

# El menor de edad víctima o testigo de un delito y los protocolos de actuación interinstitucional

DR. NELSON MARTÍN FOGLIATO | Juez de 1<sup>ra</sup> Instancia de Menores de Distrito N° 12, Rosario.



myf

168





Con la reforma de los sistemas de enjuiciamiento en materia penal la víctima de un delito ha pasado a tener un reconocimiento explícito de sus derechos, en línea con las normas incorporadas a la Constitución Nacional que consagran la dignidad de la persona y establece que todos los órganos del poder público están obligados a respetarla y protegerla, siendo el efectivo resguardo de la integridad física, psíquica y la seguridad personal de todos los habitantes una responsabilidad del Estado.

Dicha protección se debe incrementar cuando la víctima o el testigo es menor de edad, ya que los niños/as han sido y son un sector de la sociedad que ha sufrido y sufre la vulneración de sus

derechos mediante el uso de la fuerza y el abuso de poder que ejercen los adultos tanto en el ámbito familiar y social, constituyendo un compromiso ético y una obligación política e institucional tanto del Estado como del conjunto de la sociedad evitar que los niños/as sean víctimas de delitos.

El fin primario del Estado sin embargo es garantizar que no se produzca la situación que vulnere los derechos del menor, pero producida ésta, debe ajustar sus procedimientos a fin de que las futuras intervenciones no reproduzcan o agraven la situación de riesgo y/o vulneración.

La idea de un protocolo único de ac-



tuación interinstitucional tiene la finalidad de articular la intervención de los distintos actores involucrados a fin de lograr una mayor eficacia de la investigación y el proceso penal, y dar una mejor protección a los niños/as a lo largo de todo el proceso judicial, evitando su revictimización y procurando la obtención de pruebas válidas para la realización de justicia.

Uno de los objetivos del protocolo es que los operadores involucrados estén sensibilizados y capacitados sobre cómo trabajar en cada repartición, tratando de lograr que los criterios sean claros y unificados para que el policía, el fiscal, el operador en salud, sepan cómo deben intervenir, lo que redundará en el bienestar del niño.

Ha sido determinante en la cuestión la iniciativa tomada por UNICEF, JUFEJUS (Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia) y ADC (Asociación por los Derechos Civiles) que desarrollaron un primer proyecto conjunto entre 2008 y 2009 para impulsar la implementación de las medidas especiales de protección para niños/as víctimas o

testigos de ciertos delitos graves.<sup>1</sup>

Como primer paso, UNICEF donó un equipo de videograbación para un organismo judicial por provincia y se realizaron actividades de capacitación, asistencia técnica, intercambio y monitoreo en todo el país.

Las actividades organizadas por UNICEF estuvieron destinadas a los funcionarios y operadores de los 24 organismos receptores del equipamiento e incluyeron la organización de un seminario con expertos nacionales e internacionales, la elaboración de materiales teóricos e instructivos, jornadas de intercambio y discusión, visitas «*in situ*», relevamiento de información, entre otras.

El trabajo continuó con un segundo proyecto que se ejecutó entre 2010 y la primera parte de 2012, focalizado en seis provincias del norte y en la provincia de Buenos Aires. El objetivo de esta segunda etapa fue ampliar el ámbito de aplicación al interior de las provincias, sumando a los diferentes actores vinculados a la atención de niños/as víctimas, y propender a la elaboración

conjunta de protocolos de actuación.

Como resultado de este trabajo, en 2010 se redactó una versión preliminar de una Guía de Buenas Prácticas para el abordaje judicial de niños/as y adolescentes víctimas y testigos, elaborada por UNICEF y ADC, que fue presentada y distribuida en distintas provincias del país.

A su vez, en 2011 se comenzó a trabajar en las provincias de Tucumán, Formosa y Jujuy en la confección de un Protocolo Integral e Intersectorial de actuación para el abordaje de niños/as y adolescentes víctimas y testigos a través de la conformación de un grupo de trabajo local integrado por representantes de las áreas involucradas del Poder Judicial y de los organismos del Poder Ejecutivo.

En este contexto, en noviembre de 2012 el Superior Tribunal de Justicia de Formosa aprobó el «Protocolo Interinstitucional Para el Acceso a la Justicia de Niños/as y Adolescentes Víctimas o Testigos de Violencia, Abuso Sexual y Otros Delitos».<sup>2</sup>

Similar criterio adoptó la provincia de Jujuy quien en el año 2013 por vía de Acordada del Superior Tribunal de Justicia, incorporó su protocolo de intervención.<sup>3</sup>

La Provincia de Santa Fe ha mantenido distintas reuniones con representantes de UNICEF y ADC junto con todos los actores locales tratando de consensuar un protocolo de intervención conjunta.

La Corte Suprema de Justicia de Santa Fe aprobó la Guía para el abordaje judicial en caso de sospecha de malos tratos y abuso sexual de niños, niñas y adolescentes, mediante Acordada Acta N° 19 punto 7 de fecha 28 de Mayo de 2013.

