

¿Procede la exclusión del imputado para presenciar la entrevista de la víctima en cámara gesell ante el derecho de información de la víctima que aquél estará presenciando el acto?

Autor:

Carbone, Carlos Alberto

Cita: RC D 1946/2019

Encabezado:

El autor se plantea si procede la exclusión del imputado para presenciar la entrevista de la víctima en cámara gesell ante el derecho de información de la víctima que aquél estará presenciando el acto, y analiza los criterios jurisprudenciales y los fundamentos que han dado sustento a cada posición.

¿Procede la exclusión del imputado para presenciar la entrevista de la víctima en cámara gesell ante el derecho de información de la víctima que aquél estará presenciando el acto?

Conforme lo hemos expuesto anteriormente en estas columnas se debe admitir dicha presencia cuando se invoquen fundamentos serios, como ejercer el control de la prueba y proponer preguntas respecto de secuencias de modo, tiempo, y lugar que solo los protagonistas del caso pueden conocer.

En una oportunidad venida en apelación se confirmó la decisión de la jueza de investigación que previó la presencia del imputado de abuso sexual en perjuicio de un mayor con retraso mental a quien cuidaba.

En la audiencia de apelación se opuso la fiscalía invocando derechos constitucionales de las víctimas vulnerables en cuanto al derecho a ser informado del acto procesal que se iba a realizar, el que apareja hacerles saber de la presencia fuera del recinto de la declaración del imputado lo que podría significar no solo revictimización sino un condicionante para que se pueda expresar la víctima libremente.

Convalidamos desde el pretorio de Segunda Instancia esa decisión porque entendimos que tal derecho de información sobre la presencia del imputado debía ceder precisamente para dar una tutela judicial efectiva a la víctima que no se contrapone al debido derecho de defensa del imputado de poder hacer preguntas previa las formalidades específicas sobre detalles de las circunstancias que solo conocían ambos^[1].

Pero la cuestión no es pacífica y en el mismo Colegio de Jueces de la Cámara Penal de Rosario se adoptó la solución inversa en la inteligencia de entender que el derecho de información de la víctima menor sobre la presencia del imputado aún fuera de la sala de entrevista, no puede ser obviado, colocándolo en el peldaño superior^[2].

En este pensar como la sola noticia de ser observada la víctima por el imputado lógicamente puede perturbar su ánimo, entonces se prohíbe tal asistencia.

A nuestro juicio todos los instrumentos internacionales y la jurisprudencia citados por esta opinión judicial restrictiva, tienen como soporte la justificación de tomarle declaración a las víctimas no solo en Cámara Gesell sino hacerlo antes del juicio, es decir como anticipo jurisdiccional de prueba con la consiguiente desatención del derecho a interrogarlas en el debate, que hoy prácticamente no se discute, al menos seriamente.

La jurisprudencia rosarina recién citada, para deslegitimar el derecho de información a la víctima de la presencia del imputado como agresor sexual con la consiguiente perturbación de su ánimo, por encima del derecho de éste a presenciar la declaración en dicho dispositivo, acude a un precedente de la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe que para nosotros se adecua más a legitimar la realización que se hizo de la misma sin la presencia del imputado y como anticipo jurisdiccional de prueba como tiempo atrás solía suceder.

Pero no consta que en ese caso se halla impetrado antes de esa declaración la presencia cuestionada pero en lo que aquí interesa se convalidó lo actuado, por cuanto se critica que en el recurso extraordinario de inconstitucionalidad local no se esgrima seriamente perjuicio en concreto en tal inasistencia técnica[3].

Pensamos que, consciente o inconscientemente se le da esa primacía al derecho de información de la víctima referido para negarle al imputado el derecho de asistencia al control del acto.

Así se citan instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos de personas vulnerables (ONU, 100 Reglas de Brasilia, etc.) que justifican la declaración de la víctima antes del juicio y con el dispositivo de la Cámara Gesell, pero que no son específicos para impedir al imputado de la asistencia al mismo[4].

