser instada por el adulto responsable de confianza, si él opone a instarla, el fiscal resolverá si inicia la acción de oficio o no, pudiendo a su vez instar la acción la propia Asesora de Menores. En ese caso, si no se ha hecho presente la Asesora, se le comunican las circunstancias particulares del caso y se le envía inmediatamente por mail las copias útiles de la causa a fin de que en el menor tiempo posible inste la acción, pudiendo efectivizar la instancia con constancia telefónica del Ayudante Fiscal o vía mail.

Debe considerarse que la instancia de la acción es fundamental en la investigación de delitos contra la integridad sexual, “toda vez que resulta un obstáculo procesal la falta de instancia, por ello, el ayudante fiscal debe analizar el caso concreto y dar cumplimiento a las formalidades relativas a dicha cuestión”¹⁴.

1.5 Asistencia Inmediata

Según el Ministerio de Justicia y Derechos humanos de la Provincia de Córdoba:

El objetivo de la asistencia desde los organismos asistenciales no judiciales es brindar al niño, niña o adolescente un espacio de escucha, contención y o medidas de protección, evaluando la posibilidad y oportunidad de la denuncia teniendo en vistas el interés superior y el criterio de mínima intervención. Por ello, en caso que la niña, niño o adolescente sea acompañado por un adulto responsable será éste quien aportará la mayor cantidad de datos posibles previos a la entrevista a realizar (E., 2017).

¹⁴ <http://ministeriopublico.jus.mendoza.gov.ar/portal/ley8008.php>.

Asimismo, si existe la necesidad de atención médica porque está en riesgo la salud o la vida del niño o la niña, es imprescindible dirigirse al centro de atención de salud más cercano para que le brinden la atención adecuada. Paralelamente, es necesario poner en conocimiento al organismo local la protección de derechos del Niño, Niña y Adolescente. Es el encargado de brindar asistencia inmediata y coordinar la intervención cuando haya que tomar medidas especiales de protección. En cada jurisdicción existen líneas de atención telefónica que brindan información y asistencia, guían el inicio de la intervención y las medidas a tomar.

Si se detecta que el abuso sexual ha sido reciente y requiere asistencia médica inmediata, deberá procurarse el traslado del Niño o Niña a un espacio de salud hospital Lagomaggiore o Humberto Notti de la Provincia de Mendoza. Se considera abuso sexual reciente el que se hubiere cometido en un plazo anterior de 72 horas a contar a partir del momento de la denuncia. Además, se deberá facilitar la obtención de pruebas con la mayor brevedad posible, ya que la asistencia deberá realizarse en dos sentidos:

❖ Asistencia física:

En caso de corresponder se procederá a la aplicación del kit de emergencia conforme a lo previsto en el decreto Acuerdos de Coordinación para la atención de Personas Víctimas de Violencia Sexual.

❖ Asistencia Psicológica:

Se realizará por el Equipo Profesional del Organismo Administrativo de Control de cada departamento, a quien inmediatamente se le debe dar intervención mediante comunicación telefónica con el operador de turno, enviando asimismo por mail copia de las actuaciones. Ello, a fin de que dicho equipo brinde contención psicológica y emocional inmediata y continuar luego el abordaje posterior.

Es importante destacar, que el profesional que interviene en la instancia de asistencia psicológica inmediata no debe interrogar a la Niña o Niño sobre lo sucedido, aunque si el menor relata de manera espontánea no debe interrumpirlo, sino permitirle hablar, escucharlo y registrar textualmente lo que diga, de manera íntegra y con las palabras exactas y entrecomilladas.

En caso que la familia no cuente con los recursos afectivos para contener la situación y se haga imprescindible la toma de una medida de protección excepcional de separación del Niño, de su centro de vida o de otro tipo de medidas de protección que requieran la coordinación de diferentes efectos locales, el Órgano Local Administrativo que intervenga deberá tomar las medidas que corresponda.

1.5 Investigación Judicial

En lo que respecta a la investigación judicial, cuando la denuncia sea relatada por el Niño, Niña o Adolescente, o por el adulto acompañante, surge la necesidad de realizar la pericia física, procediéndose del siguiente modo; si no se requiere asistencia médica inmediata, la pericia se practicará en el espacio del Cuerpo Médico Forense. Desde la oficina fiscal se comunicarán con el Cuerpo Médico Forense a fin de conocer horario en que se encuentre el profesional del mismo sexo que la víctima para que se practique la pericia. Desde el Cuerpo Médico Forense en forma telefónica se entregará turno con horario preestablecido y con la mayor brevedad posible conforme a la pauta establecida en el punto anterior.

Si se requiere asistencia médica inmediata:

- El develamiento sucede en horario entre la 8 y las 20hs, el perito forense se trasladará al Hospital Notti para que reciba asistencia médica y se practique la pericia física en forma conjunta.
- El develamiento sucede en horario nocturno y se procederá a trasladar a la víctima al Hospital Notti para la recepción de la asistencia médica inmediata. El fiscal ordenará al perito de turno del cuerpo médico forense para que se traslade en forma inmediata al Nosocomio a fin de practicar la pericia médica en el mismo establecimiento. En todos los casos deberá procurarse que el forense sea del mismo sexo que la víctima.

Entrevista Preliminar:

Se realizará en forma inmediata posterior a la noticia criminis o en un plazo máximo de 48 horas desde que se conoció el hecho, ponderando el caso concreto.

La entrevista será realizada por un psicólogo del Equipo de Abuso en situaciones de Abuso Infantil. Se deberá solicitar, sin puntos, solo a fin de que los profesionales practiquen al menor un amplia entrevista preliminar y se encuentra en condiciones de

prestar declaración testimonial en Cámara Gesell, precisando asimismo demás datos de interés para la causa.

Conclusión:

Hay que tener en cuenta que “a nivel mundial según un informe de septiembre de 2016 de la Organización Mundial de la Salud (OMS) 1 de cada 5 mujeres y 1 de cada 13 varones declara haber sufrido abusos sexuales durante su infancia”¹⁵. En el mismo sentido, “el estudio Global elaborado por UNICEF en el año 2014 estima que más de 1 de cada 10 niñas sufrieron abuso sexual en su infancia”¹⁶. Estos datos, dan cuenta de que el abuso sexual representa una problemática que afecta fuertemente a la niñez y la adolescencia en todo el mundo. Los Niños se han convertido en el foco de los derechos a los fines de que a los mismos, se los proteja de manera absoluta y garantizándoles que cada decisión que los afecte será tomada en consonancia con su Interés Superior. La actuación del Poder Judicial frente a los hechos de abuso sexual a menores de edad, conlleva a un proceso penal que tiene como objetivo primordial, el descubrimiento de los supuestos hechos delictivos, toda vez que su fin inmediato, es la consecución de la verdad objetiva.

De todo lo expuesto, podemos concluir que la Cámara Gesell es un valioso instrumento dentro del proceso para reguardar la esfera más íntima del menor y sus derechos, debido a la presencia de un especialista que es en realidad el que realiza el interrogatorio, respetando su proceso evolutivo, sus limitaciones y capacidades, tratando de causarle el menor daño posible y obtener la mayor certeza y veracidad de los hechos aportando a su vez, una prueba fundamental en el proceso.

¹⁵ Documento disponible en línea: who.int/mediacentre/factsheets/fs150/es/

¹⁶ Disponible en línea: unicef.org/ecuador/ocultos_a_plena_luz.pdf

Capítulo 2: La Cámara Gesell como medio de prueba

Introducción:

En este capítulo comenzamos por dar una noción general de los conceptos y caracteres referidos a nuestro objeto de estudio. Por otro lado, haremos referencia al concepto de prueba y medio de prueba, teniendo en cuenta que los mismos son los elementos con los que cuenta el magistrado para resolver dicha causa.

Asimismo, creemos que es fundamental la comprensión de este instituto respecto a la utilidad y conveniencia de este sistema probatorio y la necesidad que tiene el acusado y su defensa, de ser notificado fehacientemente, debido a que ante la ausencia de la misma se estarían vulnerando principios que hacen a su defensa.

2.1 Concepto de Cámara Gesell y sus caracteres.

El dispositivo Gesell, fue creado por el psicólogo pediatra Arnol Gesell nacido en 1880 en Alma Wisconsin y fallecido en 1961 en Massachusetts, sacando a la luz el uso de la última tecnología en las investigaciones, utilizando para la misma los avances en video y fotografía, uso de espejos unidireccionales para la observación del comportamiento infantil, conocida por la ciencia como Cámara Gesell. Consiste principalmente en dos habitaciones separadas por un vidrio unidireccional que permite ver desde una habitación lo que ocurre en la otra, pero no viceversa. En una de ellas, se encuentra presente, el juez de la causa, su secretario, fiscal, abogado defensor y la policía, respecto a la segunda habitación, se encuentra el equipo terapéutico con la víctima que es el que dirige la entrevista y la interacción de la misma.

