



Ministerio Público

Procuración General de la Nación

“G L , J s/causa n° 2222”
S.C. G.1359, L. XLIII

S u p r e m a C o r t e :

Por compartir sus fundamentos, habré de mantener el recurso de hecho interpuesto por el Fiscal General ante la Cámara Nacional de Casación Penal, al que sólo me permito añadirle las siguientes consideraciones.

Desde el punto de vista de la procedencia formal del reclamo, es conveniente resaltar que es criterio de V.E. la equiparación a sentencia definitiva de las decisiones que, si bien no ponen fin al proceso, implican que quien fue víctima durante su menor edad de ofensas sexuales, deba prestar una nueva declaración o someterse a reiterados exámenes, ya que son irreparables el daño psíquico que podría sufrir como consecuencia de ello y la consiguiente lesión de los derechos que le asisten en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño (Fallos: 325:1549).

Asimismo, comparto la opinión del apelante acerca de la arbitrariedad del pronunciamiento impugnado, en tanto no ha tomado suficientemente en cuenta elementos de convicción decisivos legalmente incorporados al proceso, aspecto que determinó que el tribunal se apartara en forma inequívoca de la solución normativa precisa.

Para demostrar esa afirmación es conveniente recordar que el conflicto de que se trata en el *sub lite* se presenta de modo frecuente en los procesos por abuso sexual en perjuicio de menores por parte de personas que conviven en el mismo hogar, en los que el interés del imputado por controlar la declaración de la víctima suele entrar en tensión con el interés de protección del niño.

Este último exige, según lo expone el Instituto Interamericano del Niño, Niña y Adolescentes (IIN-OEA) en su Orientación Técnica Institucional n° 1, emitida en febrero último, que se evite en la medida de lo posible la revictimización que puede acarrear el hecho de comparecer ante juzgados en forma reiterada y someterse a prácticas innecesarias que obliguen al menor a revivir hechos de

profunda dimensión traumática, con el agravante del daño que previsiblemente provoca el sentimiento de culpa por el encarcelamiento de su presunto agresor (vinculado afectivamente) y las presiones que ello genera en el entorno familiar.

Precisamente con ese fin, en el mencionado documento se recomienda a los Estados, entre varias medidas, desjudicializar la participación de los niños y niñas víctimas de abuso sexual al mínimo posible y, aun en el caso de comparecer en sede judicial, aplicar un procedimiento especial para evitar su revictimización; asegurarse que las garantías al derecho a la identidad, privacidad y propia imagen se resguarden en los procedimientos previos, concomitantes y posteriores a las investigaciones por abuso sexual a niños y niñas; y considerar en el procedimiento judicial la protección especial frente a la aplicación a la víctima de prácticas médicas, psicosociales y periciales abusivas o innecesarias (IIN-OEA “Revictimización de niños, niñas y adolescentes en los procesos administrativos y jurisdiccionales en caso de abuso sexual”).

La misma problemática fue abordada en su oportunidad por el Comité de Ministros del Consejo de Europa en su Recomendación n° R (97) 13, del 10 de septiembre de 1997, sobre “Intimidación de los testigos y derechos de la defensa”, la que también trata de medidas a tomar respecto de testigos vulnerables, en particular en el caso de criminalidad en el seno de la familia. Allí se destaca la conveniencia de que el primer contacto con el niño sea llevado a cabo por personas adecuadamente formadas; de interrogarlo, en lo posible, en la primera fase del procedimiento y tan pronto como se pueda; de evitar la renovación de los interrogatorios y, a tal fin, tratar de asegurar que sea conducido por una autoridad judicial o en presencia de ésta y que la defensa tenga la ocasión de confrontar el testimonio; además de la recomendación de utilizar técnicas audiovisuales para registrar el acto y posibilitar su reproducción posterior (*vid* cap. IV, puntos 23 al 28).