### El marco normativo

La protección normativa establecida en favor de la víctima se potencia cuando además la misma es menor de edad, así distintos instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos incorporados a la Constitución Nacional con igual jerarquía abordan la cuestión, entre los que se encuentran

la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. I y V; Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 3 y 29); Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 7.1, art. 11.1, art. 11.3 y art. 2); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 9). En el mismo sentido, exige dicha protección la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de Palermo, que fuera ratificada por nuestro país; las Cien Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad recomienda adoptar las medidas necesarias para garantizar una protección efectiva de los bienes jurídicos de las personas en condición de vulnerabilidad que intervengan en el proceso judicial en calidad de víctimas o testigos (Regla 75); la Declaración de Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder de Naciones Unidas de 1985, la Convención sobre los Derechos del Niño (ley N° 23.849), las Directrices sobre la Justicia en asuntos concernientes a los niños, niñas y adolescentes víctimas y testigos de delitos, aprobada

por el Consejo Económico y Social de la ONU en su Resolución 2005/20 de 22 de julio de 2005, la ley N° 26.061 de «Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes» ratificada a nivel provincial por la ley N° 12.967.

A nivel federal además se ha sancionado la ley 25.764, se creó el «Programa Nacional de Protección a Testigos e Imputados», destinado a preservar su seguridad para el caso de colaboración en una investigación judicial federal relativa a determinados delitos.

El nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe, ley 12.734, establece que la víctima tiene derecho «a la protección de su seguridad, la de sus familiares y la de los testigos que depongan a su favor, preservándolos de la intimidación y represalia» (art. 80, inc. 6), la que se establecerá por una ley especial y «podrá hacerse extensiva, si fuere necesaria, a imputados u otros testigos» (art. 80, último párrafo) y en virtud de ello la provincia creó el Programa de Acompañamiento y Protección a Testigos y Víctimas vulnerables

por medio del Decreto 889 asistidas por los Centros de Asistencia Judicial.

Dicha protección resulta imprescindible para aquellos ciudadanos que prestan colaboración con la administración de justicia y cuyo aporte es esencial para evitar la impunidad y garantizar una recta aplicación de las leyes, posibilitando de esta manera la paz social.

Como señalara, la preservación se debe incrementar cuando la víctima o el testigo es menor de edad, las leyes argentinas prevén la obligación de denunciar situaciones de maltrato y abuso infantil. La misma recae en sus representantes legales, en los profesionales de la salud, en los servicios sociales y educativos y en funcionarios públicos en razón de su profesión.

El carácter obligatorio de la denuncia en los casos de maltrato infantil surge de la obligación genérica prevista por el artículo 263 del CPPSF, y se ve reforzado por el apartado 2 del artículo 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño, (incorporada por el artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional);

el texto del artículo es el siguiente: «1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo. 2. Esas medidas de protección deberán comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con el objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descriptos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial». La omisión de denunciar la comisión de hechos constitutivos de maltrato infantil puede constituir un ilícito derivado de incumplir la normativa referida.

### **La intervención estatal frente al delito**

Consumado que fuere el hecho en perjuicio de un menor, surge una nueva responsabilidad estatal relativa a la forma en que debe actuar para el develamiento de un delito cometido contra un menor de edad.

Sabemos que intervenir no representa una empresa fácil. Diversos son los factores que atentan contra esa intervención: la indefensión de las pequeñas víctimas; la invisibilidad, en tanto la mayoría de los delitos se producen en la intimidad familiar; las dudas, los miedos y la falta de información respecto a la forma de actuar ante estas situaciones; la ausencia de criterios institucionales consensuados; la inseguridad como las carencias formativas y de recursos.

El objetivo de fijar un protocolo de actuación interinstitucional es disponer de herramientas, criterios claros y unificados de actuación para el tratamiento de niños/a víctimas o testigos de delitos, evitando el maltrato institucional

que se puede producir cuando se llevan a cabo intervenciones desarticuladas por parte de los diferentes actores intervinientes (policía, escuela, centros de salud, Poder Judicial etc), teniendo como norte la protección y bienestar del niño/a a lo largo de todo el proceso judicial, evitando su revictimización y a su vez lograr la obtención de pruebas válidas en pos de la realización de justicia.

Los objetivos que se buscan con un protocolo único de actuación se pueden sintetizar en:

- \* Proteger en todo momento la salud y el bienestar del niño.
- \* Reducir las posibilidades de revictimización del niño en las distintas instancias del proceso penal. Esto incluye reducir al mínimo posible la cantidad de intervenciones (exámenes, entrevistas) del niño en el proceso.
- \* Respetar y propender a una compatibilización armónica entre las garantías constitucionales del imputado y los derechos de la víctima.
- \* Asegurar la eficiencia del proceso y la obtención de pruebas válidas.
- \* Preservar el relato del niño y asegu-

rar su registro adecuado.

