

INTERROGATORIO A MENORES DE EDAD VÍCTIMAS DE DELITO

El presente artículo fue publicado el día 30 de noviembre de 2004 en La Ley y es reproducido con autorización de dicha editorial y los Drs. Cangenova y Costabel.

I. INTRODUCCIÓN

Ante un hecho delictivo resulta necesario interrogar a las personas cuyo testimonio pueda resultar útil para el descubrimiento de la verdad, diligencia que deberá cumplirse conforme lo establecido en la ley procesal. Particularmente, en nuestro Código Procesal Penal de la Nación, conforme a las previsiones contenidas en el Capítulo IV del Título III del Libro Segundo y las específicas del Capítulo II del Título I del Libro Tercero.

Ahora bien, en algunos casos se presentan situaciones, ya sea por la capacidad de quien debe atestiguar o por las características del suceso investigado, en las que deben adoptarse medidas especiales respecto a las personas que participan en el acto y al ámbito en que se cumplirá el mismo. En tal sentido, analizaremos la norma que incorporó de manera sorpresiva el nuevo procedimiento a seguir cuando deba interrogarse a menores de edad víctimas de delitos de lesiones y contra la integridad sexual.

II. FUNDAMENTOS Y SANCIÓN DE LA LEY 25.852

Los nuevos artículos incorporados al Código de rito tuvieron origen en un proyecto legislativo de la diputada Silvia V. Martínez en donde se ha señalado que “tiene como objeto poner fin a una práctica que se ha venido realizando desde tiempos inmemoriales y que, pese a la obiedad de muchas de las premisas de las que se parte, sólo ha sido cuestionada esporádicamente y desde ámbitos generalmente ajenos al quehacer legislativo como el judicial. El interrogatorio a niños víctimas de delitos sexuales y maltrato psíquico y físico en el ámbito tradicional de intervención judicial resulta violatorio de la normativa contenida en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional. Se impone en consecuencia la modificación de la actual redacción de nuestro Código de Procedimientos en lo Penal, no sólo para adecuar nuestra normativa positiva a las convenciones internacionales suscriptas por nuestro país, sino y fundamentalmente teniendo en mira uno de los conceptos rectores del sistema interamericano de protección a los derechos humanos que es el del interés superior del niño.”

El proyecto se introduce someramente en la problemática del abu-

*Marisa I. Cangenova y
Néstor G. Costabel*

so sexual de niños y en la necesidad de tomar conciencia del daño psíquico y físico que sufre el menor para centrar el objeto en definitiva en terminar con la revictimización de los niños en el ámbito de la intervención judicial, circunstancia ésta que se evalúa disvaliosamente en sí misma y como perjudicial frente a la expectativa de una evolución favorable. Todo ello en la creencia de que una intervención incompetente por parte del Estado produce un daño adicional al menor víctima y que contrariamente una adecuada permite preservar la versión de la principal fuente de acceso al conocimiento del hecho, como es la del niño.

Además, se hace hincapié en la comprobada situación fáctica de que la mayoría de los abusos sexuales en niños se producen en el seno de la familia o grupo conviviente, y en consecuencia en la necesidad e interés de lograr la articulación de las áreas que intervienen en este tipo de casos, esto es la judicial y la asistencial. A esos fines, el proyecto sostiene que “se impone entonces establecer procedimientos que sin afectar el derecho de defensa eviten provocar nuevos daños a quien resulta víctima de esa clase de hechos. A ese respecto cabe afirmar que con la normativa que se introduce se cumplen ambos objetivos. El niño ya no es sometido a múltiples interrogatorios en diversas sedes y por parte de distintos funcionarios, sino que se lo escucha en el ámbito adecuado a su edad y desarrollo y lo hace quien está específicamente capacitado para ello. Ello permite rescatar la primera revelación hecha por el niño, que en la gran mayoría de los casos es la que contiene la verdad de los hechos. Asimismo, las partes pueden, a través del tribunal, hacer saber sus

inquietudes, las que serán transmitidas al especialista, quien evaluará la posibilidad y pertinencia de las mismas, siempre teniendo en mira el interés superior del niño”.