Arnold Gessell creó este sistema para analizar las conductas de los menores sin que éstos se sintieran presionados al relatar lo sucedido. El relato del menor debe llevarse a cabo en un ambiente físico especialmente diseñado para lograr la mayor comodidad y seguridad del mismo. Al mismo tiempo, el psicólogo especialista escucha al menor, debiendo observarse ciertos requisitos de forma previamente determinadas, para evitar su repetición y así también respetar el derecho de defensa en juicio que le asiste al acusado.

Por consiguiente, la Ley Provincial n° 6.730 no contenía una norma similar al artículo 240 bis del Código Procesal Penal de Mendoza, así mismo, rige la implementación del sistema Gesell en el ámbito de la Provincia de Mendoza, estableciendo que en caso de tratarse de víctimas de los delitos tipificados en el Código Penal, Libro Segundo, Título

III, Capítulo II, III, IV y V, y los comprendidos en el Artículo 53 de la Ley 6.354, Libro Segundo, Título Primero, Capítulo Segundo o las que en el futuro la modifiquen, que a la fecha en que se requiera su comparecencia no hayan cumplido los dieciocho (18) años de edad, debe seguirse el siguiente procedimiento:

- Los menores aludidos sólo serán entrevistados por un psicólogo o una psicóloga especialista en niños, niñas y adolescentes, y/o un psiquiatra infanto juvenil u otro profesional de disciplinas afines que cuente con la capacitación correspondiente. Los mismos serán designados por el Tribunal que ordene la medida, no pudiendo, en ningún caso ser interrogados en forma directa por dicho Tribunal o las partes.
- El mismo tendrá lugar en un gabinete acondicionado con los implementos adecuados a la edad y a la etapa evolutiva del menor.
- El profesional actuante, en el plazo que el Tribunal disponga, elevará un informe detallado de las conclusiones a las que arribe.
- A pedido de parte, o si el Tribunal lo dispone de oficio, las alternativas del acto pueden ser seguidas desde el exterior del recinto a través de vidrio espejado, micrófono, equipo de video o cualquier otro medio técnico, con 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 propuestas por las partes, así como las que surjan durante el transcurso del acto, las que serán canalizadas teniendo en cuenta las características del hecho y el estado emocional del menor.
- “En caso 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”¹⁷.

Al respecto, al integrarse el 240 bis del C.P.P.M la situación se modificó implementándose la recepción de la declaración a través de peritos psicólogos forenses mediante el empleo de la denominada Cámara Gesell.

¹⁷ Art 240 bis de la Ley 9.040 del Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza.

2.2 Concepto de prueba y medio de prueba

2.2.1 Concepto de Prueba en el proceso penal.

Nuestra Constitución Nacional garantiza que todo ciudadano imputado goza de un estado de inocencia mientras una sentencia firme no lo declare culpable. En este aspecto, notamos la importancia que reviste la prueba dentro de un proceso ya que, actúa como una garantía frente a cierta arbitrariedad del estado.

La palabra prueba contiene varias acepciones, en un sentido amplio se refiere al procedimiento para probar los hechos, es decir, “es lo que confirma o desvirtúa una hipótesis o una afirmación precedente” (Cafferata Nores y Hairabedian, 2008, pág. 3).

Por otro lado, el artículo 205 de la Ley 9.040 del Código Procesal Penal de Mendoza establece que, “todos los hechos y circunstancias relacionados con el objeto del proceso pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba, salvo las excepciones previstas por las leyes”¹⁸. Respecto al artículo citado, la actividad probatoria consiste de tres pasos. El primer paso, se determina si ha existido el hecho material denunciado, respecto al segundo paso, consiste en vincular a una persona con el hecho delictuoso y por último, el tercer paso consiste en averiguar cuál es la naturaleza de los fenómenos psíquicos que han presidido la autoría. Otra definición válida de prueba es la considerada como:

La actividad procesal de introducción de hechos presentes –medio de prueba-, realizada de oficio o por ofrecimiento de una parte, que tiende a provocar la convicción del juez, en mayor o menor grado de conocimiento, acerca de la existencia o inexistencia de una hecho pasado, o de una situación de hecho afirmada por las partes (Rubianes, 1983, pág. 210).

Por otra parte, el artículo 181 del Código Procesal Penal de Costa Rica considera que, “los elementos de prueba sólo tendrán valor si han sido obtenidos por un medio lícito e incorporados al procedimiento conforme a las disposiciones de este Código”¹⁹. A menos que favorezca al imputado:

¹⁸ Artículo 205 de la Ley 9.040 del Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza.

¹⁹ Artículo 181 del Código Procesal Penal de Costa Rica.

No podrá utilizarse información obtenida mediante tortura, maltrato, coacción, amenaza, engaño, indebida intromisión en la intimidad del domicilio, la correspondencia, las comunicaciones, los papeles y los archivos privados, ni información obtenida por otro medio que menoscabe la voluntad o viole los derechos fundamentales de las personas²⁰.

Finalmente, el artículo 207 del Código Procesal Penal dispone que, “carecen de eficacia probatoria los actos que vulneran garantías constitucionales. La ineficacia se extiende a todas aquellas pruebas que, con arreglo a las circunstancias del caso, no hubieron podido ser obtenidas sin su violación y fueran consecuencia necesaria de ella”²¹.

❖ Caracteres de la prueba penal

- Es histórica: La prueba nos acerca al conocimiento de algo pasado, de todo aquello que modifica el bien jurídico del sujeto.
- Es sustancial: Arribar al objeto de la prueba, es llegar a la certeza por parte del juez, referido a la existencia o inexistencia de un hecho.
- Es racional: Se basa en la relación de causalidad.
- Es subjetiva: La prueba penal es el resultado de un trabajo crítico y reflexivo.

❖ Principios de la prueba

- Admisibilidad: es el acto por el cual se permite el ingreso prueba. Es el principio de dar entrada a una prueba.
- Libertad: las partes y el juez deben actuar con total de libertad en la tarea de obtener todas las pruebas que sean útiles para la comprobación de la verdad, salvo que por razones de moral y orden público no puedan ser realizadas (Pintos, 2016, pág. 19)
- Pertenencia: solo se admitirá la prueba que resulte útil, idónea y pertinente para demostrar las afirmaciones controvertidas.
- Negligencia procesal: es el abandono o falta de diligencia en la tramitación del juicio. En ella pueden incurrir todas las partes intervinientes en un proceso.

²⁰ Artículo 181 del Código Procesal Penal de Costa Rica.

²¹ Artículo 207 del Código Procesal Penal de Mendoza.

- **Publicidad:** garantiza el principio de contradicción, implica que las partes deben tener igual oportunidad para conocer la prueba, participar en su producción, impugnarlas, discutir las y valorarlas.

2.2.2 Concepto de medio de prueba en el proceso penal.

Según el autor Lino Palacios (2000), “los medios de prueba son los instrumentos que permiten acreditar la existencia o no del hecho que se atribuye. Específicamente es el procedimiento establecido por la ley para lograr el ingreso al proceso penal del objeto de prueba” (pág. 210). Tengamos en cuenta que no son los jueces los que condenan o absuelven, sino las pruebas.

Para comprobar si los hechos introducidos al proceso ocurrieron realmente de la manera en que se pretende, depende de la reconstrucción que de esos hechos se haga y esto se logra a través de la prueba, teniendo en cuenta que la misma se llevará a lograr la convicción necesaria en el juzgador. Los medios de prueba aparecen como el procedimiento establecido por la ley, para ingresar el elemento de prueba al proceso.

Ésta actividad probatoria, se lleva a cabo mediante una serie de instrumentos denominados medios de prueba. Al respecto podemos mencionar los más comunes, entre ellos:

- **Pericial:** a través de este medio, se intenta ingresar al proceso un dictamen fundado en especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos que resulta esencial para descubrir la verdad de los hechos.

Al respecto, el perito es el auxiliar de la justicia que en el ejercicio de una función pública o de su actividad privada es llamado a emitir parecer o dictamen sobre puntos relativos a su ciencia y arte o práctica, asesorando a los jueces en las materias ajenas a la competencia de éstos (Couture, 1976).

- **Testimonial:** es la declaración de una persona física denominada testigo, cuando la misma, es sospechada por el mismo delito siempre realizada dentro del proceso. Haremos mención a algunas características de (Cafferata Nores y Hairabedian, 2008):

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

2.3 Utilidad y conveniencia del sistema Gesell.

La Cámara Gesell como medio de prueba, logra recibir el testimonio del menor cumpliendo una tarea fundamental otorgando el cuidado y protección necesaria no sólo a las víctimas del hecho delictivo, sino también a los testigos, dado que, de otro manera no se podría obtener la verdad si no a través de toda la información que pueda brindar el menor.

El motivo fundamental de este sistema, es evitar o disminuir la victimización secundaria dado que, existe victimización secundaria, cuando el menor revive toda la experiencia traumática que implica el abuso sexual debido a que su integridad física y psíquica se ven tan afectadas, que resulta imperiosa la necesidad de actuar siempre en protección de las menores víctimas. Por otra parte, existe la llamada victimización primaria, que consiste en el daño directo que sufre la víctima, producto del delito.