- \* Propender a una única declaración testimonial de la víctima.
- \* Procurar que las acciones se realicen en el menor tiempo posible.
- \* Procurar que los actos sean llevados a cabo por profesionales especialmente capacitados en abuso sexual infantil.
- \* Propiciar la centralización de la toma de decisiones, cuyo liderazgo, a los fines del proceso, debe estar en cabeza del Fiscal, con la asistencia de los equipos profesionales que se designen.
- \* Evitar la revictimización de los niños/as adolescentes víctimas de abuso sexual infantil, o que resulten testigos y/o víctimas de abuso sexual y otros delitos.
- \* Promover redes de trabajo interdisciplinarias e interinstitucionales a través de protocolos de actuación conjunta.

### **Los actores institucionales del primer nivel de intervención**

#### **Instituciones Educativas, Centros Educativos y Escuelas**

La práctica judicial indica que a menu-

do se revelan delitos cometidos contra niños en el ámbito escolar, en tanto las víctimas relatan los eventos acontecidos a docentes, auxiliares o a los compañeros, con quienes tienen mayor afinidad.

Anoticiado un presunto delito, el personal docente además de actuar conforme a las pautas fijadas por el Ministerio de Educación de la Provincia, y a fin de evitar demoras debe:

1. comunicar a los directivos de la Institución;
2. contener al niño/a sin profundizar en la indagación;
3. si es extra familiar, ilustrar a los progenitores sobre la importancia de realizar la denuncia;
4. si es intrafamiliar, dar comunicación al Ministerio Público de la Acusación para la intervención del Fiscal de turno.

#### **Hospitales - Centros de Salud Públicos y Privados**

En la hipótesis que el niño/a se presente espontáneamente o acompañado de un adulto a hospitales o centro de salud para recibir atención médi-

co-asistencial, y los profesionales intervinientes adviertan que pudo haber sido víctima de un delito contra la integridad física o sexual, siendo esta la primera intervención de la autoridad sanitaria, el profesional médico dará intervención de manera directa e inmediata al Fiscal de turno.

El profesional interviniente además deberá evaluar siguiendo las reglas del arte y ciencia médica, y en función a la gravedad del caso si se debe privilegiar la intervención asistencial inmediata, previo al examen médico forense. Por lo tanto, en caso de grave compromiso a la salud del niño/a víctima, la prioridad debe ser su atención inmediata, resignándose la recolección de material probatorio hasta que la situación de la víctima así lo permita. Superada la etapa de compromiso a la salud del niño/a, y si fuera ordenado por el representante del Ministerio Público de la Acusación, se dará paso a la evaluación forense (la que será realizada por el Cuerpo Médico Forense) destinada a la recolección de evidencias que pudieran hallarse en el cuerpo del niño/a afectado.

En caso que el niño relate espontáneamente lo sucedido, se deberá evitar la contaminación del relato, y cuando el niño/a esté acompañado por un adulto, las preguntas deberán realizarse a éste, asegurándose que el niño no esté presente. Los dichos del niño, deberán ser registrados de la manera más textual posible.

#### AL TOMAR CONOCIMIENTO DEL HECHO

1. Comunicación a los directivos de la Institución.
2. Contener al niño/a sin profundizar en la indagación.
3. Si es extra familiar, ilustrar a los progenitores sobre la importancia de realizar la denuncia.
4. Si es intrafamiliar, comunicación al Ministerio Público de la Acusación para la intervención del Fiscal de turno.

#### Áreas de niñez y adolescencia provincial y municipales

Con la sanción de la ley nacional N° 26.061 en el año 2005<sup>4</sup> se adoptó un sistema de Protección de Derechos de los niños y adolescentes, al cual nuestra provincia adhirió a través de la ley

N° 12.967 de abril de 2009<sup>5</sup>.

Este cambio de paradigma permite la intervención directa de los órganos administrativos de protección a través de un abanico de medidas asistenciales conducentes a garantizar la protección del niño/a y adolescente en forma inmediata material, jurídica y psicosocial.

Estos organismos, frente al conocimiento de la posible comisión de un ilícito en perjuicio del menor de edad deben acompañar a los padres o representante legal del niño/a a realizar la denuncia, y para el supuesto que el delito haya sido cometido en el ámbito intrafamiliar comunicar dicha circunstancia al Fiscal de Turno.

Sin embargo la misión más importante de estos organismos es la asistencia integral del niño y adolescente desde el comienzo del trámite y hasta la superación de la situación de vulnerabilidad.

#### Autoridad policial

La *praxis* judicial nos indica que la policía es la primera institución recepto-

ra de denuncias relativas a la presunta comisión de hechos ilícitos. En este sentido se destaca que existen dependencias policiales dispersas a lo largo de todo el territorio provincial con atención permanente; por lo tanto se recomienda adecuar las prácticas policiales a la recepción de las denuncias relacionada con delitos que nos ocupan, según quien se apersona ante la autoridad prevencional.

**a) MENOR DE EDAD ACOMPAÑADO POR ADULTO:**

Sin perjuicio de las atribuciones contenidas en los arts. 268 y concordantes del CPPSF, el personal policial deberá abstenerse de interrogar al niño/a. Únicamente interrogar al adulto, asegurándose que el niño/a no esté presente en dicho acto, evitando así la contaminación del relato. En la hipótesis que el niño relate lo que le ha sucedido, dejar que el niño se exprese, registrándolo de manera textual, pero no interrogarlo. La autoridad policial, deberá dar inmediata intervención al Fiscal de turno.