El proyecto justifica la necesidad de una protección y asistencia privilegiada a los niños víctimas de delitos sexuales o maltrato psíquico o físico de una manera similar a la establecida para aquellas personas enumeradas en el art. 250 del Código adjetivo, que en razón de las funciones que desempeñan ya recibían un tratamiento especial.

Y, finalmente, asegura que la regulación propuesta no afecta el debido proceso y garantiza el derecho de defensa de los imputados, en tanto y en cuanto “las partes y el tribunal tendrán acceso a un control adecuado de la prueba con la sola limitación de la “forma” en que el niño será examinado. El vidrio espejado -Cámara Gesell-, así como la filmación en video, o audio directo, permiten que en el acto mismo del examen, el tribunal y las partes -por su intermedio- hagan saber al especialista sus inquietudes, las cuales serán satisfechas en la medida en que ello no afecte el normal desarrollo del acto y no ponga en peligro la integridad del niño”.

La modificación legislativa fue presentada por la diputada Martínez en el año 2000 y reproducida en el año 2002 ante la Cámara de Diputados, interviniendo en su consideración las Comisiones de Legislación Penal, de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia y de Derechos Humanos y Garantías que propiciaron la sanción sin disidencias ni observaciones (orden del día N° 665 impreso el 30/07/2002), para ser aprobada en el recinto el 28 de agosto de 2002 sin debate ni

informe previo. Posteriormente, en el Senado fue girada a la Comisión de Justicia y Asuntos Penales, la cual se expidió propiciando la sanción (orden del día N° 1315 publicado el 28/11/03), y finalmente el 4 de diciembre de 2003 fue sancionada en el recinto sobre tablas, sin constar que haya habido debate ni informe previo, probablemente en atención a la ausencia de fundamentos extensos y/o disidencias en el dictamen de la comisión. En tanto fue publicada en el boletín oficial el 8 de enero de 2004.

III. PROTECCIÓN ESPECIAL EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES

Estimamos que merece particular consideración la afirmación, que surge de los fundamentos mencionados, sobre la transgresión que se estaría cometiendo de la normativa internacional contenida en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

En efecto, se menciona que en el ámbito tradicional de la justicia no se cumple en especial con el art. 25 inc. 2, de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1); el artículo VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Adla, XLIV-B, 1250) (2); el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño (Adla, L-D, 3693) (3); el art. 1°, inc. 3, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (4); y el art. 24, inc. 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Adla, XLVI-B, 1107) (5); a los que se le agrega la Declaración sobre los Principios Fundamentales de la Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso del Poder, en especial en los arts. 4° y 6°, incs. c) y d), 14, 15 y 16 (6).

Seguidamente, en la propuesta legislativa se sostiene que de los preceptos citados se desprenden dos conclusiones básicas: “1. El niño, por su falta de madurez física y mental, requiere medidas de protección y asistencia especial. 2. Dicha asistencia y protección debe ser garantizada por el Estado”. A su vez, de las características que presenta el fenómeno de abuso sexual de niños se desprende una tercera conclusión: “3. El niño abusado no está en condiciones de ser interrogado por un tribunal judicial ni por las partes”.

Debemos coincidir en cuanto a que la reforma constitucional del año 1994 estableció en el art. 75 inc. 22 que los tratados y convenciones allí mencionados, en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional; motivo por el cual integran el derecho interno y lo enmarcan de manera tal que las regulaciones legales deben adecuarse a los principios en ellos contenidos; y así también lo hacemos respecto a la protección y asistencia especial del niño, sea o no víctima de delitos y del abuso de poder, en todo procedimiento judicial por parte del Estado. Parece indiscutible que resultaba imprescindible la pertinente reglamentación legal para satisfacer las exigencias del inc. 23 del mismo artículo, que manda a “legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños...”.

