

La prueba en la investigación penal preparatoria de los delitos contra la integridad sexual cometidos en perjuicio de menores de 16 años de edad en la provincia de Córdoba

Gabriel Andrés Sagen¹

SUMARIO: I.- Introducción; II.- Consideraciones previas; III.- Actos Definitivos e Irreproducibles; IV.- La prueba en los delitos contra la integridad sexual; V. El relato de la víctima; VI.- Cámara Gesell vs. Principios del Sistema Acusatorio. VII.- La pericia psicológica; VIII. Reflexiones finales.

RESUMEN: Para el análisis de la prueba de los delitos contra la integridad sexual - cometidos en perjuicio de menores de dieciséis años de edad- recolectados durante la investigación penal preparatoria se ha tomado como base la ley ritual cordobesa (C.P.P. ley 8123) y la significación y utilización que los operadores del sistema le otorgan a la realización práctica de los mismos. El marco conceptual desde donde se efectúa el análisis son los principios del sistema acusatorio, paradigma del sistema de enjuiciamiento penal diseñado por nuestra Constitución Nacional, los Tratados Internacionales suscriptos por nuestro país y la jurisprudencia predominante de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Atento a ello, se analiza si el modo en que se recepta y utiliza la exposición informativa bajo la

¹Gabriel Andrés Sagen, abogado egresado de la Universidad Nacional de Córdoba. Adscripto de la asignatura Derecho Procesal Penal Cátedra B de la Facultad de Derecho y Cs. Sociales de la UNC.

modalidad de Cámara Gesell de la víctima menor de 16 años, y la pericia psicológica, que suele acompañar a su relato, son obtenidas y valoradas respetando los principios del sistema acusatorio/adversarial.

PALABRAS CLAVE: sistema acusatorio – delitos sexuales - prueba – cámara Gesell – pericia psicológica

I.- Introducción

Para el análisis de la prueba de los delitos contra la integridad sexual - cometidos en perjuicio de menores de dieciséis años de edad- en la investigación penal preparatoria he tomado como base la ley ritual cordobesa (C.P.P. ley 8123) y la significación y utilización que los operadores del sistema le otorgan a la realización práctica de los mismos.

El marco conceptual desde donde se procederá a efectuar el análisis son los principios del sistema acusatorio, paradigma del sistema de enjuiciamiento penal diseñado por nuestra Constitución Nacional, los Tratados Internacionales suscriptos por nuestro país y la jurisprudencia predominante de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Antes de continuar, debo adelantar que el actual sistema de enjuiciamiento *preponderante* en Córdoba, no es respetuoso del modelo que impone nuestra Constitución Nacional. Pues la investigación penal preparatoria (I.P.P.), en el sistema de enjuiciamiento cordobés, se caracteriza por ser **escrita, limitadamente pública** (art. 312 del CPP), **limitadamente contradictoria** -pues la mayor parte de la prueba que servirá de base a la acusación se obtiene a espaldas de la defensa- y **extremadamente formalizada**, ya que los actos que se llevan a cabo durante esta etapa del proceso se formalizan en actas, informes, dictámenes, etc. que pasan sin más a integrar el contenido del expediente penal, hoy digital pero con idéntica lógica.

Ahora bien, debido a que una de las características sobresalientes en el juzgamiento de los delitos contra la integridad sexual es su orfandad probatoria y que más de las veces el juzgador -a la hora de resolver-, debe tomar una decisión basándose sólo en la **declaración de la víctima, los dictámenes periciales y los**

indicios², se analizará si dichas pruebas son obtenidas y valoradas respetando los principios del sistema acusatorio/adversarial.

Por otro lado, debo remarcar que, si se acepta que la oralidad es una de las características del juicio propiamente dicho, resulta contraproducente continuar sosteniendo que la etapa de investigación previa sea *escrita, formalizada y tendiente a la construcción de un expediente*. Pues, es por todos conocido, que dicho *expediente* irrumpirá luego en la fase del juicio y desvirtuará las características que le son propias, tales como la **inmediación** y el **contradictorio**, toda vez que nuestro Código de Rito permite incorporar al juicio “*prueba*” por la sola lectura de actas, escritos, dictámenes, o mediante la proyección del DVD que contiene la exposición informativa bajo la modalidad de cámara Gesell del niño, niña o adolescente víctima o testigo, etc. afectando de este modo los principios propios del sistema diseñado por nuestra Constitución Nacional, como así también el derecho de defensa del imputado. Es de destacar que, sobre este punto, Azabache³ sostiene que en el marco de un procedimiento fuertemente escrito, el expediente se ha convertido en la fuente por excelencia de la convicción de los magistrados.

Aclarado el marco normativo desde donde procederé a realizar el análisis, voy a focalizar esta perspectiva en dos de las pruebas que resultan fundamentales para el esclarecimiento de este tipo particular de delitos: **el testimonio de la víctima** (prueba testimonial o exposición) y **la pericia psicológica** (tanto de la víctima como del victimario), toda vez que los indicios o “prueba indirecta”, merecen el mismo tratamiento que se les otorga en la investigación del resto de los delitos, es decir, solo tendrán valor incriminante a condición de que en la valuación de aquellas se opere una mínima exigencia crítica, lo que por otra parte hace a la esencia del sistema de la libre convicción motivada, razón por la cual no serán objeto de análisis en el presente ensayo.

II.- Consideraciones previas

La entrada en vigencia de la ley 8123, significó un cambio de paradigma en el sistema procesal penal cordobés desde un sistema “*inquisitivo*” a un sistema “*acusatorio formal*”. De esta forma, el nuevo Código pretendió imponer límites al poder represivo del Estado sobre la persona del imputado. En este sentido, se

² T.S.J. Sala Penal, S. n° 163, 22/07/11 “*Verón, David Héctor p.s.a. abuso sexual con acceso carnal – Recurso de Casación*”.

³ AZABACHE, Cesar “*Notas a la reforma del procedimiento penal en el Perú, en Sistemas Judiciales*”, N° 3, INECIP/CEJA, Buenos Aires, 2002, p. 93.

sustituyó la investigación jurisdiccional por una investigación fiscal preparatoria y se distinguió las funciones de perseguir y acusar, a cargo de Ministerio Público Fiscal; de la de juzgar y punir, que puso a cargo de los órganos jurisdiccionales.

Al respecto, el Dr. Cafferata Nores refirió que dicha reforma se condijo con el modelo procesal consagrado por nuestra Constitución Nacional, cuyas normas distinguen las referidas funciones, considerando que ambas son responsabilidades estatales, pero a cargo de dos órdenes de funcionarios públicos distintos, el Ministerio Público Fiscal y el Jurisdiccional.

Esta división de roles trajo consigo que el blanco principal de la reforma estuviese enfocado en la investigación penal preparatoria. En efecto, uno de los cambios más significativos que impulsó el actual régimen con relación al anterior, es precisamente la sustitución de la instrucción judicial como regla de la investigación de delitos de acción pública, por la investigación fiscal, considerada en la máxima exposición de motivos como la novedad fundamental del proyecto que finalmente se convirtió en ley.

Así, el sistema procesal cordobés consagró una investigación penal preparatoria encargada casi con exclusividad al Fiscal de Instrucción, quien deberá alcanzar la doble finalidad prevista por la ley *“de impedir que el delito produzca consecuencias ulteriores y reunir las pruebas útiles para dar base a la acusación o determinar el sobreseimiento”* (art. 302 CPP). Y es justamente esta segunda actividad la que se analizará en los apartados subsiguientes.

Para lograr tal cometido, el propio sistema dotó al Fiscal de Instrucción de un importante cúmulo de atribuciones, tanto en materia probatoria como coercitiva, toda vez que reconoció que el éxito de la IPP dependía en gran medida de las atribuciones que se le otorgaban a los fiscales, pues tal y como surge de la exposición de motivos de la mentada ley de reforma *“...mientras mayor sea la autonomía que tenga de los jueces en orden a los poderes de investigación y algunos de coerción, mayores serán las posibilidades de éxito. Ello sin desmedro de los límites infranqueables que imponen las garantías constitucionales...”*⁴.

Así el actual Código de Rito le confirió al Fiscal de Instrucción la potestad de practicar todas las diligencias conducentes al descubrimiento de la verdad, reuniendo los elementos que servirán de base a sus requerimientos y para ello, le otorgó la facultad de practicar y hacer practicar todos los actos que considere

⁴ Exposición de Motivos de la Ley 8123.

necesarios y útiles para la investigación, salvo aquellos que la propia ley les atribuya a otros órganos judiciales, en cuyo caso, los requerirá (arts. 303, 328 y 329 del CPP).

Ya en lo que atañe específicamente a la materia probatoria, puede afirmarse que el Fiscal de Instrucción puede disponer por sí la realización de todos aquellos actos de prueba que no estén expresamente reservados al órgano jurisdiccional (art. 192 CPP). Estos actos probatorios suelen clasificarse en: **repetibles**, tales como el testimonio, la pericia, los informes, traducciones, etc.; y los denominados **actos definitivos e irreproducible**s (art. 308 CPP), como las autopsias, los revenidos químicos, las reconstrucciones del hecho y los reconocimientos de personas u objetos. En cambio, no podrá disponer por sí todos aquellos actos que por imperio constitucional o legal le están vedados, como la interceptación de las comunicaciones, intervención de las telecomunicaciones, aperturas de teléfonos móviles y/o dispositivos electrónicos de almacenamiento de datos, allanamientos de moradas (arts. 214, 215 y 216 del CPP), entre otros, debiendo requerir dichas medidas al juez de control.

El problema es que, nuestra ley ritual, en aras de lograr mayor eficacia en la compleja tarea confiada al fiscal de instrucción, le ha posibilitado disponer de manera autónoma de una amplia gama de medidas probatorias, entre las que se encuentran los actos definitivos e irreproducible

s, sin la necesaria intervención del órgano jurisdiccional. Tal y como lo enseña el profesor Cafferata Nores, los elementos probatorios que recoja el fiscal durante el decurso de la investigación penal preparatoria, solo tendrán valor para dar fundamento a la acusación o al pedido de sobreseimiento. Pues si se pretendiera utilizar esas pruebas para fundar la sentencia, habría que producirlas durante el juicio, bajo el régimen del contradictorio pleno, salvo que hubiesen sido cumplimentadas con arreglo al sistema excepcional de los actos definitivos e irreproducible

s, que impone garantizar la intervención de la defensa (art. 308 y 309 del CPP). Así entendido, la recepción de un acto definitivo e irreproducible durante la IPP, implicaría un verdadero adelanto del contradictorio. Pero para que ello ocurra, sería necesario -a la luz de nuestro sistema de enjuiciamiento constitucional-, la participación de los tres sujetos esenciales en todo juicio oral, es decir, el representante del Ministerio Público Fiscal, el Juez y el imputado junto a su abogado defensor, lo que no ocurre ni en la práctica, ni en nuestro ordenamiento local. Ello es así, ya que el art. 309 CPP sólo le exige al fiscal de instrucción, bajo

pena de nulidad, que notifique a la defensa del imputado sobre la realización de los mismos a los fines de que pueda comparecer para controlarlos. Dicho requerimiento se encuentra estrictamente relacionado con la garantía de defensa en juicio y el principio del contradictorio en el proceso penal, propio de un sistema procesal acusatorio de corte adversarial, ¿pero se satisface con la mera presencia de la defensa?

III.- Los actos definitivos e irreproducibles

Tal como se ha puesto de manifiesto precedentemente, existen ciertos actos probatorios que escapan a la regla general según la cual los datos o evidencia recolectada durante la investigación penal preparatoria carecen de aptitud para fundar la sentencia posterior al debate. La razón de ello deriva en que, el sistema procesal penal acusatorio de corte adversarial, sólo reconoce como prueba aquél dato introducido al proceso, de manera oral, por medio de los órganos de prueba que fueron sometidos a las reglas del examen y contraexamen, es decir, a las reglas de la contradicción. De lo contrario, será considerada una mera evidencia apta sólo para fundamentar un requerimiento fiscal.

Ahora bien, puede suceder que durante la investigación penal preparatoria el fiscal tenga que ordenar la producción de determinada prueba que no podrá ser producida en el juicio (v.gr. testigo que no podrá deponer en el debate), o bien que no podrá ser nuevamente realizada en las condiciones primigenias (v.gr. autopsia, revenido químico, etc.); o que su repetición traiga consigo la pérdida o disminución de la eficacia convictiva; o que, por disposiciones legales y aún repetibles, estén destinados a realizarse una sola vez (art. 221 bis en consonancia con la Declaración Universal del Niño, art. 3). En todos esos casos estaremos en presencia de los denominados actos definitivos e irreproducibles (art. 308 y 309 CPP).

Estos actos han sido definidos así en atención a las características propias de los adjetivos que los definen: definitivo e irreproducible. Al respecto, se ha señalado que “...*el acto es definitivo si, para servir de prueba en el juicio, no es necesario repetirlo y mejorarlo procesalmente. Ese acto es irreproducible si no se lo puede repetir en idénticas condiciones...*”⁵. Para que el acto sea considerado tal debe reunir necesariamente las dos características enunciadas, esto es, debe tratarse de un acto “definitivo” e “irreproducible”. El artículo 308, que introduce el concepto, está redactado de tal

⁵ Núñez, Ricardo. Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba. Marcos Lerner Editor, segunda edición, 1986, pág.187.

forma que ambas cualidades deben concurrir en el acto particular. Si así no fuera, no se podría justificar su tratamiento diferenciado.

Si bien es cierto que dichos adjetivos suelen ser ambiguos y necesitan ser caracterizados por una norma que los delimite, nuestra legislación procesal penal no contiene una definición de lo que debemos entender por acto definitivo e irreproducible, lo que hace necesario acudir a otras fuentes para entender dicho concepto, siendo de especial interés los criterios de la doctrina al respecto.

Pero más allá de esa indefinición normativa, lo indiscutido es que estos actos escapan a la norma genérica según la cual las pruebas reunidas durante la IPP carecen de aptitud para fundar la sentencia posterior al debate.