**b) MENOR DE EDAD COMPARECE SOLO**

**A LA UNIDAD POLICIAL:**

La autoridad policial, deberá dar inmediata intervención al Fiscal. No obstante ello, el primer recaudo a adoptar por el personal policial, consistirá en individualizar un adulto responsable y de confianza del niño/a, a quien se le notificará inmediatamente para que comparezca a la dependencia policial, debiendo procederse en este caso, conforme lo previsto para el caso del niño/a acompañado/a por un adulto.

Si no se logra individualizar a ninguna persona adulta responsable, el personal policial recibirá el relato del niño solo con el objetivo de contar con los datos mínimos que permitan iniciar las actuaciones. Esto supone poder identificar si el hecho habría sido o no reciente e intra o extra-familiar. Las interrogaciones serán realizadas de manera amplia, de modo tal de permitir que el niño/a relate por sí lo acontecido. No se debe interrogar al niño/a en búsqueda de obtener más detalles sobre el hecho denunciado, más allá de esta información mínima e imprescindible (quién, cuándo, dónde), apuntando al resguardo del pudor y evitando la revictimización del niño/a. En todos los casos la na-

rración producida debe registrarse de la manera más fidedigna posible.

En caso que se esté en presencia de un delito intra-familiar, queda habilitada la acción del Fiscal (arts. 72 y concordantes del CP).

Cuando la víctima fuese una niña o adolescente mujer, se deben arbitrar los medios para que sea un personal oficial femenino de la policía la que realice esta labor. La policía de la provincia deberá arbitrar los medios necesarios para que en cada dependencia policial exista personal capacitado sobre los alcances del presente protocolo.

De igual manera, el relato encierra gran importancia para los profesionales médicos que, gracias a él podrán priorizar el tipo de atención que debe prodigarse, habida cuenta que si el hecho relatado es reciente, de naturaleza sexual o de lesiones, se le aplicarán las medidas sanitarias y de profilaxis que se estimen adecuadas para su situación en particular, siendo distinta la conducta médica a adoptar en otro supuesto.

**Centros de asistencia judicial y centros de asistencia a la víctima**

El artículo 82 del CPPSF ley 12.734 establece que la víctima que no cuenta con recursos económicos para contratar un abogado a fin de constituirse en querellante podrá recurrir al Centro de Asistencia a la Víctima u organismo pertinente que se lo proveerá gratuitamente.

En nuestra provincia, por decreto N° 1.326 de fecha 26.05.08 se crearon los Centros de Asistencia Judicial (CAJ) ante la necesidad de adoptar un programa para la protección a testigos y víctimas en causas penales que tiene su justificación normativa en los valores y principios de la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos incorporados a ella de respetar, acompañar, asistir y proteger a estas personas, adoptando las medidas preventivas para reducir su vulnerabilidad y minimizar los riesgos a los cuales están expuestas por su actuación dentro de tales procesos debido a la creciente violencia y complejidad estructural del delito, las víctimas y sus familiares requieren cada vez un mayor nivel de asistencia, protección y seguridad, que excede en lo

inmediato los mecanismos de resguardo implementados hasta el momento y requiere un andamiaje legal que permita una clara toma de decisiones y la efectiva ejecución de las órdenes impartidas atendiendo a parámetros, planes de acción y estrategias definidas de antemano, como una adecuada articulación interinstitucional entre los organismos estatales y con otras organizaciones de la sociedad civil sobre la materia. Los CAJ están situados en las ciudades de Santa Fe (nodo Santa Fe), Rosario (nodo Rosario), Tostado (nodo Rafaela), Reconquista (nodo Reconquista) y Vera (nodo Reconquista).

En cada CAJ el usuario puede presentarse solicitando respuestas para diferentes problemas en tanto víctima o testigo de un delito. De esa manera comienza a recorrer un camino con el apoyo y asesoramiento técnico de profesionales (abogados, trabajadores sociales y psicólogos). En otras palabras, el sistema fomenta una respuesta precoz e integral, cubriendo a las personas damnificadas por delitos y eventualmente a sus familiares y referentes próximos, siempre de cara a garantizar

los derechos de las víctimas a la información, la justicia, y la reparación. En el marco del nuevo sistema de enjuiciamiento penal, los CAJ cuentan con legitimación para representar a los damnificados por delitos como querellantes.

Además existen los Centros de Asistencia a la Víctima creados en el marco de la ley 11.202, dependiendo de la Defensoría del Pueblo de la provincia de Santa Fe, con el fin de intervenir ante situaciones de violencia física o emocional ejercida por particulares e instituciones y delitos que comprenden maltrato infantil, violencia familiar, apremios ilegales, violaciones, homicidios, entre otras causas, que atenten contra la integridad del individuo.