Cabe aclarar, que ante el hecho delictivo la víctima o testigo suelen atravesar por muchas dificultades, por ejemplo, cuando se lo somete a múltiples interrogatorios o se les toma declaración en una sala que no es ni adecuada ni acorde para el mismo. Todo esto contribuye a que el damnificado viva efectos negativos apareciendo sentimientos de vergüenza o humillación en los menores. Respecto a tales situaciones, comprendemos que es inevitable el uso de este sistema para la protección de los mismos.

Muchas veces los menores abusados experimentan un sometimiento corporal tan humillante y degradante que generalmente se ven acompañado de amenazas para no revelar lo sucedido ya que, dichas amenazas darían como resultado la muerte de la propia víctima. Por lo tanto, según el Código Procesal Penal de Mendoza aclara que:

Es importante obtener toda la información que pueda brindar el menor para el develamiento del hecho, es por ello que la Cámara Gesell cumple su rol brindando protección dentro de un ambiente adecuado y completamente acondicionado para lograr la mayor protección que necesitan los Niños²².

Cabe aclarar, que el artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño, nos explica que “más allá del daño físico y psíquico que padecen los menores, también afecta la vida y su desarrollo social por ello es conveniente la implementación de este medio de prueba que tiene como objetivo principal la protección del menor”²³.

2.4 Beneficios para la víctima menor de edad

Como venimos describiendo en el presente trabajo, el abuso sexual perpetrado en los menores de edad deja huellas imborrables de por vida en cada una de las víctimas, tengamos en cuenta que el abuso no sólo afecta a la integridad física del infante, sino también su estado psicológico y su vida social.

Asimismo, la Cámara Gesell cumple una función específica tratando de disminuir o evitar la llamada victimización secundaria. Asimismo, el artículo 240 inc. a) del Código Procesal Penal de Mendoza establece que:

²² Artículo 240 bis inc. b) del Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza.

²³ Artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño.

El objetivo de esta herramienta procesal es brindar a la víctima o testigo, un ambiente acondicionado y adecuado para que el menor al momento de declarar se sienta en confianza y seguro. Esta seguridad, proviene de entrevistas por psicólogos especialistas en Niños Niñas y Adolescentes o psiquiatras especialistas en infarto juvenil u otros profesionales de disciplinas a fines, con la capacitación correspondiente²⁴.

Con respecto a la habitación en la que se llevará a cabo la entrevista, la misma deberá estar completamente equipada con equipos de video y audio para que el menor no perciba la presencia de las otras partes intervinientes en el proceso. En varias oportunidades, se tiene en cuenta la edad de la víctima para decorar la sala con elementos o dibujos infantiles que sean adecuados para dicha recepción. Todo esto, conlleva a lograr obtener la confianza del menor para así obtener el tan deseado testimonio. Se trata de lograr un clima adecuado, de distensión y confianza entre el especialista y la víctima y luego recibir el relato de forma espontánea.

Cabe agregar, que por más que el menor de edad se encuentre en una situación especial y se le brinde todas las medidas de seguridad y comodidad para lograr el testimonio, no por tal motivo se estaría vulnerando el derecho de defensa que le asiste a la persona imputada, dado que este podrá realizar un seguimiento de todo lo que ocurre dentro del recinto, a través de los equipos tecnológicos puesto a disposición de ambas partes.

2.5 Necesidad de notificar al imputado

En lo que respecta a la Cámara Gesell, cada vez que se lleva a cabo su realización resulta como requisito indispensable la necesidad que tiene el imputado de ser fehacientemente notificado de dicho procedimiento. Tal notificación, deberá ser practicada con una antelación suficiente al domicilio real del imputado, resultando así, que este sujeto de derechos y garantías pueda ejercer adecuadamente su derecho de defensa en juicio, haciéndole saber junto con la notificación pertinente, quién ha de ser el profesional interviniente. Cabe aclarar, que el Pacto de San José de Costa Rica establece en su art. 8 que:

²⁴ Artículo 240 bis inc. a) del Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza.

Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un Juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustentación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligación de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter²⁵.

El imputado es un sujeto dentro del proceso, y por ende resulta ser titular indiscutible del derecho más esencial como es la libertad.

Por lo tanto, dicha notificación deberá ser efectuada por lo menos con 48 horas de anticipación a todas las partes que intervienen en el proceso, para que las mismas realicen la guía de preguntas pertinentes sin perjuicio de ser ampliadas en el mencionado acto probatorio, de modo que la imputación que pesa en contra de la persona acusada, debe ser puesta en conocimiento por más no existan consideraciones acerca de su culpabilidad del sujeto sospechoso. Por otra parte, tal notificación se relaciona con el principio de inmediatez de la prueba, por lo que el Dr. Herrera (2017), nos explica que:

No basta con la notificación formal a un Defensor Público Oficial, sino que además debe brindársele efectivamente al imputado la posibilidad de preguntar, contra preguntar y de ofrecer un asesor técnico de parte que participe en las distintas entrevistas y test a realizar a la presunta víctima, entre otras medidas (pág. 11).

Cabe aclarar que, el acusado y su defensor tienen el derecho de seguir en cualquier momento del proceso, todo lo que ocurre dentro de la sala Gesell, siempre y cuando la parte acusada haya sido debidamente notificada.

Conclusión:

El sistema Gesell, constituye en el sistema procesal un medio de prueba a los efectos de tornar efectiva la Convención Sobre los Derechos del Niño, comprometiéndose a

²⁵ Pacto de San José de Costa Rica, art. 8

asegurar a los todos Niños, la protección y cuidado que sean necesarios para su bienestar. Esto compone un gran avance en la victimización secundaria que pueda llegar a padecer el infante, ya que su función es evitar que los menores declaren frente a un estrado judicial.

Por otra parte, en lo que respecta a necesidad que tiene el acusado de ser notificado al momento realizarse la Cámara Gesell, es de fundamental importancia, dado que por el contrario, y ante la ausencia de la misma, este mecanismo vulneraría los derechos que tiene el acusado para defenderse, de allí que no alcanza con la mera notificación a tales defensores de ausentes, para salvar las formas, sino que resulta ineludible que se le garantice al imputado la posibilidad cierta y efectiva de que su defensor y su asesor técnico puedan participar activamente en la formulación de preguntas.

Si bien hemos advertido la gran importancia que reviste este sistema probatorio y durante todo el capítulo mostramos la utilidad y conveniencia del sistema Gesell y los beneficios que genera para la víctima, no por eso hay que desconocer los derechos que le asisten a la persona acusada, quien goza de inocencia hasta que una sentencia firme no lo declare culpable, así mismo, el acusado debe gozar de todas las garantías constitucionales que hacen a su defensa.

Capítulo 3: La Cámara Gesell y las garantías del debido proceso

Introducción:

En este capítulo, analizamos cómo la Cámara Gesell y sus múltiples aspectos pueden repercutir sobre ciertas garantías constitucionales cuando no se cumplen con ciertos requisitos de forma, haciendo referencia al principio de inocencia, debido proceso, principio contradictorio, juez natural, entre otros, generando de esta manera, varias posiciones enfrentadas respecto a su constitucionalidad.

3.1 Concepto de “debido proceso”

El artículo 18 de nuestra Constitución Nacional expresa que, “ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo, fundado en ley anterior al hecho del proceso”²⁶. La exigencia del juicio previo, impone la necesidad de la existencia de una sentencia firme y fundada en una ley anterior al hecho que se lo acusa para condenar a una persona. Por otra parte, la garantía de juicio previo, es una limitación objetiva al poder penal del Estado, desde el punto de vista concreto del artículo 18 de la Constitución, y a la vez, una limitación subjetiva al ejercicio de ese poder, siendo el juez el único funcionario habilitado para llevarlo adelante.

Siguiendo las palabras de Linares (1970) “la garantía del Debido Proceso tiene su origen en el derecho inglés” (pág. 15). Según este autor, dicha garantía puede clasificarse en dos fases, en primer lugar, decimos que el debido proceso en su faz procesal se manifiesta como un conjunto de reglas y procedimientos tradicionales que el legislador y el juez deben observar cuando se regula jurídicamente la conducta de un individuo. Aclaremos la palabra tradicionales, porque puntualmente el sistema Gesell lo que hace es introducir al sistema procesal un novedoso medio de prueba, en segundo lugar, decimos que el debido proceso en su faz sustantiva es un patrón para determinar hasta donde la ley puede restringir el ejercicio del derecho a la libertad que tiene todo individuo (Linares, 1945).

Lo que se entiende por debido proceso, es justamente todas aquellas garantías fundamentales para procesar adecuadamente a una persona. El mismo, se encuentra

²⁶ Artículo 1 de la Ley 9.040 del Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza.

contemplado en nuestra Constitución Nacional en los artículos 33, 34, 36, 37, 38. En dichos artículos, encontramos las condiciones que se les debe garantizar a aquellas personas que tengan una acusación penal en su contra.

Para conocer si una persona resulta culpable o no de un hecho ilícito, primero se deben atravesar distintas etapas judiciales que en su conjunto se denomina Proceso. Esto refiere a un conjunto de seguimientos cuya finalidad será una sentencia. Dicho proceso, debe estar compuesto de ciertas garantías que aseguren al imputado su dignidad como persona y su derecho de defensa en juicio. Asimismo, se consagró que con el debido proceso se intenta proteger los principios supremos que se exigen en todo Estado de Derecho (Gozaini, 1988).