Como ya fue mencionado, nuestro código procesal penal, al regular los derechos del imputado, hace referencia al derecho de asistencia y facultad judicial. Al respecto, art. 308 refiere que los defensores de las partes tendrán el derecho de asistir a los registros, reconocimientos, reconstrucciones, pericias e inspecciones, salvo lo dispuesto en el art. 198 del C.P.P., *“siempre que por su naturaleza y características se deban considerar definitivos e irreproducibles”*.

De esta manera, pretende, bajo sanción de nulidad, permitir que una prueba recogida durante la IPP pueda luego ser utilizada con valor de tal durante el debate sin ser reproducida, al someter su producción al contralor de la contraparte (art. 309 CPP). En este sentido, expresa Cafferata Nores que *“solo aquellas pruebas que no puedan practicarse más de una vez, pues por su naturaleza o características son irreproducibles, podrán escapar a esa limitación y ser idóneas para dar base a la sentencia sin haber sido recibidas en el juicio. Para que así ocurra será indispensable que se haya garantizado a la defensa la posibilidad de participar en su recepción, lo que excluye la posibilidad de practicarlas en secreto, e impone la previa notificación a los defensores”*⁶. Como se advierte, el profesor nada dice en relación a la participación del órgano jurisdiccional.

Ahora bien, entiendo que, si de un verdadero adelanto del debate se tratara, la prueba que se obtiene de la realización de aquellos actos definitivo e irreproducibles debería ser receptada y producida bajo los principios que rigen el sistema acusatorio, eso es, la inmediación, la contradicción y la oralidad. Lo que de hecho no ocurre, ya que si bien el Código Procesal Cordobés le permite a la defensa cuestionar la validez del acto probatorio ordenado y dirigido por el Fiscal de Instrucción, ya sea a través del recurso de oposición o denunciando una nulidad,

⁶ CAFFERATA NORES, José *“Derecho procesal penal. Consensos y nuevas ideas”*, p. 90.

la ley de rito no exige la presencia del magistrado en la producción del mismo, por lo que las partes deberán presentar sus respectivos escritos y remitir el expediente al despacho del juez quien, tras una atenta lectura y estudio de la causa, resolverá la cuestión mediante el dictado de un auto interlocutorio o una sentencia.

En sentido contrario a lo que acontece en Córdoba, Binder sostiene que cuando existe un obstáculo insuperable para producir la prueba en el momento en que corresponde, es decir, durante el debate, *“se permite que, mediante un mecanismo procesal, se le dé valor anticipado a la información que brindan esos elementos de prueba. Ese mecanismo es el anticipo de prueba; consiste básicamente en la realización jurisdiccional de la prueba, de un modo en que también se anticipen las condiciones básicas del juicio, en especial, la posibilidad de control sobre la prueba por parte de todos los sujetos procesales y la presencia del Juez”*⁷. Es que para que exista un verdadero y total anticipo del contradictorio, deberían retrotraerse a la etapa de la investigación las características elementales del juicio, procurando representar, en lo posible, el escenario natural en que la prueba debe producirse, es decir, el debate.

No obstante, los arts. 308 y 309 del CPP no prevén la intervención del juez de control para la realización anticipada de las pruebas, ni siquiera en el caso de los testimonios que no podrán receptarse durante el debate, por lo que, de acuerdo a la sistemática general del código, podrán ser practicados por el fiscal de instrucción con la participación del imputado y su defensa, lo que desequilibra la balanza, toda vez que la producción misma del acto estará a cargo exclusivo de una de las partes del proceso penal, la que acusa.

Diferentes autores han tratado de justificar estas potestades de los fiscales de instrucción echando mano a los principios que gobiernan la actuación del M.P.F. (legalidad, objetividad, unidad de actuación y dependencia jerárquica), considerando que dichos principios y en especial el de objetividad, ofrecen suficientes resguardos para la defensa, que siempre cuenta, en última instancia, con las correspondientes vías impugnativas que el mismo código le acuerda.

En definitiva, nuestro Código de Rito autoriza al fiscal de instrucción a practicar actos definitivos e irreproductibles siempre que sean absolutamente necesarios para el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley, imponiéndole la obligación de notificar al imputado y a su defensa la realización del mismo a fin de su efectivo control. Ello, debido a que el principio del contradictorio aparece proclamado de manera inequívoca en los pactos

⁷ BINDER, Alberto *“Introducción al derecho procesal penal”*, Ed.: Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000.

internacionales con jerarquía constitucional incorporados en la reforma constitucional de 1994, pero no prevé la participación del Juez de Garantías en su producción.

Basándose en la legislación supranacional, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Benítez”, reafirmó la trascendencia del contradictorio en el proceso penal argentino. Benítez, había sido condenado en base a testimonios receptados durante la IPP, que no pudieron reproducirse en el debate con el debido control de la defensa, dado que la víctima y los testigos no pudieron ser hallados, por lo que sus declaraciones debieron ser incorporadas al debate por la mera lectura de las actas que integraban el expediente que dio base a la acusación penal. Al resolver, el Tribunal sostuvo que *“el hecho de que el Estado haya realizado todos los esfuerzos posibles para hallar al testigo y para satisfacer la pretensión de la defensa de interrogarlo, carece de total relevancia, pues lo que se encuentra en discusión es otra cosa; **si la base probatoria obtenida sin control de la defensa es legítima como tal. De allí que la invocación de la imposibilidad de hacer comparecer al testigo no baste para subsanar la lesión al debido proceso que significa que, finalmente, la parte no haya tenido siquiera la posibilidad de controlar dicha prueba. Desde este punto de vista, lo decisivo no es la legitimidad del procedimiento de incorporación por lectura, el cual, bajo ciertas condiciones, bien puede resultar admisible, sino que lo que se debe garantizar es que al utilizar tales declaraciones como prueba se respete el derecho de defensa del acusado”***⁸.

Es por ello que la mayoría de la doctrina cordobesa entiende que basta con que se haya garantizado la posibilidad de la defensa de controlar la producción de prueba durante la investigación (como ocurre con los actos definitivos e irreproducibles o la exposición informativa bajo la modalidad de cámara Gesell de los niños víctimas o testigos de hechos contra la integridad sexual), para que su posterior incorporación al debate por la lectura de las actas o la reproducción del DVD que contiene la exposición informativa receptada bajo dicha modalidad, no implique una infracción constitucional.

El problema radica en que, en la investigación de delitos contra la integridad sexual, el relato del niño/a víctima o testigo –que se asimila a un acto definitivo e irreproducible, en aras a evitar su revictimización-, como se verá, adquiere una particular relevancia para la dilucidación de hechos de esta índole, el que unido a la pericia psicológica y demás indicios pueden ser prueba más que suficiente para fundar una medida de coerción, un requerimiento fiscal y hasta una sentencia

⁸ CSJN, “BENITEZ, Aníbal L.” 12/12/06, LL, 23/07/07.

condenatoria. Es por ello que, en esta clase particular de delitos, resulta trascendental la intervención del juez de garantías en la producción de dicho acto probatorio, pues sólo este, podrá asegurar a ambas partes, la posibilidad de interrogar y contrainterrogar al testigo, siempre a través del profesional mencionado en el art. 221 bis del CPP para interactuar con el niño/a.

Explicado ello se procederá a analizar la prueba en la investigación de los delitos contra la integridad sexual cometidos en perjuicio de menores de 16 años de edad, de la forma en la que está regulado en nuestro ordenamiento local.

IV.- La prueba en los delitos contra la Integridad Sexual.

Ya se anunció que una de las características sobresalientes en el juzgamiento de los delitos contra la integridad sexual es su orfandad probatoria. Vale recordar que, en hechos de esta naturaleza, jamás cometidos *coram populo*, el victimario aprovecha la intimidad en que se desarrollan los hechos -a la ausencia de mirada de terceros- para llevar a cabo su actividad criminosa, razón por la cual cobra particular importancia la **declaración de la víctima**. Pero esta por sí sola no alcanza, pues es necesario respaldar dicho relato con otros medios de prueba -*independientes*- que nos permitan alcanzar los distintos grado de convicción exigido por la ley, tanto para la imputación, la aplicación de una medida de coerción personal -*motivos bastantes y convicción suficiente*-, el requerimiento de citación a juicio -*probabilidad positiva*-, como para el dictado de una sentencia condenatoria -*certeza*- con la cual se le da fin a la actividad jurisdiccional.

Surgen así dos nuevos interrogantes, ¿cuáles son estas “*otras pruebas*” que deben recolectarse? y ¿cuál es el valor convictivo que debe otorgárseles?

La respuesta al primer interrogante dependerá de cada caso en particular. Así, nos encontramos frente a determinados casos de abuso sexual -*simple*-, donde la víctima no presenta rasgos físicos que acrediten los extremos denunciados por el niño/a víctima, o bien puede suceder que el hecho no sea denunciado de manera inmediata a su comisión, de manera tal que las huellas o rastros que el hecho pudo haber dejado en el cuerpo de la víctima desaparezcan debido al mero paso del tiempo o a la recomposición natural del cuerpo.

En otros supuestos -abuso sexual con acceso carnal, lesiones, etc.- la víctima presenta signos o huellas que acreditan que ha sido agredida sexualmente, siendo comprobables con los informes médicos correspondientes (examen ginecológico, anogenital y físico general).

Lo cierto es que en la práctica judicial suelen ser frecuente al menos tres situaciones fácticas, que dificultan el descubrimiento de la verdad, y que se mencionan a continuación: **a)** Infantes que revela haber sido abusado sexualmente acompañado de un examen médico que se condice con las manifestaciones del niño, en el cual se observa himen incompleto, desflorado, lesiones, ano desgarrado o fisurado, exámenes de ETS que determinan que la víctima es portadora de una enfermedad infectocontagiosa, tales como VDRL, HPV, HIV, Hepatitis B, etc. e informes químicos que detectan la existencia de material biológico –semen o sangre-, en los hisopados vaginales, anales u orales, etc.; **b)** Otros que se quedan en silencio por temor o vergüenza –por sentirse cómplices o partícipes de los hechos que los han tenido como víctimas-, pero que al momento de efectuarles el examen médico presentan el diagnóstico del supuesto a), y **c)** Y menores de edad que relatan haber sido víctimas de un delito contra su integridad sexual y al momento de efectuar los exámenes médicos presentan himen completo, no desflorado, ano sin fisuras o himen complaciente.

Lamentablemente, los dos últimos supuestos suelen ser los más frecuentes en la práctica y resultan ser los de más difícil comprobación, razón por la cual los dichos de la víctima y las conclusiones de las pericias psicológicas y/o interdisciplinarias llevadas a cabo por los Equipos Técnicos del Poder Judicial, sumado a los indicios, son los únicos medios de prueba con los que contará la Instrucción para avanzar en la investigación y atribuirle a una persona la comisión de un hecho delictivo. Y en la mayoría de los casos, esas mismas pruebas serán las únicas con las que contará el Tribunal para decidir, con el grado de convicción exigido por la ley –*certeza*-, si la persona imputada es penalmente responsable del hecho que se le endilga.

De ahí la importancia de que estos actos procesales se lleven a cabo respetando en extremo las reglas del debido proceso y defensa en juicio, como así también los principios del sistema acusatorio. Pues una exposición informativa bajo la modalidad de Cámara Gesell o una pericia psicológica, sin el debido control de parte, pueden transformarse en fundadas sentencias condenatorias vulnerando garantías constitucionales. Máxime si se tiene en cuenta el valor –*convictivo*- que los tribunales le otorgan tanto al relato de la víctima como a los dictámenes elaborados por los peritos oficiales del Poder Judicial.

a. Procedimiento.

Atento a las particularidades de estos tipos de delitos, en 1998, la Provincia de Córdoba creó la Unidad Judicial de Delitos contra la Honestidad. A partir de esta decisión de política criminal, la primera circunscripción judicial contó con una unidad judicial especializada cuya denominación varió a lo largo de los años, en atención a la normativa nacional e internacional vigente. Así, en el año 2005, comenzó a funcionar bajo el nombre de Unidad Judicial de la Mujer y el Menor⁹ y se la dotó de equipos médico y psicológico dedicados exclusivamente a la valoración de víctimas de agresiones sexuales.

Años más adelante, en 2011, se asignó a la Fiscalía de Instrucción del Distrito Judicial 3 -2º Turno- a cargo de la Dra. Alicia Chirino, el tratamiento especial de la materia. En 2016, y ante el aumento exponencial de estos delitos, se hizo lo propio con la Fiscalía de Instrucción del Distrito Judicial IV -5º Turno-¹⁰, a cargo de la Dra. Ingrid Vago.

Paralelamente a la decisión de que una Fiscalía especializada tratara con estos delitos, se creó en septiembre de 2011 el Equipo de Tratamiento e Intervención de Víctimas (E.T.I.V.)¹¹.

En la actualidad, cuando una persona es víctima de un hecho contra su integridad sexual, debe realizar la correspondiente denuncia penal por ante la Unidad Judicial de Delitos contra la Integridad Sexual, que funciona en el edificio del Polo Integral de la Mujer en situación de violencia lo que, a mi modo de ver, resulta revictimizante para aquellas víctimas de género diverso. Nuevamente la terminología utilizada por el Estado, debido a la significación social que de ella se realiza, deviene una cuenta pendiente.

Una vez allí, el tratamiento de las víctimas se diferencia en atención a su edad. Así, si nos encontramos con menores de 18 años de edad, pero mayores de 16, previo a declarar, son entrevistadas por los profesionales que integran la Unidad Técnica de Psicología, quienes elaboran lo que se conoce como la “Entrevista de abordaje primaria”, donde evalúan si la presunta víctima se encuentra en condiciones psicofísicas de declarar, a los fines de evitar su revictimización. Luego,

⁹ Decisión que se adoptó por Resolución de la Fiscalía General de la Provincia n° 96, del 21 de diciembre de 2004.

¹⁰ Instrucciones de la Fiscalía General de la Provincia n° 8/11 y 4/14 y 6/16, respectivamente.