### **Segundo Nivel de Intervención. El Proceso Judicial**

#### **El ministerio público de la acusación. Intervención inmediata del fiscal**

Una vez conocido el hecho por cualquiera de los canales de anoticiamiento, el Fiscal dispondrá distintas medidas.

1. Si el hecho fue cometido por el progenitor o ascendiente, tutor o guardador y el menor no tiene padres, tutor ni guardador, la Fiscalía debe iniciar la investigación de oficio conforme el art 72 del CP. De no ser ese el caso, se debe identificar a un adulto responsable y de confianza para que realice la denuncia (progenitores, tutores o guardadores y/o curadores). No obstante, si los habilitados a instar la acción no lo hacen debe evaluar el Fiscal si existen intereses gravemente contrapuestos entre el niño/a y alguno de ellos, en cuyo caso también deberá proceder de oficio fundadamente (art. 72 último párrafo).

2. Disponer la realización del examen médico único.

3. Dar intervención a la Subsecretaría de Niñez, Adolescencia y Familia de la Provincia, a fin de brindar contención emocional, evaluación de riesgo y resguardo de seguridad psíquica y física del menor, quien deberá elevar al Juez un informe con el resultado de las evaluaciones y la recomendación de medidas de protección en caso de corresponder.

Si se detectaran indicadores de riesgo, los profesionales y/o equipos deberán informar de manera inmediata y por

la vía más conveniente a la autoridad judicial competente en el caso, quien determinará la necesidad de tomas medidas preventivas y/o asistenciales con las recomendaciones que resulten pertinentes.

La Subsecretaría de Niñez, Adolescencia y Familia, deberá contar con un equipo de profesionales especializado en la temática.

El Ministerio Público de la Acusación de la Provincia de Santa Fe, a través de las distintas Fiscalías Regionales ha establecido sus protocolos de actuación para el abordaje de delitos de abuso sexual infantil. La Fiscalía Regional de la Segunda Circunscripción dictó la Resolución 19/14 que estipula el procedimiento a adoptar desde el momento de la denuncia del hecho, la intervención de distintos actores, los objetivos de la etapa de la investigación, la preservación del interés superior del niño, el derecho a un trato digno, la protección de la salud, evitar la revictimización, derecho a la seguridad y a la privacidad, propender a una sola declaración testimonial del niño o niña víctima de delito. Dicho protocolo pone énfasis en los objetivos a nivel

investigativo que permitan reunir los elementos necesarios para preparar una eventual acusación, sin descuidar las comunicaciones con otras áreas de protección del menor.

### **Examen médico forense**

El Fiscal podrá disponer que el Examen sea realizado en el Cuerpo Médico Forense. En todos los casos el objetivo debe ser que el examen médico sea único, completo, realizado lo antes posible, conforme al protocolo que establezca dicho cuerpo, todo ello debidamente documentado. Se recomienda la notificación de este acto procesal al Defensor -si ya hubiere un imputado y éste hubiera designado un letrado- o en su caso al Servicio Público Provincial de Defensa Penal. Durante el desarrollo del examen se deberá priorizar el cuidado, la protección y respeto hacia el niño/a, debiendo ser realizado en compañía de un adulto de confianza del niño/a y en lo posible ante la presencia y acompañamiento de un psicólogo de la Oficina Especializada de la Subsecretaría de Niñez, Adolescencia y Familia. En cada caso, el Fiscal debe

determinar la necesidad y utilidad de la intervención sobre la víctima, para la realización del examen médico forense, fijándose pautas de intervención conforme al delito denunciado.

La victimología, a diferencia de la criminología, que tiene como centro de estudio al delito y al llamado «delincuente» (mejor dicho, a quien cometió el delito), pone en el centro y visibiliza a la víctima en los hechos delictivos, en su prevención y en el tratamiento de sus consecuencias<sup>6</sup>.

Una vez realizado el Examen Médico único, el Médico Forense procederá a comunicar al médico asistencial a fin de que la víctima sea incluida en el Protocolo correspondiente de prevención de VIH y anticoncepción. El hospital realizará la asistencia, en los casos que sea necesario y la provisión de los tratamientos. El sistema de salud provincial, en sus distintos niveles, debe proveer la medicación retroviral, o de anticoncepción de emergencia y otras que consideren necesarias según el caso y los materiales o lugares adecuados para la conservación de las muestras

biológicas obtenidas. El médico forense debe preservar los registros fotográficos con sumo cuidado para evitar violaciones a la intimidad de la víctima. Las tomas deberán realizarse con una cámara oficial y/o de propiedad exclusiva del médico forense interviniente, y guardarse en un sobre precintado en soporte magnético, debiéndose asentar de manera detallada quiénes tomaron contacto con ese material.