En tales condiciones, entonces, la novedosa norma de orden procesal que examinamos, ha debido su

reciente incorporación a la voluntad del legislador de adecuar nuestras reglas procedimentales en el orden federal y nacional a las directivas que emanan de aquella normativa internacional y de llenar un vacío acerca de situaciones que al no estar contempladas a la luz de tales derechos, conducían en algunos casos a la afectación de los mismos. Como ejemplo, valga mencionar la situación que debió resolver la Corte Suprema de Justicia de la Nación antes de la sanción de esta reforma (mediados del año 2002), en donde hizo lugar a una queja y admitió un recurso extraordinario equiparando a sentencia definitiva una resolución por la cual se disponía la convocatoria de un niño que habría sido víctima de abuso deshonesto a ampliar su declaración testifical, cuando anteriormente había ya sido citado para la mentada diligencia procesal, como así también para la realización de diferentes exámenes, en diez oportunidades. Por esa razón y siguiendo la opinión de profesionales de la especialidad, se estimaba que tal circunstancia era susceptible de ocasionarle un daño psicológico. Nuestro más alto Tribunal, teniendo en cuenta tales elementos de juicio, entendió que resultaba irreparable “el daño psicológico que podría sufrir el niño como consecuencia de las reiteradas convocatorias a testimoniar, y la consiguiente lesión de los derechos que le asisten en virtud de la Convención de los Derechos del Niño.” (7).

IV. DECLARACIÓN TESTIMONIAL DE LOS MENORES

a. Régimen anterior a la reforma

El Código Procesal establece como regla general que toda persona tie-

ne capacidad de atestiguar sin perjuicio de la facultad del juez de valorar sus dichos de acuerdo a las reglas de la sana crítica (art. 241). Pero específicamente, en cuanto a las formalidades con relación a los menores, la ley anteriormente vigente sólo establecía que aquellos inimputables lo harían sin prestar juramento de decir verdad (art. 249 primer párrafo).

Si bien esta era la única previsión legal respecto de los menores de edad, lo cierto es que en la práctica de determinados Tribunales Orales del fuero ordinario de la Capital Federal, conforme la experiencia de los suscriptos, se adoptaban medidas tuitivas durante el curso del debate tendientes a minimizar el padecimiento psíquico que de por sí la declaración acarrea como recuerdo de hechos traumáticos, en particular al tratarse de delitos contra la integridad sexual.

En tales casos se establecía la recepción de la declaración en una sala contigua a aquella en la que permanecía el imputado, en algunos casos con la presencia de todas las partes y el tribunal en pleno (ej. TOC 4), en tanto que en otros solamente con la presencia del presidente del tribunal y la asistencia del psicólogo forense interviniente en la causa (ej. TOC 3 y 7); respetándose siempre las garantías del procesado en cuanto a escuchar y/o ver el decurso de la declaración a través de un medio audiovisual y la consecuente posibilidad de repreguntar a través de su defensa. Aun así, debe admitirse que en esos mismos casos, pero en la etapa instructoria, esos menores ya habían prestado testimonio en más de una oportunidad y ante diversas sedes (policía, fiscalía, juzgado, y/o entrevista en el

Cuerpo Médico Forense), por lo cual los recaudos adoptados en la etapa de debate resultaban ocasionalmente tardíos a los fines de la mentada protección y asistencia necesarias para los menores que tienen la obligación de declarar.

b. Reforma introducida por la ley 25.852

Ahora, la ley que analizamos ha venido a establecer un procedimiento especial que regula el modo en que se deben recibir las declaraciones de los menores víctimas en los casos de delitos de lesiones y contra la integridad sexual.

Así, el nuevo art. 250 bis establece:

“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 requiriera su comparecencia no hayan cumplido los 16 años de edad se seguirá el siguiente procedimiento:

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

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

c) en el plazo que el Tribunal disponga, el profesional actuante elevará un informe detallado con las conclusiones a las que se arriba;

d) a pedido de parte o si el Tribunal lo dispusiera de oficio, las al-

ternativas del acto podrán ser seguidas desde el exterior del recinto a través de vidrio espejado, micrófono, equipo de video o cualquier otro medio técnico con que se cuente. En ese caso, previo a la iniciación del acto el Tribunal hará saber al profesional a cargo de la entrevista las inquietudes propuestas por las partes, así como las que surgieren durante el transcurso del acto, las que serán canalizadas teniendo en cuenta las características del hecho y el estado emocional del menor.