¹¹ Creado por Acuerdo Reglamentario N° 188 –Serie “B”, del T.S.J. el 21/09/2011

y de acuerdo al tipo de delito denunciado –abuso sexual simple, gravemente ultrajante o con acceso carnal- y el tiempo transcurrido entre el hecho y la denuncia, y siempre que la víctima o su representante legal así lo autoricen, son revisados por el equipo médico que integra la Sección de Medicina Forense de la Policía Judicial, quienes elaboraran el correspondiente Informe Técnico Médico y levantan las muestras necesarias a los fines de determinar la presencia de material biológico del agresor en el cuerpo de la víctima, mediante un triple hisopado indubitado oral, vaginal, anal, etc. según corresponda.

Cuando de víctimas o testigos menores de 16 años de edad se trata, la entrevista de abordaje primario adquiere suma relevancia pues es el medio, especialmente diseñado a los fines de no revictimizar al menor de edad, para obtener de ellos un breve relato relativo a lo que les tocó vivir, ya que el código de rito sólo autoriza receptorles exposición informativa conforme los establece el art. 221 bis. Dicha entrevista es realizada por personal especializado –psicólogos- quienes se limitan a preguntarle al niño/a si sabe por qué se encuentra en dicha Unidad Judicial. La entrevista es filmada. Tras ello, el profesional interviniente elabora un Informe Técnico, en el que detalla: persona/as que acompañó/aron al niño/s a realizar la denuncia, estado emocional del NNyA entrevistado, si posee lenguaje fluido y/o comprensible, las manifestaciones espontaneas relacionadas al hecho denunciado, como así también recomendaciones para que la víctima inicie y/o continúe un tratamiento psicológico/psiquiátrico, según corresponda.

La mencionada entrevista resulta de suma importancia para la instrucción, toda vez que le brinda el puntapié inicial para encauzar la investigación penal preparatoria, ya que, hasta el momento, sólo cuenta con la denuncia formulada por el adulto que tomó conocimiento del hecho abusivo u observó actitudes o cambios de comportamientos en el NNyA que lo hicieron sospechar que el mismo pudo haber sido víctima de un atentado contra su integridad sexual. Pero se aclara, dicha entrevista es al sólo efecto de confeccionar el mentado informe técnico, no revista calidad de pericia, mucho menos de exposición informativa, razón por la cual, no se exige que su realización sea llevada a cabo conforme las previsiones del art. 308 y 309 del C.P.P. para su validez.

Tras ello, el/la Ayudante Fiscal comunicará a la Mesa de Entradas del Juzgado de Niñez, Adolescencia, Violencia Familiar y de Género y a la Fiscalía de Instrucción de Delitos contra la Integridad Sexual de Turno, el hecho anoticiado. Si correspondiere, también se lo informará a la Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia.

Paralelamente, las Fiscalías de Instrucción especializadas en Delitos contra la Integridad Sexual, ordenarán citar a tenor del art. 80 del C.P.P. a la persona denunciada o al imputado, a los fines de que designe abogado defensor. En el mismo decreto, ordenará receptar exposición informativa bajo la modalidad de cámara Gesell a los NNyA involucrado/s, como así también la realización de pericias psicológicas y/o interdisciplinarias –según el caso-, en la persona de la supuesta víctima y del imputado, haciéndosele conocer a las partes la facultad prevista en el art. 237 del C.P.P. Luego, oficiará al Equipo Técnico de Intervención en Víctimas, a los fines de que designe profesional, día y hora en que se receptará la exposición informativa del niño/a y se lo notificará a la defensa. Inmediatamente, el mismo profesional fijará los días en que se llevarán a cabo las pericias psicológicas en la persona de la supuesta víctima, en la que podrán intervenir los peritos de contralor propuestos por las partes. En dicho caso, la pericia psicológica se realiza en el recinto de Cámara Gesell en resguardo de la persona menor de edad, para que sea entrevistada sólo por el perito oficial. El/los controlador/es, observará/n desde afuera. También, se oficiará al Equipo Técnico del Fuero Penal, a los fines de que designe profesional, días y horas en las que se llevará a cabo la pericia psicológica ordenada en la persona del denunciado citado a tenor del art. 80 del C.P.P., o del imputado (art. 306 CPP). En este caso, al actuar como órgano de prueba, el traído a proceso podrá negarse a participar en el acto sin que ello implique presunción en su contra (principio de incoercibilidad moral del imputado). Las mismas se realizarán en el Edificio de Tribunales II y estarán a cargo de los psicólogos y psiquiatras que integran dicho cuerpo.

Atento a que la mayoría de los hecho de abuso sexual infantil denunciados ocurren en el seno familiar, y resultando imperioso contar con la declaración de la víctima –receptada bajo la modalidad de Cámara Gesell-, en la mayor brevedad posible, a los fines de que los jueces a cargo de los Juzgados de Niñez, Adolescencia, Violencia Familiar y de Género cuenten con la información necesaria para ordenar sin dilaciones la medida prevista en el Art. 21 de la Ley N° 9283 (modificada por Ley N° 10.400), referida especialmente a la comunicación provisional entre progenitores e hijos, el Tribunal Superior de Justicia, mediante el Acuerdo Reglamentario N° mil quinientos noventa y cinco, Serie “A” de fecha 16/10/19, resolvió aprobar el Protocolo de Actuación para los casos en los que se denuncien delitos contra la integridad sexual en los cuales las víctimas sean una niña, niño o adolescente menores de 16 (dieciséis) años de edad y el denunciado sea alguno de sus progenitores, el que establece la prioridad en el tratamiento de

este tipo particular de delitos, por parte de las Fiscalías especializadas en Delitos contra la Integridad Sexual.

El referido anexo dispone que:

- 1) Inmediatamente de recibida la denuncia, el personal de la Unidad Judicial Delitos contra la Integridad Sexual –en la hipótesis que la misma sea receptada en esa dependencia del MPF-, la comunicará a la Fiscalía de Instrucción especializada en Delitos contra la Integridad Sexual de turno.
- 2) Recibida la comunicación el/la Sr/a. Fiscal de Instrucción **ordenará** sin dilación: **a)** El abordaje psicológico de la víctima por parte del equipo técnico de la Unidad Judicial **b)** La recepción de la exposición de la Niña, Niño o Adolescente menor de 16 (dieciséis) años de edad en “Cámara Gesell” de acuerdo al Art. 221 bis del CPP. al Equipo Técnico de Intervención en Víctimas de delitos contra la integridad sexual del Área de Servicios Judiciales **c)** Las demás directivas que estime pertinente.
- 3) Una vez confeccionado el informe, del abordaje psicológico realizado por el equipo técnico de la Unidad Judicial de Delitos contra la Integridad Sexual, se deberá incorporar al sumario judicial, a fin que los operadores judiciales que tengan intervención en el caso, cuenten con dicha información.
- 4) Seguidamente de ordenada la realización de la exposición en “Cámara Gesell”, personal de la Fiscalía interviniente, oficiará -vía correo electrónico- al Equipo Técnico de intervención en víctimas de delitos contra la integridad sexual del Área de Servicios Judiciales solicitando fecha, hora de la misma y profesional a cargo.
- 5) Receptado el correo electrónico por parte del Equipo Técnico de intervención en víctimas de delitos contra la integridad sexual, el mencionado deberá dar prioridad a las solicitudes de “Cámara Gesell” debiendo realizarlas en la dependencia creada –por el presente Acuerdo Reglamentario-, a tal efecto en el Edificio de Tribunales II. El equipo deberá otorgar un turno de forma que **la realización del acto no podrá exceder los 15 días corridos** desde el momento de su solicitud.
- 6) Asignado el turno y profesional a cargo por parte del equipo técnico será informado inmediatamente a la Fiscalía interviniente por medio de correo electrónico.

- 7) Luego de informado el turno y profesional a cargo, por parte del Equipo Técnico, la Fiscalía interviniente procederá a realizar las notificaciones de la realización de la “Cámara Gesell” al progenitor citado a tenor del Art. 80 del C.P.P. -o en calidad de imputado, art. 306 CPP- y a las restantes partes (Querellante particular y al Representante promiscuo, si correspondiere).
- 8) Una vez finalizada la recepción de la exposición en “Cámara Gesell” de la Niña, Niño o Adolescente menor de 16 (dieciséis) años de edad, será cargada inmediatamente en el Sistema de Administración de causas (SAC.), a fin de que, fundamentalmente el Juez de Niñez, Adolescencia, Violencia Familiar y de Género, que tenga conocimiento del hecho, cuente con la información que le resulte necesaria, para el dictado de las medidas del Art. 21 de la ley 9283, en especial en el “inc. h” -comunicación provisional- .

Como se observa, el T.S.J. articuló una serie de medidas a los fines de que los órganos judiciales que *generalmente* se ven involucrados ante la denuncia de un supuesto abuso sexual de un menor de 16 años, actúen de manera conjunta e interconectados a los fines de adoptar resoluciones que tiendan a salvaguardar el Interés Superior del Niño y evitar su revictimización a través de sucesivas intervenciones judiciales.

De ello se advierte que, desde el inicio mismo de la investigación penal preparatoria, el relato de la supuesta víctima y la pericia psicológica resultan nucleares para el esclarecimiento de los hechos denunciados. Probablemente no exista otra prueba que permita confirmar los abusos sexuales. De ahí su relevancia probatoria.

V.- El relato de la víctima.

Como se explicó en los apartados precedentes, cuando estamos en presencia de niños menores de 16 años de edad –tanto víctimas como testigos-, sus *testimonios* son receptados a través de una modalidad especial, que se denomina coloquialmente como “Cámara Gesell”, en realidad es una exposición informativa receptada bajo la modalidad de Cámara Gesell (art. 221 bis CPP, Acuerdo Serie “B”, N° 24, 11/06/02 y Acuerdo Reglamentaria N° 751, Serie “A” del 28/02/05, ambos del T.S.J. de la Pcia. De Córdoba).

La Cámara Gesell fue creada por el Dr. Arnold Lucius Gesell -psicólogo y pediatra estadounidense-, para observar la conducta en niños sin ser perturbados o

que la presencia de una persona extraña cause alteraciones en su discurso. Actualmente, se ha transformado en una herramienta de gran valor para receptar declaración a NNyA víctimas –o testigos- de violencia sexual. El método permite registrar, en el desarrollo de su manifestación, no sólo las expresiones verbales de la respuesta, sino, además, los gestos o movimientos que el NNyA pudiera realizar.

El lugar físico donde se lleva a cabo la referida exposición informativa - Cámara Gesell- consiste en dos recintos contiguos, con ingresos separados, especialmente acondicionados, separados por una estructura vidriada de visión unilateral –el niño no ve hacia el otro lado, pero sí al revés-. Durante el procedimiento, equipos de video-filmadoras se encargan de registrar la entrevista. A su vez, hay aislamiento acústico, es decir que no se escucha lo que sucede en el recinto contiguo sin la ayuda de auriculares.

Finalmente se aclara que la Cámara Gesell, no es en sí misma una prueba, sino un ámbito del Servicio de Psicología Forense dentro del cual –conforme a la ley y a los supuestos allí previstos-, debe receptarse la prueba en cuestión, esto es, la exposición informativa de la persona menor de 16 años.

a. Fundamentos de su utilización en el fuero penal.

El *fundamento* de su utilización es la necesidad de ***evitar o disminuir la revictimización*** del niño, niña o adolescente que ha sido víctima o testigo de un hecho de índole sexual.

Como es sabido, no todas las personas reaccionan de igual modo al ser víctimas de un hecho delictivo. Así, las consecuencias disvaliosas del delito, como su magnitud, dependerá de diversos factores -no siempre relacionados con la gravedad del ilícito- tales como su situación personal, la reacción del entorno social y familiar, etc., *pero por sobre todo, del trato que reciba por parte de aquellas personas ante las que acude a solicitar ayuda: la policía y los organismos de administración de justicia*¹².

Diversos estudios de la psicología han demostrado que tanto la participación de la víctima en diversos actos procesales, como la repetición de alguno de ellos, incrementan muchas veces sus problemas y con frecuencia se constituyen en una verdadera segunda victimización o revictimización **por el trato al que es sometida** y porque se ve enfrentada repetidas veces al recuerdo del hecho que le tocó vivir.

¹² Fortete, C. *Modalidades especiales de recepción del testimonio: Victimización secundaria y derecho de defensa*. Anuario del CIJS -2007-.

Con anterioridad a la implementación de la Cámara Gesell -como medio para receptar declaración **testimonial** a niños, niñas o adolescentes- estos, al asistir a los Tribunales, eran sometidos a varios interrogatorios -en las distintas etapas del proceso-, *por personas no capacitadas para ello*, como son los jueces, fiscales y abogados -cuyos efectos nocivos están de más probados-, en contextos no apropiados, con la aparición de sentimientos de vergüenza, angustia, etc.; largas esperas los días de audiencia; ignorancia de las circunstancias en las que ese niño se encuentra inmerso, entre otros.

Por tal motivo surgió la necesidad de adecuar los procedimientos judiciales a las necesidades diferenciales de los niños, de modo tal que su participación a través del testimonio no sea una nueva vivencia traumática y estresante que perjudique su salud psíquica y, paralelamente, permita resguardar la calidad del testimonio. Con motivo de ello, tanto en el ordenamiento procesal de la provincia de Córdoba como en el de la Nación -adecuando la legislación interna con la supranacional-, se incorporaron normas que prevén el derecho del niño, niña o adolescente a ser acompañado por una persona de su confianza en la realización de los distintos actos procesales (art. 96 del C.P.P.), como así también se diseñaron nuevos modos de recepción de testimonio para evitar su revictimización, tales como la exposición informativa bajo la modalidad de Cámara Gesell (art. 221 bis del C.P.P.).