Ministerio Público

Procuración General de la Nación

“G L , J s/causa n° 2222”
S.C. G.1359, L. XLIII

En ocasiones, estas medidas de protección pueden entrar en conflicto con el derecho del imputado a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo (artículo 8.2.f de la CADH), sin que pueda establecerse en abstracto la prevalencia de alguno de ambos intereses legítimos.

La contradicción debe resolverse de acuerdo con la técnica de la ponderación y a la luz del principio de proporcionalidad, según el cual sólo cabe admitir medidas que restringen un derecho de la defensa cuando sean estrictamente necesarias y en tanto y en cuanto ese sacrificio sea compensado en algún momento del procedimiento (confr. TEDH “S.N. v. Suecia”, del 2-7-2002, §47).

En cuanto a la adopción de resguardos excepcionales para proteger al testigo/víctima de ofensas sexuales, se ha tenido en consideración que los procesos criminales que se siguen por hechos de esa índole “son a menudo percibidos por la víctima como una ordalía, en particular cuando ésta no tiene voluntad de ser confrontada con el imputado; circunstancia que es aún más prominente cuando el caso concierne a un niño” (TEDH “B. v. Finlandia”, 24-4-2007, § 43).

En este sentido, es preciso destacar que el apelante ha señalado la evidencia que demuestra en el *sub lite* el alto grado de probabilidad de grave daño a la salud de la víctima que podría haber derivado de una eventual reiteración de los interrogatorios y exámenes.

En el contexto indicado, resta determinar si las medidas adoptadas con el propósito de proteger a la menor se conciliaban con un adecuado y efectivo derecho de defensa.

Al respecto, es oportuno referir algunas pautas elaboradas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la base del artículo 6.3.d del Convenio Europeo de Derechos Humanos, similar al 8.2.f de la Convención Americana.

Como principio general, una condena basada únicamente o en grado decisivo sobre declaraciones que el imputado no ha podido confrontar en ningún momento del proceso sería incompatible con el

debido proceso, sin embargo, la falta de control puede quedar compensada cuando existen otras pruebas idóneas o cuando la sentencia no se ha fundado solamente en la prueba no sometida al examen de la defensa (confr. "P.S. v. Alemania" *cit.* §24 y sig.).

Por otra parte, si existen pruebas legalmente incorporadas que corroboran las afirmaciones del testigo no controlado, el hecho de que estas últimas sean el origen de las primeras, no impide que el tribunal las tome en cuenta para fundar su decisión (Verdam v Países Bajos", 31-8-1999).

Así, considero especialmente relevante reparar en que el Fiscal General, en su escrito de fs. 31/35, alude a una serie de evidencias que confirman la versión de los hechos dada por la víctima y que fueron ventiladas en la audiencia de vista de la causa a disposición de la crítica de la defensa. En relación con este aspecto, a fin de evitar repeticiones innecesarias, me remito a lo expuesto por el apelante en su recurso extraordinario

Otra circunstancia que estimo que debe ser puesta de resalto en esta ponderación es que, si bien la menor no declaró en el juicio –por expresa recomendación de un especialista– quien sí lo hizo fue la experta que la había entrevistado en la etapa anterior, y dio entonces cuenta del relato que escuchó de la niña, además de realizar otras apreciaciones técnicas acerca de su cuadro psicológico; todo cuanto pudo ser, naturalmente, controlado y confrontado por el imputado o su representante

En estas condiciones, la decisión del *a quo* que prescindió de los elementos de convicción señalados y soslayó la necesaria armonización de los intereses del niño con los de la defensa según parámetros aceptables, no constituye una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa y debe ser descalificada como acto jurisdiccional válido.



Ministerio Público

Procuración General de la Nación


“G L J s/causa n° 2222”
S.C G.1359, L. XLIII

Por ello, y los demás fundamentos expuestos por el
Fiscal General, mantengo la queja interpuesta.

Buenos Aires, 7 de octubre de 2008.

ES COPIA

EDUARDO EZEQUIEL CASAL


ADRIANA N. MARCHISIO
Prosecretaría Administrativa Int.
Procuración General de la Nación
21/10/08