Si bien es cierto que la toma de fotografías constituye un elemento de relevancia probatoria sustancial, deben considerarse tanto la necesidad como la posibilidad de hacerlo, habida cuenta que esta práctica puede resultar revictimizadora para el niño o la niña. En todo caso, deberá contarse con el consentimiento de la víctima o, en caso de no poder proporcionarlo, por su grado de desarrollo, el consentimiento deberá ser prestado por su representante legal o, en su caso, por el representante promiscuo, con la previa evaluación de la profesional en salud mental que así lo aconseje. Estas reformas han intentado combatir la llamada «victimización secundaria» consistente en aquellos su-

frimientos soportados por las víctimas, los testigos y sobre todo los sujetos pasivos de un delito, que son provocados por las instituciones encargadas de impartir justicia, la que debe ser diferenciada de la «victimización primaria» la cual consiste en las consecuencias que sufre la víctima directa de un crimen; y de la «victimización terciaria» que es la estigmatización que la sociedad realiza luego sobre la víctima.

### **Recepción de declaración testimonial como anticipo jurisdiccional de prueba**

La entrevista de declaración testimonial es, por su naturaleza, un acto procesal que, como tal, debe estar rodeado de todas las garantías constitucionales necesarias para el imputado y para la víctima. Desde el punto de vista de la ley constituye una declaración testimonial, con la única salvedad de que, por la calidad especialmente vulnerable del sujeto declarante, se lleva a cabo de una manera especial y diferenciada a la del resto de los testigos (art. 160 del CPPSF).

A su vez, resulta facultad de las partes, especialmente del Fiscal solicitar fundadamente el anticipo jurisdiccional de prueba en cualquier instancia previa a la juicio (art. 298 del CPPSF).

Este anticipo probatorio es una extrapolación anticipada del procedimiento oral, al solo efecto de la producción del testimonio, y en el que las partes pueden ejercer los mismos derechos que tienen en aquel, de interrogar y contrainterrogar al declarante<sup>7</sup>, con las salvedades apuntadas respecto de las particularidades propias del sujeto que declara.

La evolución de la concepción de los menores se consigue con la Convención sobre los Derechos del Niño (ONU), y a partir de allí numerosas naciones y provincias, han comenzado una ardua tarea por acomodarse a tal legislación, estableciendo tanto instrumentos normativos, como mecanismos de promoción y de protección, que permitan lograr la exigibilidad y protección eficaz de aquellos derechos. Sin perjuicio de que aún resten muchas aristas por solucionar, varias tareas se han realizado para proteger los derechos de niños,

niñas y adolescentes; una de las cuales ha sido la implementación obligatoria de la Cámara Gesell para tomar declaraciones a menores víctimas de abusos sexuales.

Para implementar la utilización de la Cámara Gesell, a nivel nacional, se incorporaron al Código Procesal Penal de la Nación los arts. 250 bis y 250 ter.<sup>8</sup>

Asimismo, debe recordarse que la entrevista de declaración testimonial es un acto procesal esencial para que las partes ejerzan su derecho a contradecir la prueba, elemento fundamental del proceso penal (art. 173 y ss CPPSF).

De allí, entonces, la importancia que encierra la celebración de la entrevista testimonial, la cual se implementará como única, investigativa y evidencial. Se deberá notificar a todas las partes intervinientes. En caso de que no se hubiere identificado al imputado, al momento de realización de la entrevista, se notificará al Servicio Público Provincia de Defensa Penal para que este represente al imputado.

Por otra parte, el criterio que se pretende satisfacer es evitar la reiteración en el llamado a declarar a niños y niñas víctimas de delitos, por lo tanto resulta necesaria la corrección procesal del acto, realizado con observancia de todas las formalidades constitucionales y legales, que evitará futuras invalidaciones procesales, impidiéndose así que el menor sea llamado nuevamente a reproducir el acto, con el perjuicio para su bienestar que ello le ocasionaría.

Habida cuenta de la necesidad de garantizar al máximo el ejercicio del derecho de defensa del imputado, cabe asegurar también su presencia en el acto de toma de declaración, que no es otra cosa, a los fines procesales, que una audiencia, esto es, el momento útil para contrainterrogar y defenderse. Sin embargo, tampoco debe dejarse de lado la circunstancia de que, en observancia de ese derecho, la exigencia puede satisfacerse permitiendo que el imputado se encuentre en el inmueble en el que se celebra el acto, de manera tal que, a los fines de formular las preguntas que se estimen menester, su letrado pueda consultar directa y pron-

tamente con su asistido respecto de lo declarado por el niño o niña víctima.

La permanencia del imputado en un recinto aparte, aunque contiguo a la sala de observación, cuando la entrevista se realiza en Cámara Gesell no vulnera su derecho, bastando con que pueda acceder a la narración de manera simultánea o inmediata, luego de cumplido el acto. La razón de ello estriba en que el niño o niña entrevistado tiene derecho a conocer quiénes son las personas que se encuentran en la sala de observación, por lo que, en caso de preguntar sobre este aspecto a la profesional entrevistadora, no puede ésta negarse a responder ni, menos aún, informar erróneamente sobre este punto al entrevistado, asistiéndoles también el derecho a sentirse seguros para realizar su declaración con plena libertad.