Es por ello, que la doctrina y la jurisprudencia reconocen que el fundamento de esta especial forma de receptar exposiciones informativas a niños víctimas o testigos de delitos contra la integridad sexual o lesiones, es la necesidad de evitar, o al menos disminuir, los efectos nocivos de la nueva victimización que para aquél significa prestar declaración ante los estrados de los tribunales, con motivo del hecho delictivo que le tocó vivir. De no existir tal necesidad, no se justificaría la implementación de un mecanismo especial, diferente al que se le dispensa a los niños víctimas o testigos de otros delitos.

Al respecto, nuestro Máximo Tribunal Provincial ha dicho *in re* “Ravera” que “...Conforme al art. 221 bis del C.P.P., el legislador procesal ha pretendido reducir a la mínima expresión posible, la revictimización que provoca la actuación de la Justicia en el menor que ha sufrido un delito...”¹³.

El mismo Tribunal explicó que el procedimiento contemplado en el art. 221 bis del C.P.P., para receptar prueba testimonial a menores de 16 años de edad víctimas o testigos de delitos contra la integridad sexual, no incide necesariamente

¹³ T.S.J., Sala Penal, S. N° 163,

en una mayor o menor eficacia conviccional de la prueba testimonial igualmente receptada, sino que procura una mayor protección de la víctima, al asegurar la intervención de todas las partes en el acto para evitar su repetición. Y con ello, evitarle padecimientos innecesarios que importarían para ella una revictimización¹⁴.

b. Legislación.

En el ámbito del ***derecho internacional*** se ha evolucionado mucho en los últimos años en cuanto a los derechos del niño en este sentido. Los tratados internacionales incorporados a nuestro sistema legal, con jerarquía constitucional a partir de la reforma de 1994 (art. 75, inc. 22 C.N.), dan cuenta de este cambio. El más importante referido a este campo es la **Convención sobre los Derechos del Niño**, que en su art. 3 inc. 1° estatuye 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...*”; por su parte, el art. 12 inc. 1° establece **el derecho del niño a ser escuchado** “...*en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional...*” (el resaltado me pertenece).

Asimismo –si bien no tiene el carácter de Convención o Pacto internacional– las Directrices sobre la Justicia para los Niños Víctimas y Testigos de Delitos, elaboradas por la Oficina Internacional de los Derechos del Niño (ONU) en el año 2004, proclamó una serie de directivas destinadas a los profesionales que trabajan con niños víctimas y testigos. Algunas de éstas son las siguientes:

- “Los profesionales no deben tratar a ningún niño como el típico niño de su edad o como una típica víctima o testigo de cierto delito”;
- “Con el fin de evitar mayor sufrimiento al niño, las entrevistas, exámenes y demás tipos de investigaciones deben ser realizados por profesionales capacitados que procedan de manera sensible, respetuosa y concienzuda”;
- “En muchos casos habrá que instituir servicios especializados y protección teniendo en cuenta la distinta naturaleza de los delitos concretos cometidos contra los niños, tal como la agresión sexual a niñas”;

¹⁴ T.S.J., Sala Penal, S. n° 36, 04/03/2011 “*Fariás, Rubén Darío florentino p.s.a. abuso sexual con acceso carnal, etc. – Recursos de Casación*”.

- “**La edad no debe constituir un impedimento al derecho del niño a participar plenamente en el proceso de justicia.** Cada niño tiene derecho a que se lo trate como un testigo capaz **y a que su testimonio se presume válido y creíble**, a menos que se demuestre lo contrario **y siempre y cuando su edad y madurez permitan que proporcione testimonio comprensible**, con o sin el uso de ayudas de comunicación u otro tipo de asistencia”;
- “*La participación del niño en las audiencias y juicios se debe planificar con antelación y se deben extremar los esfuerzos para garantizar la continuidad de la relación entre los niños y los profesionales que están en contacto con ellos durante todo el proceso*”;
- “Utilizar procedimientos adaptados a los niños, incluidas salas de entrevistas destinadas a ellos”;
- “Limitar el número de entrevistas. Se deben aplicar procedimientos especiales para diligenciar las pruebas de los niños víctimas y testigos a fin de reducir el número de entrevistas, declaraciones, audiencias y concretamente, el contacto innecesario con el proceso de justicia, utilizando, por ejemplo, vídeos grabados previamente”.

Por su parte, las **100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad**, disponen:

“...Regla 1: Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de la libertad.

Regla 65: Durante el acto judicial. Cuando la concreta situación de vulnerabilidad lo aconseje, la declaración y demás actos procesales se llevarán a cabo con la presencia de un profesional, cuya función será la de contribuir a garantizar los derechos de la persona en condición de vulnerabilidad. También puede resultar conveniente la presencia en el acto de una persona que se configure como referente emocional de quien se encuentra en condiciones de vulnerabilidad.

Regla 74: Cuando sea necesario se protegerá a la persona en condición de vulnerabilidad de las consecuencias de prestar declaración en audiencias públicas, podrá plantearse la posibilidad de que su participación en el acto judicial se lleve a cabo en condiciones que permitan alcanzar dicho objetivo, incluso excluyendo su presencia física en el lugar del juicio o de la vista, siempre que resulte compatible con el derecho del país. A tales efectos, puede resultar de utilidad el uso del sistema de videoconferencia o del circuito cerrado de televisión...”.

En **el ordenamiento nacional**, la Ley de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes (Ley N° 26.061), dispone en su artículo 1° que “...*los derechos aquí reconocidos están... sustentados en el principio del Interés Superior del Niño...*”, aclarando en su art. 3° que “...*se entiende por Interés Superior del niño, niña y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos por ley...*”. El artículo 2° establece el ámbito de aplicación de la referida ley, y dispone “...*La Convención sobre los Derechos del Niño es de aplicación obligatoria... en todo acto, de decisión o medida administrativa o judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los 18 años de edad... tiene derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos...*”.

En lo que a la Cámara Gesell respecta, con fecha 04/12/03 el Congreso de la Nación sancionó la ley 25.852, que introdujo al antiguo Código Procesal Penal de la Nación los arts. 250 bis y 250 ter. El primero de ellos disponía 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 requiriera su comparecencia no hayan cumplido los dieciséis 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 arriban; d) A pedido de parte o si el tribunal lo dispusiera de oficio, las alternativas del acto podrán ser seguidas desde el exterior del recinto a través de vidrio espejado, micrófono, equipo de video o cualquier otro medio técnico con que se cuente. En ese caso, previo a la iniciación del acto el tribunal hará saber al profesional a cargo de la entrevista las inquietudes 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. Fuente: Incorporado por artículo 1° de la Ley 25.852...*”.

El actual Código Procesal Penal Federal en su art. 164, al regular la declaración de menores de edad, víctimas de trata de personas, graves violaciones a derechos humanos o personas con capacidad restringida, establece que “...*Si se tratare de víctimas o testigos menores de edad que a la fecha en que se requiera su comparecencia no hubiesen cumplido dieciséis (16) años, personas con capacidad restringida, y testigos-víctimas de los delitos de trata y explotación de personas u otras graves violaciones a derechos humanos si la naturaleza y circunstancias del caso así lo aconsejasen, se deberá adoptar el siguiente*

*procedimiento: a. Serán entrevistados por un psicólogo especialista de acuerdo a las condiciones de la víctima; b. Si la víctima fuera menor de edad o persona con capacidad restringida, el acto se llevará a cabo de acuerdo a su edad y etapa evolutiva, o adecuado a su estado de vulnerabilidad si fuera víctima del delito de trata o explotación de personas u otra grave violación a los derechos humanos; c. En el plazo que el representante del Ministerio Público Fiscal disponga, el profesional actuante elevará un informe detallado con las conclusiones a las que arribe; d. El desarrollo del acto podrá ser seguido por las partes desde el exterior del recinto a través de un vidrio espejado, micrófono, equipo de video o cualquier otro medio técnico con que se cuente; en ese caso con anterioridad a la iniciación del acto, el juez o el representante del Ministerio Público Fiscal, según el caso, 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 de la víctima; e. Si la víctima estuviera imposibilitada de comparecer por motivos de salud o por residir en un lugar distante a la sede del tribunal, o para garantizar la protección de su seguridad, se podrá realizar el acto a través de videoconferencias; f. Se podrá admitir la exhibición del registro audiovisual de declaraciones previas de la víctima en ese u otro proceso judicial. Si las partes requiriesen la comparecencia a los efectos de controlar la prueba, **el juez les requerirá los motivos y el interés concreto**, así como los puntos sobre los que pretendan examinar al testigo, y admitirá el interrogatorio sólo sobre aquéllos que hagan al efectivo cumplimiento del derecho de defensa; g. La declaración se registrará en un video filmico...”, añadiendo que si se tratasen de víctimas que a la fecha en la que se requiere su comparecencia hubieran cumplido dieciséis (16) años pero fuesen menores de dieciocho (18) años de edad, antes de la recepción del testimonio, se requerirá un informe a un especialista acerca de la existencia de riesgo para la salud psicofísica del menor de edad en el caso de que compareciese ante los estrados judiciales en presencia de las partes. Insistiendo en que esta medida deberá llevarse adelante evitando la revictimización del niño, niña o adolescente.*

Por su parte, en **nuestro ordenamiento local**, la exposición informativa bajo la modalidad en Cámara Gesell se encuentra regulada desde el 15/12/2004 en el art. 221 bis del C.P.P., el cual establece que “...Cuando se trate de una víctima o testigo de alguno de los delitos tipificados en el Código Penal, Libro Segundo, Título III, Capítulos II, III, IV y V, que a la fecha en que se requiera su comparecencia no haya cumplido los dieciséis años de edad, se seguirá el siguiente procedimiento: 1) Los menores aludidos sólo serán entrevistados por un psicólogo del Poder Judicial de la Provincia, pudiendo ser acompañado por otro especialista cuando el caso particular lo requiera, ambos designados por el órgano que ordene la medida, **procurando la continuidad del mismo profesional durante todo el proceso**, no pudiendo en ningún caso ser interrogados en forma directa por dicho órgano o las partes, salvo que

*excepcionalmente y por razones debidamente fundadas, el fiscal lo pudiera autorizar. El órgano interviniente evitará y desechará las preguntas referidas a la historia sexual de la víctima o testigo o las relacionadas con asuntos posteriores al hecho. 2) **El acto se llevará a cabo, de conformidad a los artículos 308 y 309 del presente Código,** en un gabinete acondicionado con los implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva del menor, cuando ello fuere posible. 3) El órgano interviniente podrá requerir al profesional actuante, la elaboración de un informe detallado, circunscrito a todos los hechos acontecidos en el acto procesal. 4) A pedido de parte, o si el órgano interviniente lo dispusiera de oficio, las alternativas del acto podrán ser seguidas desde el exterior del recinto a través de vidrio espejado, micrófono, equipo de video o cualquier otro medio técnico con que se cuente, o, en su defecto, mediante cualquier otra modalidad que preserve al menor de la exposición a situaciones revictimizantes, sin perjuicio del derecho de defensa. **En tal caso, previo a la iniciación del acto, el órgano interviniente hará saber al profesional a cargo de la entrevista, las inquietudes propuestas por las partes, así como las que surgieren durante el transcurso del acto, las que serán canalizadas teniendo en cuenta las características del hecho y el estado emocional del menor.** Cuando se trate del reconocimiento de lugares y/o cosas, el menor será acompañado por el profesional que designe el órgano interviniente, no pudiendo en ningún caso estar presente el imputado, quien a todos los efectos será representado por el defensor, debiendo con posterioridad, imponérsele y posibilitarle el acceso al informe, acta, constancias documentales o respaldos filmicos del acto.*

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

Es dable destacar que, con anterioridad a la reforma de nuestro código procesal, el Tribunal Superior de Justicia, con fecha 11/06/2002, ejerciendo su poder reglamentario firmó el “Acuerdo Reglamentario n° 24 Serie B” –que aconsejaba y estimulaba el uso de la Cámara Gesell instalada por el Servicio de Psicología Forense ya en el año 2000-, en el cual se resolvió:

- 1) Reconocer como prácticas judiciales convenientes para minimizar la victimización secundaria, la recepción de declaraciones de niños víctimas en el ámbito de “Cámara Gesell” del Servicio de Psicología Forense ubicada en el “Palacio de Justicia II”.
- 2) Agradecer al Servicio de Psicología Forense, a los Fiscales de Instrucción y a las Cámaras en lo Criminal, la iniciativa en el uso de la

Cámara Gesell para recibir en su ámbito las declaraciones de niños víctimas.

- 3) Poner en conocimiento de los Tribunales, Asesorías y Fiscalías de los Fueros de Menores y Familia de los procedimientos utilizados en el Fuero penal a fin de estimular que se adopten similares procedimientos en la recepción de declaraciones de niños en el espacio mencionado.

Por último: Instruir al Área de Infraestructura para que en otros Centros Judiciales se proyecten espacios que posibiliten a los jueces, Fiscales y profesionales de las áreas técnicas utilizar la “Cámara Gesell”.

c. Naturaleza y condiciones de las declaraciones.

En primer lugar, es dable remarcar que las declaraciones de niños receptadas bajo la modalidad de Cámara Gesell, son en esencia un testimonio. Es que, por definición, un testimonio es la declaración de una persona física, no sospechada por el mismo delito, recibida en el curso del proceso penal, acerca de lo que pudo conocer por percepción de sus sentidos, en relación a los hechos investigados, que se recepta con el propósito de contribuir en la reconstrucción conceptual de estos.

El hecho de que quien deba declarar sea un menor de 16 años, que por inimputable lo hace sin necesidad de prestar juramento de decir verdad, no le resta valor ni credibilidad a su relato. Máxime si se tiene en cuenta que la valoración de dicha exposición informativa se realizará conjuntamente con las conclusiones de la pericia psicológica, efectuada en la persona del niño, que determinará –entre otras cuestiones- si el mismo, en su relato, *fabula, confabula, miente o se encuentra sugestionado por el relato de un adulto.*

Sobre su naturaleza jurídica, nuestro Máximo Tribunal Provincial ha dicho en reiterados pronunciamientos que la declaración así obtenida es un verdadero testimonio. Así, en el precedente “Vaudagna” afirmó que *“la exposición de las menores víctimas de los hechos de autos receptadas a través de la metodología de la Cámara Gesell, en modo alguno constituye una prueba pericial sino una prueba testimonial”*, razón por la cual las partes no tiene la facultad de proponer un perito de control. Por lo que se aprecia que el instituto analizado se ajustaría, de acuerdo a su naturaleza, al concepto de testimonio.