Por todo lo dicho anteriormente, el autor mencionado nos explica que con el Debido Proceso no se trata de cumplir cualquier trámite o de dar la apariencia ordenada y simplista de procedimientos reglados, sino de garantizar que no se prive a ningún individuo de la oportuna tutela de sus derechos fundamentales y que la sentencia que se dicte, en base a un proceso, sea fundada y en fiel cumplimiento de los principios supremos que son exigidos en un Estado de Derecho (Gozaini, 1988).

Al respecto, mencionaremos las garantías mínimas que establece nuestro Código Procesal Penal de la Nación:

- Que tal hecho por el cual se llega a un proceso, “el mismo deberá estar tipificado como delito, ya que según el principio de legalidad, regula que nadie puede ser penado por un hecho que no esté previamente tipificado como delito en la Ley”²⁷.
- Es completamente inconstitucional la detención arbitraria, dado que, “ningún habitante de la Nación puede ser detenido sin una orden escrita emanada de un juez competente”²⁸.
- “Que dicho proceso sea efectuado ante un tribunal a cargo de jueces independientes e imparciales”²⁹.
- “Hasta que una sentencia firme no declare culpable al procesado, el mismo deberá declararse inocente”³⁰.
- “Que el procesado no haya sido perseguido dos veces por el mismo hecho”³¹.

²⁷ Artículo 19 de la Constitución Nacional.

²⁸ Artículo 256 del Código Procesal Penal de la Nación.

²⁹ Artículo 11 del Código Procesal de la Nación

³⁰ Artículo 1 de la Ley 14.589.

³¹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Artículo 14.7

Por otra parte, este principio de raigambre Constitucional, se encuentra consagrado en instrumentos internacionales de muy elevada entidad, incorporados a nuestra Constitución Nacional con la reforma de 1994, por ejemplo:

La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su art. 10 dispone que: toda persona tiene Derecho en condiciones de plena igualdad a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial para la determinación de sus Derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia Penal³².

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, señala en su art. 26 que, “toda persona acusada de delito tiene el derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por Tribunales anteriores establecidos de acuerdo con leyes preexistentes”³³. Por otra parte, el Pacto de San José de Costa Rica, establece en su art. 8 que:

Toda persona tiene Derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un Juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustentación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus Derechos y obligación de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter³⁴.

Asimismo, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, dispone en su art. 14 que:

Toda persona tendrá derecho hacer oída públicamente con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido por la ley en

³² Declaración Universal de los Derechos Humanos art. 10.

³³ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre art. 26.

³⁴ Pacto de San José de Costa Rica, establece en su art. 8.

la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o por la determinación de sus derechos y obligaciones de carácter civil³⁵.

El Pacto de San José de Costa Rica textualmente dice en su artículo 8 que:

Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, estableciendo con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier carácter³⁶.

Por otro lado, la Constitución de la Provincia de Mendoza, expresamente establece en su artículo 25 que, nadie puede ser condenado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho por que se le procesa, ni juzgado por comisiones o tribunales especiales, cualquiera que sea la denominación que se les dé³⁷. En palabras del Dr. Sosa Arditi (2018):

El juicio previo debe ser llevado a cabo mediante una estructura legal anteriormente establecida que debe cumplir con los requisitos sustanciales que la misma Constitución establece. Debe ser un conjunto de pasos predeterminados en donde se establezca claramente cuál es el modo de actuar. No puede ser una indicación genérica que permita que ese vacío sea llenado por algún tipo de discrecionalidad. El juicio debe ser llevado a cabo, cumpliendo acabadamente los pasos de un proceso establecido con anterioridad (pág. 41).

Presunción de inocencia:

En lo que respecta al principio de inocencia, se encuentra el origen de ésta garantía en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, mostrando una reacción contra el sistema procesal existente con anterioridad a la Revolución Francesa. Allí, se

³⁵ Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos art. 14.

³⁶ Pacto San José de Costa Rica artículo 8 (Garantías judiciales).

³⁷ Constitución de la Provincia de Mendoza, artículo 25.

estableció que “presumiéndose inocente a todo hombre hasta que haya sido declarado culpable, si se juzga indispensable juzgarlo todo rigor que no sea necesario para asegurar a su persona debe ser severamente reprimido por esta ley”³⁸.

Surge expresamente de los artículos 18 y 75 inc 22 de la Constitución Nacional, que ningún habitante del territorio Argentino puede ser considerado culpable si no existe un juicio previo que declare su culpabilidad. Asimismo, mientras no se dicte una sentencia condenatoria firme, regirá el estado de inocencia, no la presunción de la misma sino de un verdadero estado jurídico, ya que ante la existencia de una presunción sin que exista una sentencia firme, estaríamos ante una incompatibilidad con las medidas de coerción personal de la persona acusada. Asimismo, Vélez Mariconde (1986) afirma que “no se establece una presunción de inocencia, si fuera así, quizá no podría concebirse la coerción personal del imputado, que se basa en una presunción contraria” (pág. 325).

Según la declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 11 punto 1° dice que: “Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le han asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”³⁹.

Por consiguiente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable⁴⁰. Si bien es aplicable a cualquier tipo de proceso, esta garantía pesa más sobre el derecho penal, ya que desde el punto de vista del imputado, el anhelo más grande es liberarse de esa sospecha que pesa sobre sí, y que indefectiblemente genera restricciones a otros derechos personales.

Si bien es un derecho complicado de determinar en cuanto a su violación o no, debemos entender que se vulnera, cuando se proporciona una mala administración de justicia o funcionamiento irregular e irrazonable por parte de los órganos que imparten justicia.

3.2 La Cámara Gesell y el principio del contradictorio en el proceso penal

³⁸ Declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano, art. 9.

³⁹ Declaración de los Derechos Humanos, artículo 11.

⁴⁰ Declaración de los Derechos Humanos, artículo 8.

Hablando de un tema tan amplio y delicado como es el principio de defensa, ahora nos introduciremos en un aspecto más específico del mismo como lo es el principio contradictorio que según explica Olmedo (1982), significa “la garantía formal para un fallo legítimamente pronunciado; la posibilidad de contestar las afirmaciones de la contraparte; control de la producción de las prueba” (pág. 79).

Así lo establece el artículo 1 del Código Procesal Penal que, “reconoce como principio rector de la justicia penal que, toda persona tenga derecho a un juicio previo, oral, público y contradictorio”⁴¹.

Como expresa Cafferata Nores (1998), “el sistema constitucional pretende que el conocimiento que se exige al tribunal para poder decidir la imposición de una pena, no sea fruto de su indagación unilateral” (pág. 162). Se entiende que el principio contradictorio tiene como base la plena igualdad de las partes en todo proceso judicial.

Lo anterior expuesto, nos permite señalar lo establecido por el artículo 7 de la Constitución de la Provincia de Mendoza, reconociendo que, todos los habitantes de la Provincia son iguales ante la ley y ésta debe ser una misma para todos y tener una acción y fuerza uniformes⁴². Asimismo, el artículo 6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que, “todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”⁴³. Al mismo tiempo, la Declaración de los Derechos Humanos dice en su artículo 7, “todos son iguales ante la ley y tienen sin distinción, un derecho a igual protección de la ley”⁴⁴.

El principio contradictorio, refiere a todas las posibilidades que tienen ambas partes de cuestionar e interrogar todo lo que resulte influenciado antes de que la autoridad competente dicte sentencia resultando eventualmente, perjudicial a sus pretensiones. Por tal motivo, respecto al uso de este sistema probatorio, se le debe permitir al imputado y a su defensor, presenciar toda la entrevista, formular preguntas que consideren pertinentes y cuestionar cualquier acto, aspecto, presentar pruebas, alegarlas o impugnarlas. Esto presupone la igualdad de las partes, tanto de la acusación y de la defensa dentro de un proceso. Como señala Bidart Campos (2005), conforme al principio de contradicción:

⁴¹ Artículo 1 de la Ley 6.730 del Código Procesal Penal de Mendoza.

⁴² Artículo 7 de la Constitución de la Provincia de Mendoza.

⁴³ Artículo 6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

⁴⁴ Artículo 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Cada parte debe tener conocimiento de la pretensión de su opuesta, debe gozar del derecho de defensa, y debe poder controlar los actos procesales propios y ajenos, dado que en general, cada parte debe tener la ocasión suficiente de participación útil en el proceso (pág. 328).

Este principio que venimos analizando, además de constituir un derecho fundamental para el imputado, el mismo, también es aplicable al uso de su defensa en juicio. Por otro lado, es considerado un importante método para el descubrimiento de la verdad, respecto de los hechos que constituyen el objeto de la acusación y la condena.

3.3 Cámara Gesell y garantía de Juez Natural

“Para ser buen juez primero hay que ser decente, luego valeroso, pero lo fundamental es tener sentido común, y si además sabe de derecho mucho mejor”.

Barón de Montesquieu.