Deberá utilizarse un sistema de circuito cerrado de televisión, lo que permitirá ambientar la sala de entrevista de manera más adecuada para facilitar el relato del niño, impidiendo el cruce de este con los actores presentes en la sala de observación.

Se deben tomar las medidas para asegurar la obtención de una grabación (audio e imagen) de alta calidad, la que será reservada en el Ministerio Público de la Acusación, con una copia de seguridad en la Oficina de Gestión Judicial - para consulta de las partes- resultando ésta la única prueba sin necesidad transcripción textual.

### **La entrevista preliminar**

Teniendo en cuenta los principios generales resulta necesario asegurar que el menor no vuelva a prestar declaración durante el debate oral ya que este, en la mayoría de los casos, se efectúa varios años después de realizada la denuncia. Por ello, como regla general, se establece la necesidad de que su testimonio sea incorporado mediante la proyección de la videograbación de la entrevista testimonial realizada durante la etapa de investigación.

Esta disposición especial se debe a distintos motivos. En primer lugar, es necesario evitar una nueva intervención sobre el menor en la cual se le demande que vuelva a reproducir el

contenido de los hechos sufridos, para protegerla y evitar su revictimización. Por otro lado, la calidad del recuerdo del menor es mayor durante la entrevista de declaración a los pocos días de sucedido el hecho o realizada la denuncia en contraposición a lo que puede llegar a ser varios años después durante la instancia de juicio oral, donde además el relato puede verse expuesto a retractaciones debido a presiones, distorsión o contaminación. Por ello es sumamente importante que la entrevista haya sido llevada a cabo con todos los recaudos procesales necesarios para asegurar que esta pueda ser efectivamente incorporada como medio de prueba válida en el juicio.

La actuación del Psicólogo Forense se realizará a partir de las disposiciones de la autoridad jurisdiccional que corresponda quien determinará la oportunidad y pertinencia de dicha intervención.

La entrevista preliminar con el niño o niña, antes de la celebración de la entrevista única, evidencial e investigativa, está destinada a cumplir distin-

tos objetivos: informar al niño o niña sobre el proceso y las características del acto de toma de declaración, sus objetivos, reglas y qué es lo que se espera de ellos. Ello comprende brindar asesoramiento y esclarecer inquietudes del niño o niña y del adulto que lo acompañe acerca de las condiciones del proceso, esto es, objetivos; modalidad y particularidad de este tipo de declaraciones; quiénes serán los operadores judiciales que participarán del acto y cuáles son sus respectivas funciones; lugar en el que se desarrollará del acto. Evaluación general sobre el nivel de desarrollo cognitivo, social, emocional, uso del lenguaje, necesidades especiales, entre otros aspectos relevantes para la dinámica de la toma de declaración y, posteriormente, para su debate por las partes y su ponderación por el Tribunal. Determinar si el niño o niña evaluados están en condiciones de prestar declaración. Si lo hiciera, se le solicitará que no lo haga en esa instancia, garantizándole que tendrá oportunidad de hacerlo durante el acto de toma de declaración, en el que su relato quedará registrado por medios audiovisuales. Se priorizará el

establecimiento de un vínculo entre la psicóloga y el niño o niña, por lo que se procurará mantener la continuidad de esa misma profesional para la realización de la toma de declaración. La entrevista deberá realizarse el mismo día de la entrevista en Cámara Gessell.

Como resultado de esta evaluación, el profesional deberá emitir el correspondiente informe verbal. Dicho informe será escrito en caso de que el niño no esté en condiciones psicoemocionales de declarar, especificando el motivo. En el informe se consignarán las conclusiones a las que arriba el profesional con sus correspondientes fundamentaciones y aquellas inferencias vinculadas a una posible situación de riesgo, retractación y/o sugerencias profesionales que se consideren pertinentes en relación al caso.

### **Juicio oral**

En virtud del principio adversarial, sabido es ya que sólo podrá dar base a la sentencia del Tribunal exclusivamente aquellas pruebas que sean incorporadas al juicio oral, de modo que los acu-

sados, testigos y peritos deben declarar directamente y de cuerpo presente ante el Tribunal y someterse al interrogatorio y contrainterrogatorio de las partes y todas las pruebas materiales deben también ser incorporadas mediante su exhibición directa y reconocidas por aquellos que corresponda<sup>9</sup>.

El juicio oral se concreta a través la denominada «audiencia de debate», que constituye el acto procesal más importante pues allí donde las partes pueden llevar a cabo en plenitud sus pretensiones acusatoria y de defensa, examinando a los testigos y demás pruebas ofrecidas por cada una de ellas, exponiendo al final sus críticas a los elementos aportados por la contraria y requiriendo del Tribunal una decisión final –condenatoria, absolutoria o anulatoria– sobre lo discutido. Atento a la naturaleza acto procesal de declaración testimonial de la que participa la entrevista realizada por la profesional psicóloga designada al efecto al niño o niña víctima, su registro por medio de videograbación debe ser incorporada al debate a los fines de que las partes la examinen y efectúen su crí-

tica, de conformidad a la vigencia de los principios de oralidad y contradicción. Ello tiene vinculación con lo establecido en los arts. 311 y 326 última parte del CPPSF.