Otro argumento que avala dicha postura, se extrae de la ubicación sistemática de la norma que regula dicho procedimiento. En efecto, el art. 221 bis se ha incorporado dentro de las reglas que regulan el procedimiento de la prueba

testimonial, esto es, el Libro Primero: Disposiciones Generales; Título 6 “Actos Procesales”; Capítulo 9 “Medios de Prueba”; Sección Quinta: “Testigo”.

Así, tanto desde una óptica conceptual, como por su ubicación sistemática, no caben dudas de que el instituto analizado se ajusta a la prueba testimonial.

Sin embargo, no puede pasarse por alto el hecho de que no estamos en presencia de un testimonio tradicional, que supone la inmediatez entre el órgano judicial, los defensores de las partes y el testigo. Ya que conforme lo establece nuestra ley ritual, los menores de 16 años serán entrevistados por un psicólogo del Poder Judicial de la Provincia, no pudiendo en ningún caso ser entrevistados en forma directa por los órganos judiciales o las partes, salvo que excepcionalmente y por razones debidamente fundadas, el fiscal lo autorizara.

Como se ha indicado en párrafos anteriores, tanto nuestra ley ritual, como la de la Nación -en resguardo del *Interés Superior del Niño*-, han regulado un tratamiento especial para receptar declaración testimonial a menores de 16 años, la que ha sido objeto de un sin número de cuestionamientos doctrinarios en cuanto a su constitucionalidad, argumentando que tal circunstancia -por la modalidad en que la misma se lleva a cabo- sería violatoria de los derechos y garantías acordadas al imputado, lo que adelanto, puede llegar a producirse, pero no por el lugar -Cámara Gesell- en donde dicha exposición informativa es receptada, sino por la modalidad en que el mencionado acto procesal se lleva a cabo, al menos en la Provincia de Córdoba- como se analizará en los apartados subsiguientes -sin intervención del Juez de Control-.

Pese a ello, la mayoría de los autores entienden que este medio particular de receptar declaración a niños, de modo alguno cercena el derecho del imputado de controlar la producción de la prueba. Pues, al asimilárselo a un acto *definitivo e irreproducible* -conforme lo establece nuestra ley de rito-, previo a su recepción se debe notificar fehacientemente tanto al abogado defensor, como al querellante particular y al Asesor de Víctimas si correspondiere, a los fines de que estos -**con la eventual ayuda de un asistente y/o consultor técnico (art. 127 bis) y no un perito, pues no se trata de una pericia**- puedan controlar la realización del acto, bajo pena de nulidad. Estos examinarán la exploración de la víctima durante el acto e incluso, podrán solicitarle al Fiscal de Instrucción -*quien dirige el acto*-, autorización para formular preguntas que hacen al exclusivo interés de la parte que representan, quién -si las considera pertinentes y útiles, y no se refieren a la historia sexual de la víctima o a las relacionadas con asuntos posteriores al hecho- se lo transmitirá a quien explora al niño (psicólogo o psiquiatra especialmente preparado), para que

sean éstos -y no los abogados- quienes se las formulen, de manera tal que dicha pregunta no afecte al entrevistado y se preserve su integridad psicofísica.

Idéntica participación y posibilidad de control posee, en principio, el Defensor de Menores, el abogado del niño y la parte querellante.

La psicóloga forense Ana María Barchietto, sostiene que “...a través del testimonio se pretende establecer los hechos y en base a los hechos se toman las decisiones judiciales. Por lo tanto, la entrevista psicológica de declaración, que es la novedad legislativa, es el método más importante para establecer lo sucedido. Esta entrevista de declaración es de esencial importancia en los casos de abuso sexual infantil por la disminución en muchos casos de otra evidencia forense...”¹⁵.

Pero atento a que numerosos estudios psicológicos avalan que los niños, desde temprana edad, se encuentran capacitados para mentir, ya sea de manera espontánea o por encontrarse influenciados por terceras personas, tanto a favor como en contra del imputado, desde la praxis judicial, la valoración del mismo se efectúa en conjunto con la pericia psicológica, la que avalará o no la verosimilitud y credibilidad de su relato. Es por ello que el auxilio de los expertos en las ciencias del comportamiento humano, no sólo es considerado útil a la hora de valorar un testimonio ya producido, sino que puede resultar provechoso al momento mismo de producirse la declaración, despejando de este modo los peligros que significarían que éstas sean receptadas de un modo o en un lugar inadecuado, por personas que carecen de formación necesaria.

Como corolario de todo lo expuesto, la mayoría de la doctrina cordobesa y la jurisprudencia predominante del TSJ concluyen que la exposición informativa bajo la modalidad de Cámara Gesell –conforme se encuentra regulada en nuestro Código de Rito- cumple al menos con tres funciones: a) evitar o disminuir los efectos negativos que implica recibirle múltiples declaraciones a menores de edad víctimas de esta clase particular de delitos (revictimización); b) resguardar el efectivo ejercicio del derecho de defensa de las partes; y c) contribuir, mediante la intervención de un experto, a la obtención de un elemento de prueba lo más fidedigno posible, lo que a su vez coadyuva a la búsqueda de la verdad.

¹⁵ Barchietto, Ana María “La psicología forense, el menor víctima y su testimonio. Rol del psicólogo forense en las declaraciones de niños y adolescentes víctimas en el fuero penal. Ley 25.852”. En Cuadernos de medicina forense. Año 4, N° 2 (7-10) CSJN. www.csjn.gob.ar.

d. Objeto de la exposición informativa bajo la modalidad de Cámara Gesell.

La finalidad de esta entrevista, además de evitar la revictimización de la víctima o testigo menor de 16 años de edad, es que el profesional que lleve a cabo la entrevista trate de averiguar qué, cómo, cuándo y dónde ocurrió el hecho investigado, como así también quién lo cometió, es decir, lograr establecer las *circunstancias de tiempo, lugar, modo y persona*, necesarias para fijar el hecho delictivo y la autoría del mismo.

Entendido esto y antes de dar comienzo al referido acto procesal el profesional entrevistador le deberá explicar al niño/a o adolescente -de la manera más adecuada posible- en qué consiste el acto procesal, dónde se encuentra, porqué está aquí, etc. a los fines de generar un ambiente cómodo y de confianza con el/la niño/a o adolescente. A su vez se le deberá informar que, del otro lado del vidrio, hay personas que están observando y escuchando lo que sucede en el interior del recinto. Asimismo, se debe tener siempre en cuenta el estado emocional del infante durante el desarrollo del acto, respetando sus límites, hasta dónde quiere contar; tomándose también en consideración para la forma de llevarla a cabo, la edad, su nivel intelectual y socio-cultural, el grado de educación que posee, entre otras. Se trabajará también con juguetes (sobre todo muñecos anatómicos), con el dibujo, con juegos y todas aquellas herramientas que haga que el niño se sienta cómodo y le permita expresarse; pues es el niño el que de alguna manera va guiando la exposición. Se aconseja que su duración no sea superior a una hora.

Que el menor de 16 años de edad se exprese jugando o dibujando suele ser de mucha ayuda cuando le es difícil decir con palabras lo vivido, o siente vergüenza al hablar de ciertos temas.

Resulta necesario hacer la siguiente observación: las declaraciones de los niños pueden contener omisiones, inconsistencias y distorsiones, pero estas resultan ser más a causa de la incompetencia del entrevistador, que de la incompetencia del niño.

Finalizada la exposición informativa, el órgano judicial *puede* solicitarle al profesional -lo que no quiere decir que sea obligatorio- un informe (art. 221 bis 3° párrafo C.P.P.) circunscripto sólo a lo acontecido en el recinto; es decir, no se pueden hacer valoraciones sobre si el niño mintió, si lo que dijo fue producto de sugerencias por parte de los adultos, etc., ya que para eso se realizará la pericia psicológica.

Pese a ello, uno de los obstáculos que deben sortear los instructores lo constituye el supuesto de que la víctima sea de corta edad, por cuanto éstas poseen dificultades para expresar con sus palabras lo que les habría ocurrido, y muchas veces son los mayores de su entorno quienes advierten que algo les está ocurriendo en virtud de una modificación o alteración de su conducta, de sus costumbres, etc. Esa misma corta edad dificulta la obtención de un relato ordenado, donde el menor describa las circunstancias de tiempo, modo y lugar de comisión de los hechos de los que resultara víctima. Y son precisamente dichas circunstancias, reveladoras de mayor dificultad investigativa, las que obligan a los profesionales del derecho a acudir a la experticia de distintos especialistas –abordaje multidisciplinario– que les aportan los medios de prueba necesarios para lograr una reconstrucción de lo acaecido y evaluar si se está frente a un hecho delictivo y, en su caso, quien es su autor.

e. Valor convictivo de la exposición informativa bajo la modalidad de Cámara Gesell.

Para la valoración del testimonio así receptado, en primer lugar, se deberá echará mano a la pericia psicológica efectuada sobre la persona del niño *-se aconseja que sea llevada a cabo por el mismo profesional que interactuó con el menor en Cámara Gesell-*. También se tendrá en cuenta *-para otorgar mayor credibilidad al relato-*, la especificidad con la que el niño/a relata alguna situación particular *-por ejemplo, que una niña de 6 años describa una relación sexual da cuenta de una situación realmente vivida, siendo imposible, por su corta edad, que lo conozca de otra forma o mienta al respecto-*.

En este sentido y respecto del valor del relato de menores víctima, nuestro Máximo Tribunal Provincial ha dicho que *"...es evidente que el testimonio de la víctima resulta nuclear para acreditar los sucesos cuestionados por el quejoso, dado el ámbito íntimo en cuyo interior los mismos suelen ser llevados a cabo"* (T.S.J. Sala Penal, “Sisterna”, S. n° 4, 16/02/2009). A su vez, el mismo Tribunal en otro precedente agregó *"...en los delitos contra la honestidad la prueba de cargo no suele ser copiosa y dada la naturaleza de los mismos no existen testigos presenciales del acontecimiento, razón por la cual la declaración de la víctima puede llegar a considerarse suficiente para tener por acreditada la realidad del hecho inculcado y la culpabilidad del prevenido, cuando va unida de prueba indirecta que la confirma..."* (T.S.J. Sala Penal, “Díaz”, S. n° 12, 20/02/2008).

Por último, y en relación a los hechos delictivos en los que menores de edad resultan víctimas señaló *"...el relato de un niño no puede ser analogado en su tratamiento al de un adulto; sin embargo, en la praxis tribunalicia son frecuentes los casos en los que se advierte*

que el operador judicial —ora el juzgador, ora las partes— los somete a un minucioso examen lógico, en desmedro de los rasgos distintivos que le confieren la madurez y afectividad propias de su edad...”. De hecho, el alto cuerpo sostuvo que es una regla de la experiencia común que “...el relato de un niño no puede ser objeto de un estricto control de lógica. En ninguna esfera de su vida en relación —familiar, escolar, social, etc.—, quien se comunica con un niño lo hace con la expectativa de obtener de su pequeño interlocutor un razonamiento impoluto, sin fisuras, sin olvidos, sin contradicciones, sin imprecisiones. ¿Por qué entonces ha de aplicarse distinta vara para mensurar con inmutable rigor la narración que ofrece un niño cuando es convocado a declarar en un proceso penal?...” (TSJ, “Villar”, Sent. N° 317, del 18/11/08).

Consecuentemente, no puede examinarse con tal rigurosidad la narración que ofrece un niño cuando es convocado a declarar en un proceso penal. Es por ello que resulta invaluable el auxilio que en este campo dispensa la psicología, ya que explica los mecanismos e interacciones inherentes a la *psiques* del niño. Por ello, es conveniente, dentro del marco de libertad probatoria (art. 192, C.P.P.), tamizar el relato infantil a través de un abordaje experto. En dicha sintonía el TSJ ha dicho que cuando existe una pericia psicológica que se expide sobre la fiabilidad del relato del niño, la lectura de este último debe ir necesariamente acompañada, *cual sombra al cuerpo*, de la explicación experta, en tanto aquel extremo se encuentra dentro del ámbito de conocimientos especiales de los que carece el Juzgador (o que, disponiendo de ellos, no pueden motivar su decisión por no ser controlables por las partes) y que por ende, no pueden motivar su decisión.

Las consideraciones precedentes, se corresponden con las directrices que emanan de documentos internacionales de los que reiteradamente ha tomado razón la Sala Penal del TSJ en casos similares. Como derivación de la obligación asumida por los Estados de "*proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales*" al suscribir la Convención de los Derechos del Niño (art. 34), y brindando un marco práctico para el trabajo con niños víctimas y testigos de delitos dentro del proceso de justicia bajo el prisma de la Declaración sobre los principios fundamentales de Justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder (O.N.U.), se proclama que "*cada niño tiene derecho a que se le trate como un testigo capaz y a que su testimonio se presuma válido y creíble, a menos que se demuestre lo contrario y siempre y cuando su edad y madurez permitan que proporcione testimonio comprensible, con o sin el uso de ayudas de comunicación u otro tipo de asistencia*"¹⁶.