El artículo 18 de la Constitución Nacional enuncia que, “ningún habitante de la Nación puede ser juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa”⁴⁵.

Luego de la incorporación a la Constitución Nacional en el año 1994, de los principales Tratados sobre Derechos Humanos, situándolos a su mismo nivel, puede hablarse de un nuevo sistema constitucional, integrado por disposiciones de igual jerarquía, tanto a nivel nacional como internacional, que se complementan y retroalimentan formando un plexo axiológico y jurídico de máxima jerarquía (Bidart Campos G. , 1995), al que tendrá que subordinarse toda la legislación sustancial o procesal que deberá ser dictada en su consecuencia.

Asimismo, dicha garantía se encuentra consagrada en el artículo 3 del Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza, donde dispone que, nadie podrá ser juzgado por jueces designados especialmente para el caso. “La potestad de aplicar la ley penal, corresponderá sólo a los tribunales, instituidos conforme a la Constitución y la Ley”⁴⁶. El Dr. Sosa Arditi

⁴⁵ Artículo 18 de la Constitución Nacional.

⁴⁶ Artículo 3 del Código Procesal Penal de Mendoza.

(2018) nos explica que “la transcendencia e importancia del juez natural en el proceso es innegable y vemos que no solo está reconocida sino requerida en los Pactos Internacionales incorporados a la Constitución” (pág. 50).

La Convención Americana sobre Derechos Humanos-Pacto de San José de Costa Rica, establece en su art. 8 que:

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la Ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada en contra ella⁴⁷.

Por otro lado el artículo 206 del Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza dispone que, “las pruebas obtenidas durante el proceso serán valoradas con arreglo a la sana crítica”⁴⁸. Cada prueba tiene su propio poder de convicción, según las circunstancias y características. El valor de cada una, en un determinado proceso, se lo dará la jurisdicción que las analizará a la luz de la sana crítica. Las herramientas de su análisis deben ser la lógica y el sentido común.

El juez natural, es una auténtica garantía para el justiciable a la que refiere nuestra Constitución, tanto al órgano institución jurisdiccional, como al órgano individuo, encargado de juzgar el delito imputado, el cual, debe estar dotado de competencia, independencia, imparcialidad y estar establecido con anterioridad por la ley. La observancia del derecho al juez natural, es inherente al Estado de derecho en un régimen democrático de gobierno, por cuanto es un requisito fundamental para el debido proceso, entendido éste, bajo la noción de que debe nutrirse, de contenidos mínimos, que hagan sentir al justiciable, la concreción de sus derechos, dado que lo contrario, convertiría a dicha garantía, en un concepto vacío de contenidos y de ineficaz consagración.

Existe imposibilidad de constituirlo post-factum, porque el principio del juez natural que recepta nuestro ordenamiento constitucional, exige la constitución del tribunal y la designación del juez competente, de conformidad con la ley vigente, previa a la existencia del hecho que configura el conflicto entre la sociedad y el individuo. Así el art. 18 de la

⁴⁷ Artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos-Pacto de San José de Costa Rica.

⁴⁸ Artículo 206 del Código Procesal penal de Mendoza.

C.N, brinda como garantías, entre otras, reprobándolo por resultar contrario a sus disposiciones el ser sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa.

Por otra parte, el art. 1 del Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza, establece que, “nadie podrá ser juzgado por otros jueces que los designados de acuerdo a la Constitución de la Provincia y competentes según las leyes reglamentarias”⁴⁹, con la primera parte de la cláusula, se estableció el principio, de que nadie puede ser juzgado por comisiones especiales al margen del Poder Judicial, con la segunda se ha reforzado el principio, eliminando la posibilidad de que se viole indirectamente esta prohibición, mediante la remisión de un caso particular, al conocimiento de Tribunales a quienes la ley, no les ha conferido jurisdicción para conocer en general, de la materia de la que versa.

Tomando las palabras de Vélez Mariconde (1986) podemos concluir de que:

No se trata de un convencimiento íntimo o inmotivado, sino de un convencimiento lógico y motivado, racional y controlable, que se basa en elementos probatorios objetivos, de vida inocultable, que se reflejan en la conciencia del juzgador, para dar origen al estado psíquico en que él se encuentra al dictar el proveído (pág. 363).

El Órgano Judicial debe presentar cuatro caracteres indispensables:

- “Competencia o la aptitud que la ley le confiere para ejercer su jurisdicción en un caso concreto⁵⁰.”
- Independencia, implica que no se encuentre subordinado a ninguna de las partes del proceso”⁵¹.
- Imparcialidad, el Juez es un tercero neutral para decidir el proceso con objetividad.
- Establecido con anterioridad por la Ley, debe haber sido designado previamente al hecho que motiva el proceso, de acuerdo al mecanismo constitucional para su nombramiento.

⁴⁹ Artículo 1 del Código Procesal Penal de Mendoza.

⁵⁰ Artículo 145 de la Constitución de La Provincia de Mendoza.

⁵¹ Artículo 114 de la Constitución Nacional.

Por aplicación de este principio, ni el Poder Ejecutivo ni el Legislativo pueden formar comisiones especiales para que juzguen y sentencien a las personas, como tampoco puede el Poder Judicial delegar en comisiones especiales posteriores al hecho, su atribución de impartir justicia.

En este caso particular, al efectuarse la Cámara Gesell, no nos encontramos frente a la ausencia del juez ni mucho menos, sino que éste delega en un personal especializado en la temática encargado de entrevistar al menor de edad víctima de un abuso sexual debido a que el psicólogo o psiquiatra en su caso, son personas más idóneas para llevar a cabo dicho testimonio. Tengamos en cuenta que este sistema probatorio garantiza los derechos y garantías de los Niños, Niñas y Adolescentes.

3.4 Facultades que conserva el imputado

En lo que respecta a las facultades que conserva el imputado, el artículo 7 de la Ley 9.040 del Código Procesal Penal de Mendoza regula que, toda autoridad que intervenga en los actos iniciales de investigación deberá velar porque el imputado conozca inmediatamente los derechos que para su defensa consagran las leyes, la Constitución de la Provincia de Mendoza y de la Nación Argentina. Desde el primer momento de la persecución penal y hasta el fin de la ejecución de la sentencia, el imputado tendrá derecho a la asistencia y defensa técnica letrada. Para tales efectos, podrá elegir a un defensor de su confianza, pero, de no hacerlo, se le asignará el Defensor de Pobres y Ausentes. Se entenderá por primer acto del procedimiento “cualquier actuación, judicial o policial, que señale a una persona como posible partícipe o autor de un hecho punible”⁵².

Este artículo establece las garantías de que goza el imputado y demos dividir su contenido en tres partes. El primer párrafo, se encuentra receptado por artículo 12 del Código Procesal Penal de Costa Rica, que establece que, cuando el imputado esté privado de libertad, el encargado de custodiarlo transmitirá al tribunal las peticiones u observaciones que aquel formule, dentro de las doce horas siguientes a que se le presenten y le facilitará la comunicación con el defensor. “Toda autoridad que intervenga en los actos iniciales de la investigación deberá velar porque el imputado conozca

⁵² Artículo 7 de la Ley 9.040 del Código Procesal Penal de Mendoza.

inmediatamente los derechos que, en esa condición, prevén la Constitución, el Derecho Internacional y el Comunitario vigentes en Costa Rica y esta ley”⁵³.

En el segundo párrafo, se establece el derecho que tiene todo imputado de contar desde el primer momento de la prosecución penal, pudiendo elegir para ello un defensor de confianza o bien un abogado de Pobres y Ausentes.

En el tercer párrafo, tiene su fuente en el artículo 13 del Código Procesal Penal de Costa Rica, ya que el mismo establece con claridad a partir de cuándo rige el derecho a la asistencia técnica. En este apartado se establece que ello “deberá ser a partir de cualquier acto judicial o policial que señale a una persona como posible partícipe o autor de un hecho punible”⁵⁴.

Por otra parte, la Declaración Universal de los Derechos Humanos dice en su artículo 11 que:

Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa⁵⁵.

Tengamos en cuenta, que la función principal de la Cámara Gesell es evitar o disminuir la victimización secundaria del infante o adolescente, pero siempre teniendo sumamente cuidado en que no se afecte el derecho de defensa que le asiste a la persona imputada, debido a que por más cuidado y protección que se les brinde a los menores, en ningún caso se le debe restringir al presunto imputado la facultad de realizar el seguimiento integro de la declaración del damnificado.

Por este motivo, la Cámara Gesell debe estar totalmente equipada y preparada con todos los aparatos de sonido y video, para que tanto la parte acusada como el juez y demás intervinientes puedan seguir y controlar la declaración de la víctima o testigo de un delito contra la integridad sexual.

⁵³ Artículo 12 del Código Procesal Penal de Costa Rica

⁵⁴ Artículo 13 del Código Procesal Penal de Costa Rica

⁵⁵ Artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

En concreto, se le reconoce al imputado el derecho a intervenir en el proceso en todo momento, de probar y de argumentar dentro del mismo, por sí o por medio de su abogado defensor.