Es más se cita el criterio de la Corte Nacional en fallo que encaja más en nuestra posición que en su tesis restrictiva: "...en aquellos supuestos en que para garantizar esos parámetros sea necesario restringir el derecho a interrogar del imputado, debe hacerse en la medida estrictamente necesaria para preservar la salud psicofísica de la damnificada, que cuando ese derecho se limite se deberá compensar con otras pruebas que la defensa pueda fiscalizar, todo ello en el entendimiento de que "no toda restricción del derecho a interrogar es incompatible con la noción de juicio justo, en tanto y en cuanto no se resigne definitivamente a mantener el equilibrio que debe mediar entre la acusación y la defensa" (conf. CSJN, 7/6/11, "Gallo Lopez, Javier s/ Causa N1 2222", G. 1359. XLIII)"

Siguiendo las citas puntuales sobre el tema se suelen invocar protocolos que no siempre fulminan la presencia del imputado, pero que de todos modos no son más que eso, sin alcance legal imperativo; sus postulados deben ser sometidos al análisis de su procedencia al caso concreto cuando la ley no resuelva la cuestión.

La jurisprudencia de provincia recién citada que revocó la decisión de primera instancia que permitió la presencia del imputado, también se ampara en instrumentos que no resuelven la cuestión. También el ámbito provincial suele citarse la "Guía de entrevista investigativa con niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales de la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violentos de la Fiscalía Nacional del Ministerio Público", Chile de 2012 que aconseja informar a la menor víctima acerca de la finalidad del acto y de la presencia de las personas que estarán presentes en el dispositivo de la Cámara Gesell, consagrando de ese modo el derecho a la dignidad e intimidad como sujeto de derechos de cara a la Convención sobre los derechos del Niño; luego se deduce que si se cumple con tal manda entonces no se garantiza la intimidad de las víctimas si saben que el presunto agresor está presenciando en directo su discurso.

Del mismo modo se abona la restricción que nos ocupa con "la resolución de la Procuración General de la Nación del 16 de diciembre del año 200B, se instruyó a los Sres. Fiscales con competencia penal de todo el país para que incorporen como reglas prácticas para tener en cuenta en la atención de víctimas y testigos el documento denominado "Guías de Santiago sobreprotección de víctimas y testigos".

En las "Directrices sobre la Justicia en asuntos concernientes a los niños, niñas y adolescentes" aprobada por el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas y las Observaciones Generales del Comité de Derechos del Niño, se considera en el apartado 31 que "los profesionales deberán aplicar medidas para ... B) velar porque los niños víctimas y testigos de delitos no sean interrogados por el presunto autor del delito, siempre que sea compatible con el ordenamiento jurídico y respetando debidamente los derechos de la Defensa. Pero esto último se refiere al interrogatorio directo o como contra examen en juicio o en cualquier otra audiencia, y no a la especie que aquí tratamos.

Incluso se ha citado a la La Guía de las Buenas Prácticas para el abordaje judicial de niños, niñas y adolescentes víctimas o testigos de violencia, abuso sexual y otros delitos, publicada por UNICEF y la Asociación de Derechos Civiles en 2010, que al referirse al imputado, señala que no debe estar presente durante la entrevista de la declaración testimonial, pudiendo estar presente en el juicio oral ya que el niño, niña o adolescente no estará presente en el caso, debiendo garantizarse la absoluta libertad y tranquilidad del niño o niña, descontaminando el ambiente y preservándolo libre de cualquier interferencia que suponga la más mínima posibilidad de intimidad"[5], pero atento lo que venimos citando respecto del instrumento de referencia, también esta prohibición

se refiere al momento y en el espacio que aquella esté declarando, pero no que pueda seguir sus alternativas desde otro lugar como vimos.

Pero en otro caso los fiscales citan el mismo instrumento y afirman lo contrario: que recomiendan que el imputado presencie el desarrollo del acto a través de un sistema de circuito cerrado de televisión en una sala apartada a la toma de declaración; y como no cuentan con ese dispositivo recomendaron que su presencia no sea permitida en la sala de observaciones contigua al lugar de toma de declaración y que se tomen las medidas necesarias para garantizar la protección de la víctima^[6].

Pero se olvida que el fin de estas entrevistas especializadas como lo recalcan los mismos protocolos o guías no es otro que lograr una declaración de tal forma que desarrolle la sensibilidad, sea imparcial y pueda llevar a la verdad de manera que aporte una justa y correcta toma de decisiones en los sistemas de justicia criminal como reza el protocolo de Michigan que coloca entre los objetivos de la entrevista específicos asegurar el derecho de defensa del imputado.

Cuando este derecho es concedido los agravios fiscales consideran que el juzgador minimiza el derecho que tienen las menores a ser informadas sobre quienes la están observando y escuchando, "ya que el Magistrado ha visto Cámaras Gesell y nunca se le informa al menor quién está detrás del vidrio espejado".