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

Por su parte, el art. 250 ter dispone:

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

V. ANÁLISIS DE LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS

Puede advertirse, en primero lugar, que la finalidad de protección buscada por el legislador, conforme lo relatáramos con detalle en párrafos anteriores, se ve satisfecha en función de tres aspectos esenciales de la norma, cuales son: que

los niños y/o adolescentes sólo serán interrogados por un psicólogo especialista; que se deben adoptar 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 prestarán declaración en presencia del imputado, esto último conforme entendemos que se desprende de la interpretación integral del artículo (particularmente los incisos a) y d)).

Sin perjuicio de ello, y en segundo lugar, a partir del procedimiento implementado aparecen a nuestro criterio algunas cuestiones que suscitan interrogantes, las que examinaremos a continuación.

a) Es sabido que el debido proceso implica un similar tratamiento en el ofrecimiento de prueba de descargo y control de la prueba de cargo, derivado tanto del ejercicio del derecho de defensa (art. 18, Constitución Nacional) como de los arts. 8, inc. 2ºf) de la Convención Americana de Derechos Humanos y art. 14 inc. 3ºd) del pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Así, la pregunta a formularse es si la norma transcripta garantiza la igualdad de condiciones de las partes al momento de interrogar al menor de edad, que además es víctima. Entendemos que desde el momento en que las partes tienen la posibilidad de pedir que las alternativas del acto sean seguidas con las particularidades del inc. d), esto implica que previamente el tribunal deberá siempre y fehacientemente notificarlas de la realización del mismo. Esto no obstante que la ley no distingue el estado del proceso en que lleve a cabo la diligencia, lo que permite ver la operatividad de la norma con ese

alcance mucho más fácilmente durante la etapa del juicio que durante la instrucción.

En esas condiciones, consideramos que se cumple adecuadamente con la exigencia constitucional del debido proceso, tenida en cuenta expresamente por el legislador, al consultarse el interés no sólo de la defensa sino también del Ministerio Público Fiscal, Asimismo, conforme surge del propio dispositivo legal, es obligatorio el traslado de las inquietudes, con lo cual se garantiza la amplitud del interrogatorio para ambas partes.

b) Se puede también plantear la eventual afectación del principio de inmediatez, en tanto y en cuanto la entrevista e interrogatorio está otorgada al psicólogo especialista en niños y adolescentes designado por el tribunal, y la expresa veda de que el mismo sea interrogado en forma directa por el tribunal o por las partes.

Pese a tal prohibición, interpretamos que el Juez -como director exclusivo del proceso- se encuentra autorizado a requerir las precisiones que necesite respecto de los hechos investigados, en la inteligencia de que cualquier requerimiento formulado al psicólogo lo será en el marco de una declaración testimonial. En caso contrario, de no considerárselo así, se admitiría que una prueba testifical se convierta en una prueba pericial o informativa; riesgo que puede advertirse claramente presente en la etapa instructoria.

Asimismo, la norma omite hacer referencia a los casos en los cuales la investigación es delegada en la fiscalía, casos en los cuales estimamos que su titular deberá devolver las actuaciones al Juzgado

interviniente para que sea éste, con los alcances propuestos en el párrafo anterior y por idénticas razones, el que examine al niño conforme el nuevo procedimiento establecido.

c) Expusimos inicialmente que los fundamentos de la ley señalan como una de sus finalidades la de evitar la revictimización. A pesar de ello, lo cierto es que la norma no prevé una única audiencia de interrogatorio, tal como en nuestro país así lo regula expresamente el Código Procesal de Tierra del Fuego (8), sino que sólo se ha limitado al ambiente apropiado en que se cumplirá el acto y con la contención que representa que el trato directo del niño lo sea con un psicólogo especializado.

A su vez, sostenemos que de aplicarse los principios de protección del menor para que la audiencia no sea reproducible deberá cumplirse con la diligencia procesal antes señalada, es decir la previa notificación a las partes, y con presencia del Juez para poder eventualmente ampliar el interrogatorio. Más allá de lo que hemos planteado hasta ahora como interrogantes, advertimos asimismo en el nuevo dispositivo dos limitaciones de las cuales no se encuentran razones, aun recurriendo a los fundamentos del proyecto legislativo, puesto que éste no las menciona. En concreto, la norma se dirige en exclusiva a los “menores víctimas”, y únicamente para los delitos de lesiones y aquellos contra la integridad sexual.