Finalmente, podemos comprender que el derecho a la defensa en juicio se verá vulnerado cuando: se niegue la asistencia de un abogado al imputado, se impida al abogado comunicarse con su defendido, se realicen las notificaciones con retraso, se niegue el acceso al expediente o a las diligencias vinculadas al proceso, se obstaculicen los esfuerzos de la defensa para identificar, ubicar y obtener la comparecencia de testigos.

3.5 Doctrina a favor de su constitucionalidad

En cuanto a la aparición del sistema Gesell, creado para la recepción del testimonio en Niños, Niñas y Adolescentes, nos explica que se han oído voces en contra de ésta herramienta procesal, cuestionando la validez de la misma, respecto a su constitucionalidad por considerarlo violatorio de ciertas garantías constitucionales, como la defensa en juicio. Esto lleva a que nuestro ordenamiento pretendió adecuarse al bloque de legalidad, reglamentando el Interés Superior del Niño (Romero, 2011).

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

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

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

- En primer lugar, en ningún caso se priva al Niño de su derecho a ser oído, ya que el artículo 2 de la Ley 26.061 establece que “las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos”⁵⁶.
- Además, el hecho de que no declare en las mismas condiciones que los acusados, no significa que se lo discrimina sino que estamos en presencia de una persona menores de edad con necesidades y cuidados especiales. Por otro lado, cabe agregar que el niño participa plenamente en toda actividad judicial, adentrándose de un modo adecuado respecto a su condición de tal (Romero, 2011).
- En segundo lugar, no se ve vulnerado el derecho de defensa en juicio, ni las posibilidades que tienen las partes del control de las pruebas, toda vez que el defensor puede seguir las alternativas del acto desde el exterior del recinto, y el magistrado puede al mismo tiempo hacer saber al profesional a cargo todas las inquietudes propuestas por las partes. Aquí resulta relevante el principio contradictorio.
- Por otro lado, tampoco se ve afectado el principio de inmediatez ni el de juez natural, ya que, el mismo sigue controlando el interrogatorio, sólo que lo hace a través de personas interpuestas con conocimientos especiales en la temática.
- Los menores de edad, según Parames (2005), “padecen temores al momento de testificar en un ambiente tan intimidatorio como es un tribunal y más cuando es realizada por personas que no son expertas en salud mental. La intervención de un especialista tiende a reducir ese riesgo” (pág. 1595).

Conclusión:

Cabe aclarar, que todos los principios que venimos analizando, son propios de una sociedad libre, y por lo tanto todos los derechos universales y constitucionales deben ser

⁵⁶Artículo 3 de la Ley 26.061 Ley de protección integral de los derechos de las Niñas, Niños o Adolescente.

respetados y resguardados, específicamente en materia penal, ya que dichos principios buscan la protección de todo sujeto de derecho, encontrándose vulnerado en muchas oportunidades uno de los derechos más valioso que puede tener una persona, la libertad.

La Cámara Gesell como herramienta procesal no afecta el principio de inmediatez, dado que, si bien el juez no es quien lleva adelante la entrevista, es él quien designa al psicólogo especialista en Niños y Adolescentes. Pese al error procesal de que sea el juez quien interroge al menor, debemos aclarar que es el director exclusivo del proceso, por lo tanto puede formular todas las preguntas necesarias.

Comprendemos, que más allá de la situación especial que padecen los menores, por la cual, se les brinda toda la protección, comodidad y cuidado a su persona, no por eso se estaría vulnerando el derecho de defensa que le asiste al imputado dado que, éste y su defensor tienen el derecho de seguir en cualquier momento, todo lo que ocurre dentro del recinto, siempre y cuando la parte acusada haya sido notificada con antelación suficiente al hecho que se lo acusa, y en lo que respecta a la realización de la nombrada Cámara Gesell.

Capítulo 4: Posturas Jurisprudenciales sobre la Cámara Gesell

Introducción:

En este último capítulo, analizamos y comentamos algunos fallos relevantes que se han pronunciado y que constituyen hoy en día importantes precedentes en lo que se refiere a éste novedoso sistema probatorio.

4.1 Tribunal Oral en lo Criminal N°28 de la Capital Federal Causa N°12.135 –Sala II-“BRAVO MAMANI, Richard Wilfredo s/recurso de casación.

En el presente fallo, con invocación del motivo formal del art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación, que establece: el recurrente planteó en primer término la nulidad de la declaración de la damnificada en la Cámara Gesell, en razón de que no fue notificada la defensa sobre la realización del acto. En consecuencia, la Cámara de Casación Penal, rechazó el pedido de nulidad de la defensa, liderando, que no corresponde que la declaración de la Niña en Cámara Gesell sea nula por la falta de notificación al imputado de su realización. Por otro lado, la autoridad competente expresó que para que proceda la declaración de nulidad de un acto procesal, debe existir un perjuicio concreto.

De lo antes expuesto, si bien no encontramos a nivel Nacional o Provincial, una norma que exprese la necesidad y urgencia que tiene toda persona acusada de delito, de ser debidamente notificada en un plazo razonable, a fin de llevar a cabo toda la preparación para su defensa, respecto a la realización que se lleve a cabo en Cámara Gesell para recepción del testimonio del infante, aclarando también, que no sólo se deberá notificar al imputado y a su defensa, sino a todas las partes que intervienen en el proceso, para que las mismas, puedan efectuar todas las preguntas pertinentes, sin perjuicio de extenderlas en el acto probatorio.

Como hemos aclarado, el imputado también es parte en el proceso penal, más específicamente es un sujeto pasivo dentro del mismo, por lo que cuenta con plena capacidad para ser titular de derechos y obligaciones procesales. El acusado de dicho hecho, resulta ser el titular del derecho más esencial que debe hacerse valer y respetar en una sociedad democrática, como es la libertad.

Nuestra Constitución Nacional, recepta en su artículo 33 que “las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución Nacional, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumeradas, pero que nacen del principio de

soberanía del pueblo de forma republicana”⁵⁷. Debido a esto, es de suma importancia dicha notificación, dado que, independientemente de que no exista una norma que exprese la obligatoriedad de la misma, resulta ilógico que se lleve a cabo un procedimiento penal, a espaldas de la persona que se le acusa sin tener la posibilidad con antelación suficiente, hacer valer su derecho de defensa.

Tal notificación, también se encuentra relacionada con el principio de inmediatez de la prueba, por lo que se considera que no resulta suficiente con la notificación formal a un defensor público oficial, sino que además se le debe brindar al imputado la posibilidad de preguntar y contra-preguntar.

Uno de los tratados de elevada entidad, es la Convención de los Derechos Humanos, que recepta en su artículo n° 10 que, “toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”⁵⁸.

Asimismo, cabe acotar que corresponde notificar al imputado de dicho hecho, quién ha de ser el profesional de la salud que ha de intervenir en la Cámara Gesell, dado que éste sujeto podría estar comprendido en una causal de recusación desconocida.

Como se indica arriba, lo propuesto refiere a la necesidad de que se garantice la mayor transparencia posible de todas las actuaciones en contra de la persona acusada, a fin de hacer efectivo su derecho de defensa.

4.2 Tribunal Superior de Justicia de Buenos Aires, Cámara de Crimen sala IV, autos “B.R.A. inconstitucionalidad del art 250 bis CPPN”.

En el siguiente fallo⁵⁹, se presentó un planteo de inconstitucionalidad ante la Cámara de Crimen, ya que la misma, consideraba que este sistema vulneraba la garantía del juez natural al delegar la manipulación de los Niños en un técnico, como también la defensa en juicio, ya que entiende que el juez y los demás auxiliares del proceso, se convierten en meros espectadores de dicho acto.

⁵⁷ Constitución Nacional artículo 33.

⁵⁸ Declaración Universal de los Derechos Humanos.

⁵⁹ TSJ de Bs. As., Cámara de Crimen sala IV, autos “B.R.A. inconstitucionalidad del art 250 bis CPPN”.

Los integrantes de la sala IV de la Cámara del Crimen de la Provincia de Buenos Aires, descartaron que a través de la norma cuestionada, se vulnere la garantía del juez natural y que la misma introdujo en el sistema procesal penal un sistema con miras de hacer efectivo el cumplimiento del artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Dentro de dicho marco normativo se afirma que:

- En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño
- Los Estados Partes 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.
- 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 adecuada⁶⁰.

El artículo citado, nos permite enfatizar la relevancia de la Declaración de los Derechos del Niño, debido a que este fue el punto de partida para que los países desarrollaran estatutos y directrices orientadas en que se promueva la protección de estos dentro del seno familiar y de allí a la sociedad. Además, el interés del niño por el Estado es fundamental para determinar el rol que tiene el mismo con el niño, logrando así que este también conozca sus derechos y deberes dentro de la sociedad de la cual forma parte.

Dicho principio rector se ha constituido como el principal en materia de derechos del Niño. Se originó a raíz de la Convención de los Derechos del Niño y fue receptado en nuestro ordenamiento jurídico Nacional.

⁶⁰ Artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño.