En principio, no debe realizarse nuevamente el acto de interrogación, sobre todo si éste fue cumplido con la participación de todas las partes. Si bien es cierto que en materia de oralidad procesal, el principio de intermediación resulta de gran relevancia para la valoración de la prueba, no debe olvidarse que éste puede ceder ante la presencia de un principio superior, cual es el interés del niño o niña víctima, consagrado por el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el que también impone que se procure evitar en lo posible nuevas experiencias revictimizadoras para aquellos. Ciertamente que llamar a un niño o niña víctima a deponer nuevamente ante el Tribunal, cuando su declaración ya ha sido producida satisfaciendo las garantías que asisten a las partes, implica una práctica defectuosa en cuanto significa una vulneración a sus derechos. Sin embargo, tampoco debe soslayarse que, a lo

largo de la investigación desarrollada en la audiencia de debate, pueden haber surgido elementos novedosos que incidan sustancialmente sobre la acusación originalmente formulada y a tenor de los cuales se requiere, de manera ineludible, que el niño o niña sea convocado otra vez a efectos de ampliar su primera declaración. Estos casos deben ser excepcionales pues, de otro modo, lo único que se consigue es distorsionar –y hasta contradecir– los objetivos buscados por el Protocolo.

A pesar de esta regla general, es posible que en algunos casos de cierta excepcionalidad pueda ser necesario y conveniente aceptar la posibilidad de que se realice una entrevista adicional en esta instancia. En estos casos se debe mantener siempre presente que la entrevista adicional será considerada como complementaria y un agregado a la ya realizada durante la investigación. Esto supone que las cuestiones ya tratadas e incluidas en la primera entrevista no vuelvan a ser interrogadas en este nuevo acto. En todos los casos en los que excepcionalmente se admita la nueva citación

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

## Conclusión

Los Protocolos de intervención Interinstitucional constituyen un importante paso para mejorar las condiciones y la calidad de la atención que se le brinda a estos niños y niñas víctimas o testigos de delitos. Se debe continuar trabajando en los mismos para delimitar y coor-

dinar la intervención de los actores en las diferentes instancias del proceso.

Al pensar los mismos tampoco debe centrarse la atención exclusivamente en los delitos de abuso sexual, sino también en los casos de maltrato infantil, ya que estadísticamente se ha producido un incremento de los casos atendidos en centros de salud, según información proporcionada por el Subdirector del Hospital de Niños Víctor J. Vilela de la ciudad de Rosario, que indicó que existe actualmente un promedio de quince casos al mes que ingresan a ese centro de asistencia de vulneración de derechos de niños, sea por maltrato físico, abuso, negligencia, abandono y violencia.

Las indicaciones señaladas deben ser tomadas como pautas generales, ajustables y mejorables por los operadores a las circunstancias particulares de cada caso, en un debate entre todos los actores que seguramente permitirá reformular y profundizar las mismas. ■

#### CITAS

<sup>1</sup>Fondo de las naciones unidas para la infancia (UNICEF) asociación por los derechos civiles (ADC), junta federal de cortes y superiores tribunales de justicia de las provincias argentinas. Guía de buenas prácticas para el abordaje de niños/as adolescentes víctimas o testigos de abuso sexual y otros delitos. Protección de sus derechos, acceso a la justicia y obtención de pruebas válidas para el proceso. [www.proteccioninfancia.org.ar](http://www.proteccioninfancia.org.ar)

<sup>2</sup>Protocolo interinstitucional para el acceso a justicia de niños, niñas y adolescentes víctimas o testigos de violencia, abuso sexual y otros delitos fue aprobado por el Superior Tribunal de Justicia de Formosa mediante Acuerdo N° 2734 de fecha 31 de octubre de 2012 [www.jus-formosa.gov.ar](http://www.jus-formosa.gov.ar)

<sup>3</sup>Protocolo aprobado por el Superior Tribunal de Justicia en Acordada N° 200/2012, publicada íntegramente en la página web del Poder Judicial de Jujuy [www.justiciajuju.gov.ar](http://www.justiciajuju.gov.ar) link Acordadas.

<sup>4</sup>Ley N° 26.061 sancionada 28/09/2005; promulgada el 21/10/2005; (B.O. 26/10/2005).

<sup>5</sup>DECRETO REGLAMENTARIO N° 619/2010.

<sup>6</sup>NEUMAN, ELIAS, *Victimología. El rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales*. Editorial Universidad, Buenos Aires, 1984, págs. 17-57.

<sup>7</sup>JAUCHEN, EDUARDO, «*Tratado de Derecho Procesal Penal*» Tomo II, página 669, Rubinzal Culzoni Editores.

<sup>8</sup>Artículos incorporados por la ley N° 25.852 - B. Oficial del 08 de Agosto de 2004.

<sup>9</sup>JAUCHEN, EDUARDO, «*Tratado de Derecho Procesal Penal*» Tomo II, página 668, Rubinzal Culzoni Editores.