¹⁶ Justicia para los Niños Víctimas y Testigos de Delitos, apartado B.2.d, Oficina Internacional de los Derechos del Niño, Canadá, 2003, en "Infancia y Adolescencia. Derechos y Justicia",

Por su parte, la Excma. Cámara de Acusación de la Provincia de Córdoba, al expedirse acerca del valor del testimonio de los NNyA víctimas de delitos contra la integridad sexual, refirió “...llama la atención la valoración que efectúan los impugnantes a las declaraciones y dichos de una niña de trece años supuestamente violentada en su integridad sexual. A mi juicio, debería valer como regla general la obvia consideración de que el testimonio de un niño, y mucho más si existe la seria probabilidad de que ha sido abusado sexualmente, no puede valorarse de la misma manera como se valora el testimonio de un adulto. Esto... es sin embargo lo que hace la defensa, señalando supuestas contradicciones sutiles que incluso hasta con relación a un adulto serían poco relevantes... Toda la literatura psicológica especializada en este tópico coincide en que el niño abusado acude inconscientemente a distintos niveles de disociación con lo ocurrido para paliar fuertes sentimientos de culpa, angustia, miedo, desamparo, impotencia, etc., que le surgen según cada caso frente a este tipo de situaciones, y que ello ocurre en virtud de una necesidad inconsciente de protegerse a sí mismo ante tan grave trauma. Se trata de mecanismos de ‘acomodación y adaptación psicológica del niño o joven, (que) es necesaria para sobrevivir emocionalmente el período abusivo’ (GLASER, Danya, *Adolescencia y abuso sexual, en ‘Victimología’, Centro de Asistencia a la Víctima del Delito, Córdoba, 1992, n° 3, p. 39; cf. también pp. 39 y ss.*). Ello, desde luego, puede derivar en declaraciones que, desde el rigor de la lógica, pueden ser consideradas poco precisas, inconsistentes o incluso contradictorias entre sí. Pero, frente a esta problemática específica, limitar la sana crítica racional en el análisis de la prueba a las reglas de la lógica dejando de lado las más elementales máximas de la psicología aplicable a tal clase de casos constituye un grave error valorativo que debe evitarse a toda costa si se quiere arribar a resultados plausibles desde el punto de vista probatorio. Equiparar —a los efectos de su valoración— la declaración de un niño víctima con la de un adulto constituye, pues, un grave error en el análisis de la prueba, equiparación que resulta tanto más inadecuada cuanto menor es la edad del niño. Y esas reglas elementales de la psicología aplicable a estos casos dicen, por ejemplo —y en consonancia con lo que se acaba de señalar—, que ‘en los niños que han sido reiteradamente abusados aparecen distintos síntomas que son una adaptación patológica, como un modo de sobrevivir a este período abusivo... Entre otros, aparece a veces un grave estado de disociación, donde el niño parece tener amnesia de lo ocurrido en el período abusivo y de todo lo relacionado a él... Esta disociación es la responsable de la imposibilidad o la fragmentación en la declaración de los hechos efectuada por el niño cuando se la requiere...’ (YOCCO, Mirtha, *Niños víctimas de abuso sexual, en ‘Victimología’, Centro de Asistencia a la Víctima del Delito, Córdoba, 1993, n° 7, pp. 57 y s.*). Por eso es que, salvo casos de evidente fabulación —que no se pueden descartar pero que por lo general son fácilmente detectables por los peritos en la materia—, en casos como estos sostiene la bibliografía especializada que ‘es importante creerle al niño’, sobre todo teniendo en cuenta que ‘hay muchos obstáculos para que el niño pueda hablar libremente; obstáculos

Oficina de Derechos Humanos y Justicia, Colección de Derechos Humanos y Justicia N° 5, Poder Judicial de Córdoba, pág. 169.

externos: la dificultad en detectar esos delitos, la incredulidad de los adultos, la sistemática negativa del autor, etc.; y obstáculos internos: la inseguridad del niño que debe hablar en contra de un adulto significativo para él, o bien esa disociación mencionada más arriba con respecto a las experiencias del abuso’ (YOCCO, ibid., p. 60; bastardilla agregada)... Lo cierto es que el abuso sexual en la niñez ‘es un hecho de máxima violencia siempre, en todos los casos, incluyendo aquellos en los que en lugar de amenazarse o utilizarse fuerza física se emplea la seducción o el engaño’...’’¹⁷.

Dicho esto, respecto de cómo han de valorarse los testimonios de niños víctimas de delitos sexuales, se comprueba la gran importancia que cobra su testimonio en la investigación de esta clase particular de delitos. Es por ello que resulta de suma importancia analizar y comprender el procedimiento mediante el cual se recepta dicho testimonio, pero más aún, que se respeten con el extremo rigor posible, los principios del sistema acusatorio, en especial el principio de contradicción e intermediación, única forma de obtener información de calidad.

VI.- Cámara Gesell vs. Principios del Sistema Acusatorio

Como se ha visto, la recepción informativa bajo la modalidad de Cámara Gesell, tiene por fin sortear la revictimización del NNyA, evitando -a través de la video filmación- que este deba ser citado nuevamente a declarar, incluso durante la tramitación del juicio propiamente dicho, único lugar donde se receptan las pruebas que darán basamento a una sentencia –*absolutoria o condenatoria*- que pondrá fin al proceso penal.

Repárese que, por regla general, para que el dato convictivo pueda ser valorado y utilizado para fundamentar el decisorio, debe ser producido y presentado en la etapa del debate, por ante el Tribunal de juicio. Pues es en este momento del proceso, cuando tanto las partes como el tribunal pueden conocerlas, analizarlas, valorarlas y cuestionarlas. Pero como toda regla, existe una excepción, las denominadas “*pruebas urgentes*”, que no son sino verdaderos anticipos jurisdiccionales de prueba. Dos son las razones que pueden justificar esta excepción: las que se encuentran en el peligro de desaparición, o aquellas que resultan vitales para avanzar con la instrucción y que por su naturaleza no se pueden repetir en idénticas condiciones (vg. Testigos con una enfermedad terminal o exista otro impedimento que haga presumir que no podrá deponer durante el juicio, revenido químico, autopsia, rueda de reconocimiento de personas, etc.). En

¹⁷ C. Acus., autos “Grazioli”, AI n° 1, de fecha 06-02-2007

ambos supuestos la solución es la misma: deberán ser producidas y receptadas durante la investigación penal preparatoria.

Podemos decir entonces que, por regla general, la prueba debe producirse en el juicio y por ante el Tribunal de juicio, pero a su vez, la propia ley ritual reconoce la existencia de los denominados “*actos definitivos e irreproductibles*” (arts. 308 y 309 del C.P.P.), esenciales para el avance de la IPP, que serán receptadas y producidas por el Fiscal de Instrucción.

Estos “*actos definitivos e irreproductibles*”, que tiene siempre un carácter excepcional -*porque lo propio y natural es que las probanzas se practiquen directamente en el juicio oral*-, se introducen en el sistema procesal como una modalidad de asegurar elementos probatorios que por alguna circunstancia especial no podrán repetirse, realizarse o ser recibidas durante el juicio, aunque **poseen el mismo status de prueba que la presentada en dicha etapa del proceso.**

Ahora bien, lo que resulta ser “*la excepción*” en la instrucción de la mayoría de los delitos, resulta moneda corriente en la investigación de los *delitos contra la integridad sexual*, cuando de menores víctimas se trata. Pues en este tipo especial de delitos se procurará que, el “*testigo estrella*” –víctima-, concurra a declarar en una única oportunidad, durante la etapa de la instrucción penal preparatoria, en aras a evitar la victimización secundaria.

Es más, el mismo art. 221 bis del C.P.P., al preceptuar cómo se llevará a cabo la exposición informativa bajo la modalidad de Cámara Gesell, en su inc. 2 establece “...***El acto se llevará a cabo, de conformidad a los artículos 308 y 309 del presente Código, en un gabinete acondicionado con los implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva del menor, cuando ello fuere posible...***”. Como puede advertirse, los artículos a los que hace referencia el 221 bis son, aquellos que regulan los denominados “*actos definitivos e irreproductibles*”, por lo que se debe interpretar que dicha exposición, en parte, comparte las características de dichos actos de excepción. Máxime si se tiene en cuenta que –y a los fines de evitar su revictimización- en la gran mayoría de los casos, ésta será la única oportunidad en que la víctima prestará declaración testimonial, pues parece ser que los operadores jurídicos entienden que es la Cámara Gesell la que, por sí misma, revictimiza al niño, cuando lo que realmente ocasiona su victimización secundaria es la modalidad en que los mismos son abordados por los profesionales intervinientes. De hecho, en varios ordenamientos jurídicos, locales e internacionales, se permite acordar más de un encuentro a los fines de obtener, por parte del niño, un relato más circunstanciado de los hechos, evitando de este modo fatigarlo con la

realización de las *varias* preguntas que se requieren para la fijación del hecho delictivo.

Ahora bien, por la trascendencia del acto y para no contrariar los principios mismos del juicio oral –diseñados por nuestra Carta Magna-, sobre todo en lo que se refiere a la contradicción, debe procurarse la participación de todas las partes en dicho acto procesal, para que éstas puedan presenciar, analizar, cuestionar o impugnar todo aquello que consideren pertinente.

Debe recordarse que esta situación, además de constituir un adelanto del contradictorio, constituye una excepción en el sistema acusatorio, pues reitero, es en el debate cuando entran a regir con mayor magnitud los principios de oralidad, inmediación, publicidad y contradicción.

Así las cosas, los Dres. José Ignacio Cafferata Nores y Aída Lucía Tarditti en su comentario al art. 330¹⁸, al referirse a los actos definitivos e irreproducible, explican “...*Al Fiscal de Instrucción se le acuerdan las atribuciones necesarias para el cumplimiento de sus funciones, con algunas limitaciones y varios controles... asimismo podrá realizar, sin necesidad de requerírsele al Juez, los actos definitivos e irreproducible (art. 330), con arreglo a las disposiciones generales referidas a la intervención de la partes (art. 308 y 309). Esto es una diferencia relevante respecto de la antigua citación directa que, para los actos irreproducible, establecía que eran ordenados por el fiscal, pero debían ser practicados por el juez. Para el código actual, la garantía consiste sólo en citar a las partes -en cuanto a su contralor- en similares condiciones a las del juicio -ex ante y, excepcionalmente, ex post-. De allí que, resguardada esta cuestión trascendente, el requerimiento o la realización por el juez ofrece la desventaja del mayor tiempo que insume estas modalidades de realización. Cuando se trata de testimonios de niños u otras víctimas vulnerables, a fin de minimizar la victimización secundaria -producida, entre otros factores, por la reiteración de las declaraciones-, podrá emplear estas reglas para asegurar el contralor de la defensa, resguardo que posibilitará la introducción por la lectura en el debate...”.*

Como puede observarse, con la nueva redacción del código de rito, lo único que parece salvaguardarse con esta nueva metodología es la celeridad del proceso penal, pero de modo alguno el derecho de defensa. Pues, si bien el código exige que se notifiquen a las partes –*ex antes*-, a los fines de que puedan estar presentes en la realización del acto, ello por sí solo, de modo alguno salvaguarda el pleno ejercicio del derecho de defensa. Es que, como se ha dicho, es el Fiscal de

¹⁸ Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba – Comentado, (T. 2, Ed. Mediterránea, Córdoba, 2003, pág. 57)

Instrucción y no el Juez, quien se encontrará a cargo de la conducción del referido acto procesal, ejerciendo las funciones de dirección y control sobre el acto en cuestión.

Asimismo, se puso de manifiesto que las partes –con la eventual asistencia de un consultor técnico- (defensor, querellante, asesor de menores, etc.) podrán solicitarle al Fiscal de instrucción autorización para formular preguntas que hacen al exclusivo interés de su parte. Surge patente entonces que las partes se encuentran en una franca desigualdad de posiciones. Pues la mayoría de las veces el Fiscal de Instrucción, le formulará al explorador las preguntas que considere necesarias para que el mismo se las transmita al niño, más el defensor y las demás partes, se encontrarán condicionados en su accionar a la voluntad del representante del Ministerio Público Fiscal. Pues, puede suceder que la parte –defensa, querellante, etc.- desee formular una pregunta –relacionada a su teoría del caso- y que el Fiscal de Instrucción –quien dirige y lleva a cabo el acto procesal-, no se la transmita al explorador para que éste se la formule al niño por, en el mejor de los casos, no considerarla pertinente o útil, conculcando así el ejercicio de defensa, pues en teoría, *la víctima*, no prestará una nueva declaración testimonial, y la defensa se quedará sin la valiosa oportunidad de cuestionar a la supuesta víctima del delito que se investiga.

Analizada la cuestión desde los principios del sistema acusatorio y teniendo en consideración que la exposición informativa receptada bajo la modalidad de Cámara Gesell, es asimilada a un acto definitivo e irreproducible por el mismo art. 221 bis, entiendo que cuando se dice que “*todas las partes*” deben estar presentes en la realización del referido acto procesal –ilustrado como un adelanto del contradictorio-, no hace alusión sólo y exclusivamente al representante del M.P.F. y las partes, sino también y necesariamente al Juez de Garantías, quien deberá controlar el acto, arbitrando y resolviendo **en el momento** los problemas que se susciten en el desarrollo de la audiencia, respetándose de esta manera el principio de inmediación y asegurándose el contradictorio, única manera de obtener información de calidad que permita esclarecer la verdad de lo acontecido.

Por último, resta agregar que nuestro máximo tribunal provincial ha dicho, en relación a la inobservancia de las exigencias de los arts. 308 y 309 del CPP, en lo que la exposición informativa se refiere que “*...no se advierte, aún desde la perspectiva de la víctima, que la inobservancia de las exigencias de los arts. 308 y 309 del C.P.P. importe una nulidad del acto practicado, y mucho menos de carácter absoluto. Ello por cuanto la disposición comentada no contempla una sanción procesal de ese tipo frente a su incumplimiento y*

tampoco se advierte que ello resulte viable desde el sistema de las nulidades generales del ordenamiento ritual. Ello, por otra parte, importaría un verdadero contrasentido, pues la regla del art. 221 bis del C.P.P., terminaría favoreciendo al imputado cuando su incorporación procura beneficiar justamente los intereses de la víctima. Al tiempo que obligaría a lo que la disposición busca evitar, pues la ineficacia tornaría necesario receptor una nueva declaración de la víctima, con su consiguiente revictimización...”¹⁹.