Como consecuencia de ello, los derechos del Niño se han ido incrementando a los fines de dar cumplimiento a los lineamientos internacionales, y extendiendo la protección, de manera tal que la niñez y adolescencia goce de los máximos derechos que la normativa les garantiza. A razón de ello, los menores se han convertido en el foco de los derechos a los fines de que a los mismos se los proteja de manera absoluta y garantizándoles que cada decisión que los afecte, será tomada en consonancia con su interés superior. Por tales motivos, el tribunal entendió que el planteo formulado por la defensa no resiste mayor análisis y confirmó el fallo de primera instancia.

En la resolución los jueces del tribunal destacaron que el artículo 250 bis del Código Procesal Penal de la Nación, incorporado mediante la sanción de la ley 25.852 en diciembre de 2003, aporta un nuevo procedimiento para la recepción de declaraciones de menores damnificados por delitos de lesiones y contra la integridad sexual. En estos casos, el juez queda relevado de interrogar, practicando dicha medida un experto con conocimientos especiales en el tratamiento a menores de edad, ya sea un psicólogo o un psiquiatra. Por otra parte, “agregan los jueces que en estos casos lo que se quiere es evitar la re victimización del menor sometiéndolo al interrogatorio practicado por personas que no son idóneas para un trato adecuado a su condición” (Pintos, 2016, pág. 68).

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

Si bien las partes tienen la facultad de seguir las alternativas de dicho acto, haciendo referencia a la presencia que le asiste al imputado y a su defensa dentro del recinto y, a efectuar el control de las pruebas, debemos aclarar que el acusado es parte fundamental dentro de un proceso, por lo tanto, es un ser protegido y amparado por tratados internacionales con jerarquía constitucional de elevadísima entidad y por leyes Nacionales y Provinciales.

Por último, se considera que es de suma importancia, notificar a todas las partes intervinientes en un proceso penal, ya que tienen el acceso legal y obligatorio a todo tipo de realización que se efectúe en Cámara Gesell. No caben dudas de que siempre es preferente estar sujeto a una investigación y que el sujeto pasivo sea informado, con

límites objetivos y concretos, asegurando una plena intervención del sospechoso en los actos que componen su vida en general.

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

En este apartado, veremos como la Corte de Justicia de Salta rechazó la acción de inconstitucionalidad, que puso en marcha el uso de la Cámara Gesell para recibir declaraciones de menores víctimas o testigos de delitos contra la integridad sexual o de hechos que afecten su integridad psicológica⁶¹.

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

Por su parte, la fiscal entendió que se transgredía la protección integral que los tratados internacionales brindan a la víctima, al supuesto victimario y a los testigos, argumentando que la aplicación de este sistema podría obstaculizar el derecho del menor a ser oído. La mencionada fiscal sostenía que, el menor al no poder ser interrogado en ningún caso en forma directa por el juez, se lo desplazaba de su rol principal, privándolo de esta manera, de realizar un examen directo en los casos donde no está en juego la integridad psicológica del menor (Pintos, 2016).

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

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

⁶¹ TSJ de Salta, autos “Jozami de Fili Nancy s/ acción de inconstitucionalidad”.

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

Asimismo, la Corte sostuvo que la supuesta afectación de intereses expuesta por la Fiscal, es evidentemente imprecisa y genérica, y tampoco expresa cuales serían los daños que produciría la vigencia de la acordada. También, el alto tribunal consideró que con este medio de prueba no se vulnera ninguna garantía, al contrario, logra que los menores puedan expresar lo sucedido de una forma tal que no represente ningún trauma para los menores.

Para concluir con el presente fallo, podemos aclarar que, esta herramienta procesal cumple una labor fundamental para lograr percibir el testimonio de los Niños, dado que otorga a los mismos, el cuidado y protección suficiente para recabar toda la información posible que pueda brindar el menor. Es por eso, que el motivo fundamental que lleva a adoptar este medio de prueba, es la necesidad de evitar o disminuir la victimización secundaria en los Niños y sus futuras secuelas imborrables.

Conclusión:

En estos casos, el juez queda revelado de interrogar, ya que dicha medida queda al mando de un experto con conocimientos especiales en el tratamiento a menores de edad, ya sea un psicólogo o un psiquiatra. A su vez, agregan los jueces que en estos casos, lo que se quiere es evitar la re-victimización del menor sometiéndolo al interrogatorio practicado por personas que no son las indicadas para un trato adecuado y especializado en la temática.

En cuanto al principio de defensa en juicio, podemos aclarar que las partes tienen la facultad de seguir las alternativas en todo el proceso y ejercer su derecho de controlar las pruebas, pudiendo incluso, sugerir preguntas, cuya formulación queda a criterio del profesional a cargo.

Asimismo, deben exagerarse los recaudos en la producción del sistema Gesell, para poder alcanzar la verdad real y al mismo tiempo garantizar el derecho de defensa técnica y material del imputado, para evitar las condenas de inocentes.

A modo de conclusión, en todos los fallos las justificaciones son las mismas, es decir, hacer primar el “Interés Superior del Niño”.

Conclusiones Finales

En el presente trabajo de investigación se ha propuesto responder la siguiente pregunta de investigación: ¿La Cámara Gesell como herramienta procesal, vulnera los principios constitucionales del debido proceso?

Como pudimos observar la Convención Internacional de los derechos del Niño, aprobada por las Naciones Unidas en el año 1989, fue promulgada por nuestro parlamento en el año 1990 mediante la ley 23.849, adquiriendo rango y supremacía constitucional en 1994, mediante la reforma que se hizo de nuestra ley suprema que la incorporó. Esta Convención, impone que los Estados partes deben concebir a todos los Niños, Niñas o Adolescentes como sujetos de derecho, otorgando la máxima protección legal. Asimismo, todas las medidas respecto al Niño, deben estar basadas en la consideración del interés superior del mismo. Corresponde al Estado asegurar una adecuada protección y cuidado, cuando los padres u otras personas responsables no tienen capacidad para hacerlo.

Como principio rector, el Interés Superior del Niño ha de dirigir cada situación inherente a los Niños, Niñas y Adolescentes y a cualquier situación de la cual ellos formen parte. Salvaguardar el interés superior de los menores, es una obligación ineludible de los diferentes entes del Estado, debiéndose amparar, fomentar y desarrollar este principio en cualquier acto, decisión o medida en donde se vean involucrados los derechos, acciones e intereses de los mismos. Empero, este principio debe tomarse bajo apreciaciones específicas y no copiosas, ya que no todos los casos son iguales.

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

Por otra parte, la hipótesis planteada impera en la importancia que reviste en nuestro sistema procesal, el uso de este novedoso medio de prueba denominado Cámara Gesell, en virtud de los principios constitucionales con tratados internacionales que le asisten a todos los Niños, Niñas y Adolescentes en todo Estado de derecho. Por lo tanto el sistema Gesell, constituye un gran avance para evitar la re-victimización del menor en los delitos de abuso sexual, ya que su gran ventaja consiste en no llevar a los Niños frente a los estrados judiciales, exponiéndolo frente a personas desconocidas que puedan llegar a alterar a las víctimas. Por consiguiente, es importante aclarar que ante todas aquellas actuaciones que realice dicha Cámara, el imputado gozará de todas la garantías constitucionales que hacen a su defensa.

Si bien esta novedosa herramienta procesal plantea cuestiones controvertidas, es indiscutible que la mayor parte de la doctrina la considera como una imperiosa herramienta procesal para tomar declaraciones a menores de edad, dado que, ante tan degradante situación, la misma se encarga de proteger y velar por el interés superior de los mismos, logrando así, exponer lo sucedido evitando victimizar a los menores, ya que por lo general, se encuentran en condiciones tan especiales que resulta necesario un cuidado particular por parte de nuestro ordenamiento jurídico.

A razón de todo lo analizado, a lo largo del presente corresponde confirmar la hipótesis planteada, toda vez que resulta de gran importancia el uso de la Cámara Gesell dado que, durante todo el desarrollo del trabajo mostramos la utilidad y ventajas que representa para el menor, pero no por eso vamos a desconocer los derechos que le asisten a los acusados, quienes gozan de las garantías del debido proceso y la presunción de inocencia hasta que una sentencia firme no lo declare culpable, recordando que es una declaración testimonial y que como tal debe quedar librada su valoración a la sana crítica racional de los jueces.

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

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

Debemos asimismo, tener presente que gracias a un proceso de concientización en el proceso penal, a éste también le corresponde hacer primar el Interés Superior del Niño, implicando, que resulta imperioso arribar a procedimientos que eviten provocar daños a los menores que resultan víctimas de abuso sexual, sin afectar el derecho de defensa de los acusados, todo según las normativas vigentes a nivel constitucional y los pactos internacionales a los que la Argentina ha incorporado a su Carta Magna.

En definitiva, podemos aclarar que la Cámara Gesell de ninguna manera vulnera el derecho de defensa en juicio, ya que tanto el juez como las partes tienen la posibilidad de seguir el procedimiento del acto desde afuera de la sala.

Asimismo, se le debe permitir a la defensa presenciar el acto desde afuera del recinto, para poder formular todas las preguntas que considere necesarias para su defensa. En este sentido, debe existir la posibilidad y el derecho que tiene todo acusado de delito, a contar con un letrado defensor, que puede ser elegido directamente por él para que lo asesore, o ya sea por falta de recursos o cualquier otra circunstancia, es el estado quien le proporcionará un defensor oficial.