En cuanto a la primera, entendemos que la regulación legal deja de lado aquellos casos en que el menor aparece como testigo en una investigación penal respecto de un hecho que no lo tiene como sujeto pasivo directo pero que por

las características del mismo coloca al niño en similar necesidad de protección que como si fuera la víctima. Es posible imaginar en tal sentido que un menor deba declarar como testigo presencial de un episodio que victimiza a su entorno familiar más allegado, situándolo en igual exigencia de tutela que la que la norma prevé, puesto que los fundamentos de la protección especial pueden hacerse extensivos sin esfuerzo alguno.

Respecto al catálogo de ilícitos restringido, encontramos que en los fundamentos de la ley sólo se hace mención a los motivos por los cuales se incluyen los que atacan la integridad sexual, aunque luego se incorpora en el texto legal sin explicación alguna el de las lesiones. A ello se suma que tampoco se analiza la exclusión de tipos penales que pueden afectar a menores -por su propia estructura o por lo que se advierte a diario en la práctica judicial-, tales como la tentativa de homicidio calificado por el vínculo (art. 80 inc. 1°), los delitos contra la libertad individual que tienen directamente a menores como víctimas (arts. 146, 147, 148 y 149), los robos calificados (arts. 166 y 167) y los secuestros extorsivos (art. 170) en su perjuicio, entre otros.

Para finalizar, quisiéramos hacer constar los inconvenientes prácticos que pueden surgir con la implementación del nuevo sistema a raíz de la falta de salas adecuadamente acondicionadas como lo exige la norma, que en la actualidad se limita a la Cámara Gesell para el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, y a la insuficiente cantidad de profesionales aptos para esta misión con que cuenta el Cuerpo Médico Forense de la Justicia Nacional.

VI. CONCLUSIÓN

Estimamos que la reforma introducida por la ley 25.852 (Adla, LXIV, 105), pese a las limitaciones antes anotadas, satisface a nuestro criterio la exigencia de protección especial de los menores víctimas, en tanto que los interrogantes expuestos sean resueltos armónicamente por los operadores del sistema judicial, teniendo en mira los principios de igualdad de armas, de inmediatez y del interés superior del niño.

NOTAS

(1) “La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”.

(2) “Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidado y ayuda especiales.”

(3) “Los Estados Partes ... Recordando que en la Declaración Universal de Derechos Humanos las Naciones Unidas proclamaron que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales...”

(4) “Los Estados Partes ... promoverán el ejercicio del derecho de libre determinación, y respetarán este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas.”

(5) “Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna... a las medidas de protección que su condición de menor requiere...”

(6) Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 40/34 del 29 de noviembre de 1985.

(7) Caso: M. 1116, XXXVI, “Recurso de hecho deducido en los autos M., A. y otros s/ abuso deshonesto”, resuelto el 27 de junio de 2002, mencionado en Principales Fallos de la Corte Suprema en materia constitucional durante 2002, Debates de Actualidad, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, año XVIII, N° 190, p. 95.

(8) Art. 105: “En los casos de delitos dependientes de instancia privada, la víctima o sus representantes legales sólo prestarán declaración ante el Juez, el agente fiscal y el defensor del imputado, debiendo evitarse los interrogatorios humillantes. Cuando la víctima de un delito contra las personas, la honestidad o la libertad fuere un menor de doce (12) años de edad u otro incapaz, prestará una sola declaración durante todo el proceso ante el Juez, el agente fiscal y el defensor del imputado, sin perjuicio del interrogatorio que hubiese tenido lugar al inicio de las actuaciones. La misma será registrada por medios sonoros o visuales para su reproducción posterior, debiendo reservarse en Secretaría el cassette o videocassete, previamente autenticado. Al expediente se incorporará una versión escrita de la declaración. Excepcional y fundadamente el Tribunal de juicio podrá citar a declarar al menor o incapaz a que se refiere el párrafo anterior, de oficio o a pedido de parte en el que se expresarán los motivos, cuando la declaración prestada en sede instructora resultare insuficiente para aclarar aspectos del hecho determinantes para la resolución de la causa.”