Atento a los mismos argumentos esgrimidos por el T.S.J., estimo que resulta más que necesario que en la recepción de la exposición informativa del niño bajo la modalidad de cámara Gesell, participe el juez de control, como órgano encargado de dirigir y controlar el acto, salvaguardando con su accionar los principios del sistema acusatorio, la garantía de defensa en juicio del acusado y los derechos de la víctima.

VII.- La pericia psicológica

El actual Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba autoriza al Fiscal de Instrucción, encargado de la dirección de la investigación penal preparatoria, a ordenar, aún de oficio, las pericias que considere necesarias para el esclarecimiento de cuestiones de conocimiento especiales relativas a una ciencia, arte o técnica, que obviamente son de un conocimiento específico.

Podemos decir entonces que la pericia, es un medio de prueba con el que se intenta obtener un dictamen fundado en especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos, útiles para el descubrimiento o valoración de un elemento de prueba. Al respecto, el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba propuso la siguiente noción: *“la pericia es aquel medio de prueba en virtud del cual, personas ajenas a las partes y los restantes sujetos del proceso, a raíz de un específico encargo judicial y fundados en los conocimientos científicos, artísticos o técnicos que poseen, comunican al juez o tribunal las comprobaciones, opiniones o deducciones extraídas de los hechos sometidos a su dictamen”* (TSJ, Sala Penal, “Castro”, Sent. N° 31 del 28/04/06).

Como su definición lo indica, este medio de prueba es útil para el descubrimiento o valoración de un elemento de prueba, por lo que no parecería ser un medio de prueba independiente, sino, como asevera Núñez *“...funciona accesoriamente para establecer o garantizar la existencia o el valor de una prueba que no se puede advertir o apreciar con seguridad mediante la observación y conocimientos comunes...”*.

¹⁹ T.S.J., Sala Penal, S. N° 36, 04/03/2011, “Farías, Rubén Darío Florentino p.s.a. abuso sexual con acceso carnal, etc. Recurso de Casación”.

Nuestro Código Procesal Penal regula la prueba pericial en su artículo 231: “*Se podrá ordenar una pericia, aun de oficio, cuando para descubrir o valorar un elemento de prueba fuere necesario o conveniente poseer conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o técnica*”. Si bien el artículo habla de que el órgano judicial podrá ordenar pericias, esto no significa que deje de hacerlo cuando sea necesario, o pretenda hacerlo mediante sus conocimientos personales, porque tal actitud resultaría contraria al derecho de defensa, ya que no les posibilitaría a las partes ejercer su derecho de contralor, mediante la proposición de un perito de control. Así, si se dan las hipótesis señaladas en el artículo 231 del C.P.P., resulta imperativa la realización de la pericia.

Hay múltiples tipos de pericias, pero aquí sólo desarrollaré la pericia psicológica de la víctima y del imputado. La primera por ser *–junto a la exposición informativa bajo la modalidad de Cámara Gesell–* una de las pruebas fundamentales con las que se cuenta en la investigación de los delitos contra la integridad sexual, volviéndose casi imprescindible para valorar, entre otras cuestiones que seguidamente trataré, la veracidad del relato del niño/a y adolescentes víctima –o testigos–.

En la pericia psicológica ordenada en la persona del niño –supuesta víctima–, el objetivo principal es analizar si éste presenta indicadores de haber sufrido una situación de maltrato-abuso, en caso afirmativo, de qué manera incidió en su personalidad, si presenta daño psicológico y en su caso la extensión del mismo, si tiene tendencia a la mitomanía, fabulación y/o confabulación, características de su relato, entre otros puntos.

En aquellos casos donde no contamos con evidencia física y en Cámara Gesell el niño se niega a hablar de los hechos objeto de investigación, es a través de los distintos test y técnicas utilizadas en la labor pericial, que se advierte, por intermedio de indicadores, si el niño pudo haber sido víctima de un abuso sexual. Sucede lo mismo con aquellos niños muy pequeños, que por su corta edad no se encuentran en condiciones de dar un relato circunstanciado de lo acontecido, a través del procedimiento de Cámara Gesell, o por padecer algún tipo de funcionalidad psicológica o psiquiátrica diversa que se lo impida.

Por su parte, la determinación del daño psicológico es útil para que, en caso de sentencia condenatoria, el Tribunal agrave o gradúe la pena del imputado, ya que si la víctima presenta un grave daño en su salud mental, podría aplicarse la agravante contenida en el art. 119, 4º párrafo, apartado “a” del C.P. o determinar una pena mayor a la hora de la determinación judicial de la pena.

En relación al imputado, sirve para determinar –unido siempre con el resto de la probanza recolectada- si el sindicado participó o no en el hecho que se le endilga, si el mismo fabula o confabula, si es impulsivo, perverso, inmaduro sexual, narcisista, etc. Ahora bien, vale aclarar que ello por sí solo no alcanza para dar fundamento a la acusación, toda vez que las características psicológicas y la personalidad del sindicado, puede ser compatible con la de un abusador sexual, pero ello, en modo alguno, autoriza a sindicarlo como autor penalmente responsable del hecho que se le endilga, pese a ello, las conclusiones de dichas pericias, suelen convertirse en lo que el Dr. Jorge Montero²⁰ ha denominado “*la prueba invisible*”.

a. El perito.

Como bien lo enseñan los Dres. Cafferata Nores, José Ignacio y Aída Lucía Tarditti en **Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba – Comentado, (T. 1, Ed. Mediterránea, Córdoba, 2003, pág. 567)** en su comentario al art. 233 del C.P.P., “...*el requisito básico para ser perito es la idoneidad, derivada de su reconocida capacidad científica, técnica o artística, necesariamente para descubrir o valorar el elemento de prueba que ni la autoridad judicial ni el común de la gente podría descubrir o valorar...*”. Además de la aptitud profesional, se requiere, para ser perito, aptitud legal, mayoría de edad y salud mental.

Si bien las normas que regulan la pericia en nuestro Código de Rito, no hablan expresamente de la existencia de peritos oficiales, es decir, aquellos que pertenecen a los Equipos Técnicos del Poder Judicial –Organismo auxiliar del Poder Judicial-, estos peritos existen y han sido creados y designados por la Ley Orgánica (art. 95 LOPJ), para llevar a cabo dichas tareas.

Deberán desempeñar fielmente el cargo, estando sometidos a las directivas que le imparte la autoridad judicial y observando las disposiciones legales que reglamentan su accionar, debiendo expedirse con *verdad* y *seriedad*. Tiene libertad para responder los puntos sometidos a examen, utilizando las operaciones y los métodos que le parezcan apropiados *-libertad científica-*.

A los fines de cumplimentar las tareas de investigación que las normas procesales le han encomendado, el M.P.F. tiene a su disposición un conjunto de profesionales -en este caso psicólogos-, que llevarán a cabo las pericias ordenadas por el Fiscal de Instrucción. Dichos profesionales pertenecen al Poder Judicial –

²⁰ MONTERO, Jorge Raúl, ver su tesis doctoral *La Prueba Invisible*

son verdaderos empleados del Poder Judicial- e integran los Equipo Técnico de Intervención en Víctimas y el Equipo Técnico del Fuero Penal.

Ahora bien, a diferencia de lo que acontece con los peritos oficiales, nuestra ley ritual regula *expresamente* la participación y actuación de los peritos de control (art. 237 del CPP), refiriéndose exclusivamente a dos de las partes intervinientes en el proceso penal, el imputado y la/s víctima/s u ofendidos penalmente, constituidos en parte querellante.

Finalmente, si analizamos el articulado del C.P.P., se advertirá cómo la propia ley procesal le otorga distinto estatus procesal y requiere distintos comportamientos -en el marco de su intervención- tanto al perito oficial, como al de contralor.

b. Actuación del perito psicólogo.

El perito oficial tiene la obligación de dictaminar de acuerdo a los requisitos enumerados por la ley, que se relacionan a los métodos utilizados, en el caso los test, con el desarrollo de la misma, contestando los puntos de pericia establecidos en el decreto que ordenó la medida y emitir una conclusión desde los protocolos y parámetros estandarizados por su ciencia, arte u oficio. Así, el artículo 242 proscribire *“...el dictamen pericial... comprenderá, en cuanto fuere posible: 1) la descripción de la persona, cosa o hecho examinado, tal como hubiese sido hallado; 2) Una relación detallada de las operaciones que se practicaron y de sus resultados; 3) Las conclusiones que formulen los peritos, conforme los principios de su ciencia, arte o técnica y sus respectivos fundamentos, bajo pena de nulidad; 4) La fecha en que la operación se practicó.*

Por su parte, el artículo 238 del C.P.P. establece que el órgano que ordenó su realización, *“...formulará las cuestiones a elucidar, fijará el plazo en que ha de expedirse y si lo juzgare conveniente, dirigirá personalmente la pericia...”*.

El decreto que ordena la medida, deberá ser notificado a las partes, previo a su realización, haciéndoles conocer la facultad prevista en el art. 237 del C.P.P. (facultad de proponer peritos de control). Asimismo, las partes podrán proponer nuevos puntos de pericia si así los estimaren conveniente y, si son considerados útiles y pertinentes por el Fiscal de Instrucción, se los comunicará al perito oficial - a cargo de la realización de la medida- a los fines de que éste se expida también sobre ellos.

Concluido el acto pericial –pericia psicológica-, compuesto generalmente por tres o cuatro entrevistas, el perito deberá emitir sus conclusiones, a través de un

dictamen, que obviamente deben hacerse respetando los protocolos y parámetros estandarizados de la ciencia, en este caso la Psicología.

Este informe pericial es de suma importancia, no sólo por ser uno de los elementos con los que contará el Fiscal de Instrucción para tomar decisiones relevantes, sino también porque puede ser leído en la audiencia de juicio, aunque no esté presente el perito que la elaboró, incorporándose por su lectura como prueba en el proceso. Es dable destacar que, si el perito oficial es convocado a juicio, deberá prestar juramento de decir la verdad, al igual que cualquier testigo.

c. El perito de control.

La intervención del perito de control, es periférica en la lógica de las normas de nuestro código procesal. En principio su participación no es de carácter obligatoria, sino que intervendrá sólo si la parte ejerce la facultad que le acuerda el art. 237 del C.P.P. Por lo que, en principio, tiene una actuación por lo menos acotada. Así, si es propuesto participará sólo como *mero espectador* del referido acto pericial.

Al respecto, el art. 237 establece que cada parte podrá proponer, a su costa, otro perito legalmente habilitado, para que practique las operaciones periciales conjuntamente con el oficial y produzca luego su dictamen. Concluido el acto, el perito de control podrá adherirse a las conclusiones contenidas en el dictamen oficial u omitir la realización del mismo, quedándose el Fiscal de Instrucción, en cualquiera de los dos casos, con la opinión científica de una sola parte, la oficial. Como tercera opción, podrá presentar su propio dictamen en disidencia -parcial o total- con el dictamen elaborado por el perito oficial, siempre desde el aval de su ciencia.

Con ello surge un nuevo interrogante, ¿cuál será el valor que se le deberá otorgar al dictamen presentado por el perito de control?

d. Valoración del dictamen pericial.

Con relación a este tópico, es importante señalar que –contrariando la lógica adversarial-, si el perito de control es convocado al juicio e incluso a declarar durante la I.P.P., no lo hará bajo juramento de decir verdad.

El anterior código procesal exigía juramento tanto a los peritos oficiales como a los propuestos por las partes, adquiriendo sus declaraciones *idéntico status* al de los

testigos, con la consecuente sanción legal que les correspondería a los testigos, en caso de que falsearan sus resultados y/o conclusiones.

Hoy, habiéndose eliminado la referida norma procesal, parece que los dictámenes de los peritos de control deben ser considerados *a priori* parciales sino falsos. Por considerarse que, como estos profesionales son de “*parte*”, sus dictámenes responderán sólo y exclusivamente a los intereses de ésta -marcando una brecha con la concepción de la lógica adversarial- y dejando de lado que ambos peritos –*tanto el oficial como el de parte*- están obligados a respetar los parámetros y estándares de su ciencia. Ello se debe a que el perito oficial, es el propuesto por el Fiscal de Instrucción, a quien erróneamente no se considera “*parte*” en el proceso. La objetividad con la que debe dirigir su investigación, impacta en el valor conviccional de los dictámenes elaborados por los profesionales designados por el M.P.F. para llevar a cabo aquellas medidas probatorias. De este modo, la defensa tendrá muy pocas probabilidades de que el informe presentado por su perito influya en la mente del juzgador, de modo tal que lo haga dudar de las conclusiones arribadas por el perito oficial.

Siguiendo el criterio expuesto, la Excma. Cámara de Acusación de la Provincia de Córdoba, mediante Resolución N° 121, de fecha siete de agosto de dos mil uno, dictada en el marco de los autos caratulados "**Fernández, Hugo Antonio y otro p.ss.aa. Falso Testimonio, etc.**", en consonancia con la perspectiva ajustada a nuestra realidad procesal, expresó: "*...mientras el perito oficial reviste el carácter de auxiliar del Juez o Tribunal, el consultor técnico es un verdadero defensor de la parte, quien lo designa para que lo asesore en los ámbitos de la técnica ajenos al específico saber jurídico...*".

Por su parte, los Dres. Cafferata Nores, José Ignacio y Aída Lucía Tarditti en su comentario al art. 237 del C.P.P.²¹, al referirse a los peritos de control, enseñan que "*...Cada parte podrá proponer, a su costa, otro perito legalmente habilitado, para que practique las operaciones periciales conjuntamente con el oficial y produzca luego su dictamen (común o separado con el de éste). Pero el código regula al perito de control como un auxiliar técnico de la parte (un representante técnico de su interés), para evitar que éste deba expedirse siempre con veracidad, aun cuando esa verdad sea contraria al interés de quien lo propuso como contralor...*". Pero luego agregan "*...Su dictamen convencerá (o no) por la fuerza de sus argumentos y no por la presunta imparcialidad de su actuación (en la que nadie creyó nunca), pues su idoneidad profesional deberá ser semejante a la exigida al perito oficial... se lo exime de prestar juramento y de dictaminar, si prefiere no hacerlo, para no colocarlo en el dilema de perjudicar a*

²¹ Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba – Comentado, (T. 1, Ed. Mediterránea, Córdoba, 2003, pág. 573)

quien lo propuso o de expedirse con mendacidad...”. Por último y siguiendo con el análisis del artículo en cuestión, agregan “...Sin embargo y a pesar de que su dictamen sólo exprese la opinión de un verdadero defensor técnico de la parte, no se podrá desoír arbitrariamente sus conclusiones, sino que, por el contrario, habrá que fundar debidamente su aceptación o rechazo...”.