Por otra parte, quiero dejar profundamente clara mi postura sobre diversos temas, a saber: la notificación hecha al imputado con miras a no vulnerar sus derechos constitucionales en tiempo y forma, los menores víctimas deben ser tratados con sumo cuidado y respeto y, por supuesto, tiene que existir una completa capacitación, formación a todo profesional interviniente y sin lugar a dudas contar con experiencia en la temática respecto al abuso sexual infantil. Sumando todos estos recaudos podríamos decir que en ningún caso se estaría vulnerando el uso de este medio probatorio que contribuye la Cámara Gesell, ya que el mismo tiene el deber de otorgar todos los medios necesarios y con las debidas garantías, no sólo a los menores de edad víctimas del delito, sino también al imputado y a su defensa.

Cabe aclarar, que deben exagerarse los recaudos en la producción y procedimiento para poder alcanzar la verdad y al mismo tiempo garantizar el derecho de defensa técnica y material del imputado, para evitar las condenas de inocentes. Ante estos argumentos, el derecho a la intimidad sería debidamente resguardado, ya que no podrá emplearse la Cámara Gesell sin la conformidad de todos los participantes.

Con el presente trabajo, esperamos haber contribuido a la importancia que reviste esta herramienta procesal, debido a que en la actualidad son cada vez más alarmantes los casos de abuso sexual a menores y es por esta razón, que se hace imprescindible contar con un ordenamiento normativo que brinde protección especial y garantice todos los derechos que brinda nuestra Constitución Nacional.

Finalmente, considero que existirán muchas opiniones durante el desarrollo de este particular medio de prueba, pero siempre debemos tener en claro que es nuestro gran anhelo y objetivo, el poder contar con una sociedad donde cada vez sean menos estos hechos tan aberrantes que nos ocupa en nuestro objeto de estudio. A modo de cierre, sabemos que es una meta difícil de lograr pero no imposible, y es por ello que, a lo que debemos apuntar es a perfeccionar cada día más a nuestro sistema procesal para que los menores que representan el futuro del país, se encuentren totalmente protegidos.

Bibliografía

Doctrina

- Angulo Luis, E (2017). Guía y orientaciones frente al abuso sexual de Niños, Niñas y Adolescentes. Córdoba. Recuperado el 2/05/2017:
[file:///D:/Documents/Downloads/GUIA-ABUSO-SEXUAL10-2017%20\(1\).pdf](file:///D:/Documents/Downloads/GUIA-ABUSO-SEXUAL10-2017%20(1).pdf)
- Berlinerblau, Virginia (2017). Abuso sexual contra niños, niñas y adolescentes. Una guía para tomar acciones y proteger sus derechos. Buenos Aires. Manuela Thourte. Disponible en:
https://www.unicef.org/ecuador/ocultos_a_plena_luz.pdf
Recuperado el 30/09/2016:
<https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/child-maltreatment>
- Cafferata Nores, J. I. (1998). *Derecho Procesal Penal*. Consensos y nuevas ideas. Buenos Aires. Imprenta del Congreso de la Nación.
- Calvi, B. (2006). *Abuso sexual en la infancia: efectos psíquicos*. Buenos Aires. Lugar Editorial.
- Cicciaro J, E. (2016). Cámara Gesell. Presencia del imputado Prohibición. Interés superior del Niño Víctima. Derecho de defensa. *Revista Pensamiento Penal*. Recuperado el 6/09/2016:
<http://www.pensamientopenal.com.ar/fallos/44085-camara-gesell-presencia-del-imputado-prohibicion-interes-superior-del-nino-victima>
- Dankh, G, L. (1989). *Investigación y Comunicación*. México: McGraw Hill.
- Donna, E, A. (2000). *Delitos contra la integridad sexual*. (1 Ed.), Buenos aires, Argentina. Rubinzal-Culzoni.
- Espeche de Martínez, G. (2006). *El Abuso sexual*. En J, L Villada (Ed.), *Delitos sexuales*, (pág. 362- 379). Buenos Aires, Argentina. La Ley.

- Fontan, Balestra, C. (1995). *Derecho Penal, Parte Especial*. (15 Ed.), Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Gatti, Fabián. (2005). *Privilegios del niño en el proceso penal: La Cámara Gesell*. Río Negro. Recuperado el 8/12/2014:

<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina27667.pdf>.
- Gozaini, Osvaldo Alfredo. (1988). *El Debido Proceso*. Buenos Aires. Librería Editora Platense.
- Giverti Eva, (2005). “Malos tratos contra niños y niñas” “Abuso sexual y malos tratos contra niños, niñas y adolescentes; perspectiva psicológica y social”. Buenos Aires. Espacio editorial.
- Hairabedian Maximiliano (2008) “La prueba en el proceso penal”, Buenos Aires. Editorial Lexis-Nexis.
- Herrera, Hernan, D. (2017). La utilización de la Cámara Gesell en el procesopenal”. *Revista Pensamiento Penal*. Recuperado el 19/11/2019:

<http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/45985-utilizacion-camara-gesell-proceso-penal>
- Linares, Juan, F. (1945) *El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina* 2da edición. Universidad de Buenos Aires.
- Mariconde, Vélez. (1986) *Derecho Procesal Penal*. Córdoba. Editorial Lerner.
- Ministerio Público de Mendoza, (2017). Directivas para ayudantes fiscales en la investigación de delitos contra la integridad sexual. Recuperado el 9/06/2017:

http://ministeriopublico.jus.mendoza.gov.ar/images/capacitacion/2017/directivas_ayudantes_capacitacion.pdf

- Nancy, Jozami de Filli, (2010). Un guiño a la utilización de la Cámara Gesell. *Diario judicial*. Recuperado el 23/07/2010: <https://www.diariojudicial.com/nota/25815>
- Palacios, Lino, E. (2000). *La Prueba en el Proceso Penal*. (1 Ed.), Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.
- Palacio Lino. (2003). *Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires. Ed. Abeledo-Perrot.
- Parames Mariano (2005) El interrogatorio subrogado de menores es constitucional. *Revista de derecho penal y procesal penal, N° 14*. Buenos Aires. Editorial Lexis-Nexis.
- Pascua, F. Javier. (2018). *Código procesal penal de la provincia de Mendoza*. Mendoza. Librería Jurídica ASC.
- Pintos, Nelson Fernando. (2016). *La Cámara Gesell como medio de prueba en los delitos de abuso sexual a menores de edad*. Tesis Final de Grado. Universidad Siglo 21. Córdoba. Recuperada el 8/05/2016: <file:///D:/Documents/Downloads/pdfPintos,%20Nelson%20Fernando.pdf>
- Rubianes Carlos, J (1983). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires. De Palma.
- Sosa Arditi Enrique (2018). *Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza*. Mendoza. Editorial ASC.

- Villanueva, Horacio Romero. (2018). *Código penal de la nación y legislación complementaria anotados con jurisprudencia*. Argentina. Abeledo Perrot.
- Zanetta Magi, M. (2010). La Cámara Gesell en la investigación de delitos sexuales. *Revista Persona*. Recuperado el 9/4/2011:
<http://www.revistapersona.com.ar/Persona55/55Zanetta.htm>

Jurisprudencia

- Cámara Federal de Casación Penal, Tribunal Oral en lo Criminal N°28, sentencia del 13 de diciembre de 2012. En autos “Bravo Mamani Richard Wilfredo s/recurso de casación”, causa N°12.135 Sala II.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Sala 7 sentencia del 15 de julio de 2016. En autos “M. R. Y. s/medida de prueba-abuso sexual”, causa N° 16.838/2016.
- Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de la Pampa, sala B causa N° 25653/3, sentencia del 24 de julio de 2014. En autos “Mateo Ricardo en causa por actividad procesal defectuosa S/ Recurso de casación”.
- Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, Cámara del Crimen sala IV, sentencia del 11 de abril de 2005. En autos “B.R.A. inconstitucionalidad del art 250 bis CPPN.
- Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Salta, sentencia del 6 de octubre de 2009. En autos “Jozami de Fili Nancy s/ acción de inconstitucionalidad”.

Legislación

- Código Penal de la Nación, Ley N° 27.352. Boletín Oficial de la República Argentina, 4 de junio de 1996.
- Código Procesal Penal de Costa Rica. Promulgado el 4 de junio de 1996.
- Constitución de la Provincia de Mendoza, sancionada el 11 de febrero de 1916.
- Ley N° 9.040 del Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza. Boletín Oficial de la República Argentina, 30 de Noviembre de 1999.
- Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 y entró en vigor el 23 de marzo de 1976.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada por la IX Conferencia Internacional Americana realizada en Bogotá en 1948.
- Ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescente. Boletín Oficial de la República Argentina, 21 de octubre de 2005.
- Constitución Nacional Argentina, aprobada el 1 de mayo de 1853, con su última reforma en 1994.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución el 10 de diciembre de 1948.
- Ley N° 23.849 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Boletín Oficial de la República Argentina, 16 de octubre de 1990.