Ni poco ni demasiado, todo es cuestión de medida cantaba Alberto Cortez: proponemos que se adecue, minimice o se prescindiera esa información de la presencia en vivo sin ser observado del imputado, aunque cierto es que cuando empezó a utilizarse estos dispositivos forenses los encargados de la entrevistas nada informaban a la menor, ni siquiera que estaba un juez o fiscal detrás del vidrio, ni que había vidrio, para que la niña ejerza su derecho a ser oída y expresarse libremente para que no quede presa de esa relación de poder, de sometimiento que sufría para no relatar lo vivido.

Siempre se sostiene para torcer el rumbo de estas facturas que en lo decidido no se ha seguido el Favor Minoris que deriva del principio Pro Homine, que fija un criterio en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia o la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos al ejercicio de las niñas, niños y adolescentes sometidos a un proceso penal, pero nuestra solución como veremos creemos que sí lo respeta con integridad a poco que se acuda a la Guía de buenas prácticas de Unisef cuando postula si se trata de menores debe siempre primar el interés superior del niño y el derecho a un trato digno teniendo en cualquier intervención atenderse su situación personal, necesidades, edad, grado de madurez, etc. Si la noticia de la presencia del imputado en ejercicio de su derecho constitucional de debida defensa en juicio puede influir negativamente en su relato se debe minimizar o adecuar tal información.

Si esto es así no hay duda que debemos acudir al llamado clearing de valores como pregonaba Ríos en sus votos de la Sala II de la Cámara de Apelaciones de Rosario^[7]: entre el derecho de información del niño que ponga el acento en la presencia del imputado y lograr un acto transparente, íntimo e imparcial, no hay duda alguna que esa información precisa referida se debe adecuar o ceder para lograr una tutela judicial efectiva de las víctimas vulnerables.

Esta selección que hacemos pensamos que mejor se compagina con La Convención sobre los Derechos del Niño. El artículo 3 de la CDN establece que en todas las medidas que tomen las instituciones públicas concernientes a los niños y niñas -incluyendo los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos- se debe tener primordial consideración por atender el "interés superior del niño". Por otra parte, la CDN sostiene que los Estados deben garantizar el derecho del niño o la niña a expresarse libremente en todos los asuntos que lo afectan y a que se tenga debidamente en cuenta su opinión, en función de su edad y grado de madurez (art. 12, inc. 1). Específicamente, se refiere a que en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, el niño o la niña debe tener su oportunidad de ser escuchado, "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" (art. 12, inc .2).

Así se invocó en un asunto que una menor víctima de su progenitor fue separada de éste y entregada a su madre para preservar su persona y su discurso y como ésta no se hizo cargo y la entrega nuevamente al padre, la

menor entró en un estado de reticencia que solo pudo dejar de lado cuando se la alojó en un centro especial donde retomó su confianza y libertad.

Con estas mismas aristas se opuso a la presencia del padre la fiscalía y ha fundado su queja en el Derecho del Niño "a ser escuchado libre y espontáneamente", el que se vio afectado al negarse a concurrir las menores a la audiencia al conocer que su padre estaría mirando y escuchando lo que ellas dirían, informando las profesionales tratantes del Hospital Provincial que en las condiciones en que se encontraban las niñas no era aconsejable que concurrieran a la medida. El supuesto encierra una grave cuestión puesto que a las niñas se les hizo saber la presencia del padre antes de la audiencia extremo que la defensa negó categóricamente su responsabilidad por no haber tenido contacto ni su parte con aquellas[8].

Ante esto la fiscalía se opuso y apeló la decisión del aquo que había permitido la presencia no en la retrocamara contigua al recinto y separada por un vidrio espejado del recinto de la declaración donde se ubican los profesionales, juez y peritos, sino en una sala contigua argumentando los males que nuevamente sufriría al enterarse que su progenitor denunciado la estaba observando.

Este discurso es algo así como poner "el carro adelante del caballo": esta dignidad e intimidad de la menor para el relato se puede preservar sin afectar el derecho de defensa del imputado cuando invoque motivos específicos para estar presente, con solo no advertirle de su asistencia como bien fundó el aquo[9].