En definitiva, tanto de la doctrina como de la jurisprudencia se desprende que el objetivo de la reforma fue “sincerar” la actuación del perito de control, “*si son de partes, sus dictámenes responden al exclusivo interés de quien los propuso*”. Al respecto, la Dra. Patricia Soria enseña que esta diferenciación marca una brecha con la concepción de la lógica adversarial “*...no sólo por este punto de partida, sino también por el hecho de concebir al fiscal de instrucción como un ente oficial, con criterio de actuación objetiva de que no es parte en el proceso, que se convierte en parte con algunas atribuciones específicas, como la recursiva por ejemplo, pero que la “objetividad” con la que actúa lo excluye del interés que tiene “una parte” en el proceso...*”²².

Ahora bien, si de sincerarnos se trata, debemos hacer al menos dos observaciones en relación a la actuación de los operadores jurídicos y la práctica judicial:

- I. Los peritos oficiales, encargados de efectuar la pericia, no sólo son empleados del Poder Judicial, sino que desempeñan sus labores a metros de las oficinas de los órganos jurisdiccionales que ordenan las medidas, por lo que tiene contacto directo con las personas encargadas de llevar a cabo la persecución penal, con las consecuencias negativas que esto genera –contaminación indirecta-. Así las cosas, el perito oficial no sólo elaborará su dictamen bajo la presión del órgano que decretó la medida, sino también que se contaminará con las ideologías, supuestos, prejuicios y valores del Instructor –prueba invisible-, pues en la gran mayoría de los casos, éstos o bien tiene acceso a las constancias del expediente penal (art. 238 del C.P.P.) o mantiene una breve charla con la Instrucción a los fines de interiorizarse de los pormenores de la causa.
- II. A pesar de que el dictamen pericial no tiene carácter vinculante, el órgano decisor deberá fundamentar debidamente por qué considera que debe valorarse y aceptarse cual o tal informe, idéntico razonamiento deberá efectuar en relación al informe que rechaza. Pero lo cierto es que este estatus legal del perito oficial y la estrecha

²² SORIA, P “*La Investigación Penal Preparatoria - I*” Revista de Derecho Procesal Penal. Ed. Rubinzal – Culzoni. 2011. Pag. 413.

vinculación que existe entre los Fiscales y los profesionales que integran los distintos Equipos Técnicos del Fuero Penal, repercuten en forma directa e inexorable en la valoración de los informes periciales elaborados por los peritos oficiales “*imparciales*” y los peritos de parte, existiendo una clara tendencia a valorar el informe oficial como la “*verdad de lo acontecido*”, siendo —en la mayoría de los casos- las *únicas* conclusiones que se tendrán en cuenta a la hora de tomar una decisión, salvo la parte del informe pericial confeccionado por el perito de parte que sea “*amigable*” con la “teoría del caso” del Fiscal de Instrucción, que se jacta de objetividad.

Finalmente, se remarca que, al elaborar el dictamen los peritos deben reflejar la especialidad de que se trata y, sobre todo, los parámetros técnicos y científicos de los que se valieron para que el informe no se convierta en una mera opinión personal. Situación que permitirá valorar su cientificidad y, por lo tanto, su peso convictivo.

e. El valor convictivo del dictamen pericial.

Teniendo en consideración que el juzgador carece de conocimientos específicos en el campo de la psicología, para poder expedirse sobre la fiabilidad del relato del NNyA, necesariamente requerirá la explicación de un experto en el área. Así lo ha sostenido la doctrina de la Sala Penal del T.S.J.: “...*Cuando existe una pericia psicológica que se expide sobre la fiabilidad del relato, la lectura de este último debe ir necesariamente acompañada —cual sombra al cuerpo- de la explicación experta, en tanto aquel extremo se encuentra dentro del ámbito de conocimientos especiales de los que carece el Juzgador (o que, disponiendo de ellos, no pueden motivar su decisión por no ser controlables por las partes) y que por ende no pueden motivar su decisión...*” (TSJ, “Fernández”, Sent. N° 213, del 15/08/08). Ahora bien, cuando nos encontramos con más de un dictamen pericial —oficial y de control-, ¿a cuál debe atenerse el juzgador?

A los fines de responder dicho interrogante, primero resulta necesario recordar que la pericia psicológica no indica si los hechos han sucedido efectivamente en la realidad, sino que, evalúa si el relato aportado por la víctima cumple o no con criterios preestablecidos de credibilidad.

Por otro lado, tal y como lo enseñan numerosos autores, el dictamen pericial no es vinculante para el órgano judicial, quien es libre de aceptar o rechazar total o parcialmente las conclusiones a las que arriba el perito en su informe. Pero para hacerlo deberá *fundamentar seriamente* tanto su aceptación, como su rechazo,

conforme las reglas de la sana crítica racional. Deberá formar su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio, *y no sobre lo determinado perito concluya*. Pues es el tribunal el llamado a analizar la credibilidad o falta de ella de las personas –sean testigos o peritos– que declaren en los estrados, función esta que no pueden delegar o renunciar, sin perjuicio del carácter de referencia que pudiere otorgársele a las conclusiones del peritaje, pues para ser considerado como antecedente probatorio de peso en el juicio, deben ser corroborados, o cotejados con distintos medios de prueba, producidos todos ellos en la audiencia, que conlleven directamente a los sentenciadores a la certeza requerida para condenar.

Aclarado esto, retomaré el interrogante en cuestión. Como he dicho, nuestro código de procedimiento, doctrina y jurisprudencia, otorgan distinto estatus legal a los dictámenes elaborados por el perito oficial y los peritos de contralor.

Sobre este punto, debemos reconocer que la estrecha vinculación que existe entre los fiscales y los Equipos Técnicos del Poder Judicial repercuten inexorablemente en la valoración de los informes periciales oficiales y de control elaborados en el marco de la investigación de los delitos contra la integridad sexual, máxime si de menores víctimas se trata.

Existe una clara tendencia a valorar el informe oficial como “*prueba irrefutable*”, por el sólo hecho de provenir del dictamen de un perito oficial, descartando sin más el valor conviccional de las conclusiones *científicas* del perito controlador, por considerar –haciendo una deficiente interpretación de lo enseñado por los Dres. Cafferata Nores y Aida Tarditti–, que “*las conclusiones del perito de control obedece al interés de la parte*”, como si por tal circunstancia sus conclusiones no fueran científicamente adecuadas.

Es cierto que, en esta clase de delitos, en donde sólo contamos con la versión de la víctima *versus* victimario, la pericia psicológica adquiere gran relevancia a los fines de alcanzar el descubrimiento de la verdad. De ello no cabe duda. El problema reside en la poca o casi nula credibilidad científica de la que goza el perito controlador, afectando por este hecho directamente el ejercicio del derecho de defensa.

No es ilógico pensar que quien ha sido propuesto como perito de control, no dictaminará en perjuicio de su cliente, pero lo que carece de toda logicidad es presumir *iure et de iure* que el perito de control, por el solo hecho de cobrar honorarios, transgredirá las reglas de su ciencia, con el fin de elaborar un dictamen que beneficie a su asistido. Pues, como se mencionó supra, no es obligatorio que el

perito controlador dictamine al respecto, cuando nada favorable tiene que acotar. De hecho, la función del perito de control será la de iluminar aquellas aristas de la personalidad del periciado que pudieron haber sido omitidos por el perito oficial al elaborar su respectivo dictamen, con el fin de brindarle al juzgador un conocimiento más acabado de aquellos temas que por sí no puede saber y que motivaron la realización del acto procesal.

Por otro lado, resulta ingenuo y hasta peligroso considerar que el perito oficial, por el solo hecho de no poseer un real interés en el resultado del proceso y haber prestado juramento de ley, sea ajeno al mismo. Pues el informe no es sólo un documento donde el profesional plasma su saber, sino también un lugar donde –y aun inconscientemente- plasma sus ideologías, supuestos, prejuicios, sesgos y valores. Por ello no se puede dar un valor conviccional dirimente a las conclusiones de los peritos oficiales, más aún cuando se observa en la elaboración de los referidos informes una tendencia a la automatización.

En virtud de ello, estimo que ambos informes –el oficial y el/los de control- deben ser valorados, tanto en la I.P.P. como en la etapa de juicio, junto con las demás pruebas en el marco de la sana crítica racional, sin darle absoluto valor al informe oficial o restarle absoluto valor (omitiendo su análisis) al informe producido por el perito de parte. Caso contrario, no solo se estaría violando el sistema de valoración de las pruebas y consiguientemente las reglas del debido proceso, sino también los principios mismos del sistema acusatorio de corte adversarial.

VIII.- Reflexiones finales

En función de lo manifestado en relación a la eficacia probatoria del testimonio de los NNyA víctimas o testigos en la investigación de los delitos contra la integridad sexual, y las pericias psicológicas efectuadas en la persona de la víctima y del victimario, en el proceso penal acusatorio, se presentan las siguientes reflexiones:

La exposición informativa bajo la modalidad de Cámara Gesell, que se recepta en una única oportunidad, por asimilárselo a un acto definitivo e irreproducible, a los fines de salvaguardar los derechos de la víctima y evitar su revictimización, se lleva a cabo vulnerando los principios del sistema acusatorio, en el caso, el de intermediación y contradicción. Toda vez que nuestro ordenamiento local no prevé la participación del órgano jurisdiccional –esto es, el Juez de Control-, en su realización. Ello trae como consecuencia que la defensa del imputado se encuentre

en una posición de inferioridad respecto del fiscal –parte acusadora- que ordena y dirige la medida en pos de confirmar su teoría del caso, incluso, cuando debido a su obligación de actuar con “objetividad”, ésta sea favorable para el imputado. Es que no es lo mismo un sobreseimiento por duda insuperable, a que se sobresea al imputado por no ser éste el autor del hecho que se investiga. De hecho, el Dr. Caferatta Nores y la Dra. Tarditti, al analizar el debido proceso ponen de resalto que “*no cualquier proceso dará satisfacción a esta garantía*”, siendo necesario que durante la tramitación de todo el proceso, el imputado pueda intervenir efectivamente, conocer y refutar la imputación, ofrecer prueba de descargo y controlar la prueba de cargo y alegar sobre su eficacia conviccional, en plena igualdad con el acusador, en cualquier fase, pero especialmente en el juicio oral y público. Por ello, resulta trascendental que, si de un anticipo de prueba se trata, se efectúe mediante la modalidad de una audiencia dirigida y controlada por el Juez de Garantías.

En relación a la pericia psicológica, la práctica judicial alentada por el diferente “status legal” que poseen los peritos que intervienen en su producción – oficial y de control-, contraria toda lógica adversarial, al asignarle mayor valor conviccional al dictamen elaborado por el oficial por el solo hecho de provenir de aquél. Es que si el legislador a tratado de implementar un sistema procesal acusatorio de corte adversarial, dar valor tasado u oficial a la prueba solicitada por el fiscal frustra aquello que el mentado sistema exige.

Por todo ello, estimo que el tema merece una nueva discusión, que deberá efectuarse desde los principios y valores del sistema de enjuiciamiento penal diseñado por nuestra Constitución, es decir, el sistema acusatorio; y abandonar de una vez y para siempre, prácticas judiciales en las que se enraízan los vicios del sistema inquisitivo aun persistentes en nuestra praxis judicial.

IX.- Bibliografía

- AZABACHE, Cesar “Notas a la reforma del procedimiento penal en el Perú, en Sistemas Judiciales”, N° 3, INECIP/CEJA, Buenos Aires, 2002.
- BARCHIETTO, Ana María “La psicología forense, el menor víctima y su testimonio. Rol del psicólogo forense en las declaraciones de niños y adolescentes víctimas en el fuero penal. Ley 25.852”. En Cuadernos de medicina forense. Año 4, N° 2 (7-10) CSJN. www.csjn.gob.ar.
- BINDER, Alberto “Introducción al derecho procesal penal”, Ed.: Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000.

- CAFFERATA NORES, José “Derecho procesal penal. Consensos y nuevas ideas”, Imprenta del Congreso de la Nación, Buenos Aires, 1998.
- CAFFERATA NORES, José “Proceso Penal: Nuevos estándares y controversias”. Ed. Mediterránea. Córdoba, 2008.
- CAFFERATA NORES, J y TARDITTI, A. “Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba – Comentado”, Ed. Mediterránea, Córdoba, 2003
- CAFFERATA NORES, J. y AA.VV. “Manual de derecho procesal penal”. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2004.
- CLARÍA OLMEDO, J. “Derecho Procesal I. Conceptos fundamentales”. Ed. Depalma. Buenos Aires, 1982. +
- FERRER, C. F. “El querellante particular en el CPP de Córdoba”. Pensamiento Penal y criminológico, Año II, N° 2, Ed. Mediterránea, Córdoba, 2001.
- FORTETE, C. Modalidades especiales de recepción del testimonio: Victimización secundaria y derecho de defensa. Anuario del CIJS -2007-.
- NÚÑEZ, Ricardo, “Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba”. Ed. Marcos Lerner, segunda edición, 1986.
- ROMERO, G.S. “Cámara Gesell. Testimonio de niños en el proceso penal”. Ed. Alverioni. Córdoba, 2011.
- SORIA, Patricia, “La Investigación Penal Preparatoria - I” Revista de Derecho Procesal Penal. Ed. Rubinzal – Culzoni. 2011.