Quizás la opinión más restrictiva en el ámbito del Colegio de Jueces de la Cámara Penal de Rosario -que por supuesto no compartimos- es la que en caso de apelación defensiva ante la negativa del a quo de permitir la presencia del imputado en Sala contigua a la declaración es la que declaró su inadmisibilidad, sosteniendo que la ausencia del encartado en ese lugar "de ninguna manera, puede ser considerado un agravio que de sustento a un recurso de apelación[10].

Estas ideas impiden ventilar en segunda instancia los extremos que ameritamos para estudiar la procedencia de tal presencia por parte del imputado y sus fundamentos y desconoce precisamente que el consagrar la ausencia es un gravamen irreparable porque afecta el derecho de defensa desoyendo lo postulado por la Guía de buenas prácticas que venimos validando.

Es que la Guía si bien no encara la cuestión del derecho de información de la víctima menor de edad y menos que este incluya el seguimiento on line del imputado de su declaración, cuando reconoce el derecho de aquella a un trato digno, lo consagra como operatorio según las especiales circunstancias del caso, la edad y las condiciones actuales de la menor, lo que permite al juez orientar al entrevistador para que no brinde el detalle de la observación on line por parte del imputado si esto puede afectar la integridad de su relato[11].

[1]

Colegio de Jueces de la Cámara de Apelaciones Penal de Rosario, Cuij 21-06454643-8 in re Martínez, Eduardo s/ Anticipo jurisdiccional de prueba, decisión en audiencia oral del 13 de Octubre de 2016. Carbone, Juez unipersonal.

[2]

Colegio de Jueces de la Cámara de Apelaciones Penal de Rosario, Cuij 21-06362509-8 in re Acosta Germán C. s/ Lesiones graves agravadas por el vínculo y abuso sexual agravado, Auto N° 418 del 23 de Junio de 2016. Lurati, Jueza unipersonal.

[3]

Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe. Causa "C. A. s/ Recurso de queja" de fecha 28.04.15 Tomo 262.

[4]

Cámara de Casación Penal de Entre Ríos in re "F. N. S. - Dcia. Abuso sexual s/ Recurso de casación" Expte. N° 38/14, Año 2014 Resolución N° 70 Paraná, 18 de septiembre de 2014. Como se patentiza con acudir a "

[5]

Colegio de Jueces de la Cámara de Apelaciones Penal de Rosario, Cuij 21-06362509-8 in re Acosta Germán C. s/ Lesiones graves agravadas por el vínculo y abuso sexual agravado, Auto N° 418 del 23 de Junio de 2016. Lurati, Jueza unipersonal.

[6]

Cámara de Casación Penal de Entre Ríos in re "F. N. S. - Dcia. Abuso sexual s/ Recurso de casación". Expte. N°38/14, Año 2014 - Resolución N° 70 Paraná, 18 de septiembre de 2014.

[7]

Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario, Sala II en "Exerta Penal" año I marzo 1988 pag. 18 (entre muchos otros) voto de Ríos : "... se deben ponderar los valores constitucionales en juego, en el caso concreto, hacer un clearing de valores constitucionales entre el proceso invalido o soslayar la irregularidad de menor calibre en beneficio de la mayor jerarquía en la escala del estatuto fundamental para garantizar la paz social, punir conductas antisociales, evitar la venganza privada..."

[8]

Ibidem.

[9]

Colegio de Jueces de la Cámara de Apelaciones Penal de Rosario, Cuij 21-08017118-5 in re Martínez Oscar s/ Anticipo jurisdiccional de prueba Auto dispuesto en forma oral en audiencia de apelación del 18/10/19. Carbone, Juez unipersonal.

[10]

Colegio de Jueces de la Cámara de Apelaciones Penal de Rosario, Cuij CUIJ N° 21- 06729769-2, caratulado "Li Causi, Héctor Auto N° 373 del 11 de Junio de 2018. Mascali, Juez unipersonal: "El recurrente reclama por falta de presencia de su asistido a los fines del ejercicio de su defensa, pero no puede desconocer que se encuentra expresamente prohibido el careo entre el menor víctima con el imputado; que no es un acto de defensa material; y que la estrategia en orden a la realización de preguntas y su tenor corre por cuenta del letrado, en su representación..."

[11]

Derecho a la privacidad: toda información relativa a la participación de la NNyA dentro del proceso debe ser protegida, asegurándose la confidencialidad y restringiendo la divulgación de cualquier información que permita su identificación o utilización para fines inapropiados, pág. 15.