



FACULTAD DE CIENCIA POLÍTICA
Y RELACIONES INTERNACIONALES

UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO

Facultad de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales

MAESTRÍA EN ESTUDIOS POLÍTICOS

TITULO DE LA TESIS:

Ley N° 25852: acceso a la justicia para niñas, niños y adolescentes víctimas y testigos, cambios en los procesos penales a raíz del nuevo paradigma no revictimizante de escucha judicial

AUTORA:

Vanessa Nascimento Viana

DIRECTORA:

Dra. Silvina Laura Fernández

CODIRECTOR:

Dr. Benedito Rodrigues dos Santos

FECHA:

Septiembre, 2019

Lista de abreviaturas

ASI - abuso sexual infantil

CABA - Ciudad Autónoma de Buenos Aires

CCTV: Circuito Cerrado de Televisión

CIDN- Convención Internacional sobre los Derechos del Niño

CIJ - Centro de Información Judicial

CG: Cámara Gesell

CPP-Código de Proceso Penal

CPPN-Código de Proceso Penal de la Nación

ECOSOC- Consejo Económico y Social de Naciones Unidas

NNAs – Niñas, Niños y Adolescentes

Resumen:

Asumiendo el entramado complejo Derecho Penal tradicional y los ‘Nuevos Derechos’ de niñas, niños y adolescentes la presente investigación analiza 27 sentencias judiciales sobre delitos contra la integridad sexual infantil de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA), tribunal penal de segunda instancia que integra el Poder Judicial en la Capital Federal. Los casos seleccionados tuvieron como parámetro de identificación la Ley N° 25.852/2004 que reformó el Código de Proceso Penal de la Nación (CPPN) en materia de acceso a la justicia y testimonio infantil.

Contemplando la relación entre Democracia y Justicia nuestro punto de partida ha sido analizar desde una mirada sociológica y política de los tribunales las evoluciones de la Ley N° 25852 en el ordenamiento jurídico argentino sobre los cambios provocados por la normativa en base al trámite de los procesos y las sentencias judiciales. Con elementos de la epistemología de la complejidad hemos indagado sobre una necesaria reinterpretación del acceso a la justicia para niñas, niños y adolescentes víctimas y testigos ante la cultura jurídica tradicional de los jueces, pese el nuevo paradigma de escucha judicial y acceso a la justicia inaugurado por la Ley N° 25852 cuando se tratan de NNAs víctimas la norma vigente es incorporada pero aún existen resistencias notables en las prácticas judiciales.

Palabras clave: tribunales – niñas, niños y adolescentes víctimas y testigos de delitos – acceso a la justicia – escucha judicial – paradigma - complejidad

Abstract

Taking into account the complex paradigm framework of traditional criminal law and the 'new rights' of girls and boys and adolescents, the present investigation analyzes 27 judicial sentences on crimes against child sexual integrity of the National Chamber of Criminal and Correctional Appeals of the Autonomous City of Buenos Aires (CABA), criminal court of second instance that integrates the Judicial Power in the Federal Capital. These cases have been selected because they were trialed based Law N ° 25.852 / 2004 that has reformed the Nation's Code of Criminal Procedure (CPPN) in matters of access to justice and child testimony.

Establishing the relationship between democracy and justice, our starting point has been to analyze a sociological and political view of the courts the evolutions of Law N ° 25852 in the Argentine legal system on the changes caused by the regulations based on the legal procedure and the judicial sentences. Based on elements of the epistemology of complexity, we have inquired about a necessary reinterpretation of access to justice for children and adolescents victims and witnesses to the traditional legal culture of judges, despite the new paradigm of judicial hearing and access to justice inaugurated by Law N ° 25852 when dealing with children and adolescents victims the current norm is incorporated but there are still notable resistances in the judicial practices.

Keywords: courts – child - children victims and witnesses of crime- access to justice – judicial hearing – complexity paradigm

Resumo

Assumindo a intrincada relação entre o direito penal tradicional e os 'novos direitos' de crianças e adolescentes esta pesquisa analisa 27 sentenças judiciais sobre crimes contra a integridade sexual infantil da Câmara Nacional de Apelações Criminal e Correccional da Cidade Autônoma de Buenos Aires (CABA), tribunal penal de segunda instância que integra o Poder Judiciário na Capital Federal. Os casos selecionados tiveram como parâmetro de identificação a Lei nº 25.852 / 2004 que reformou o Código Federal de Processo Penal (CPPN) em termos de acesso à justiça e depoimento de crianças.

Contemplando a relação entre democracia e justiça, a partir de uma perspectiva sociológica e política dos tribunais analisamos como ponto de partida a evolução da Lei nº 25852 no ordenamento jurídico argentino com relação às mudanças provocadas pela lei com base na tramitação dos processos e nas sentenças judiciais. A partir de elementos da epistemologia da complexidade questionamos sobre uma necessária reinterpretação do acesso à justiça para crianças e adolescentes vítimas e testemunhas frente à cultura jurídica tradicional dos juízes. Em que pese o novo paradigma da escuta judicial e acesso à justiça inaugurado pela lei N ° 25852, quando se trata de crianças e adolescentes vítimas a norma em vigor é incorporada, mas ainda há resistências notáveis nas práticas judiciais.

Palavras-chave: tribunais – crianças e adolescentes vítimas y testemunhas - acesso à justiça - escuta judicial - paradigma - complexidade

Dedicatoria

A mi mamá Jussara de Goiás quien desde su inteligencia amorosa y gigante corazón más me ha enseñado a creer en ideales de un mundo mejor, sin quien jamás me hubiese atrevido a luchar como activista por la causa de la infancia;

A mis hijos Caetano e Gael quienes día tras día me rescatan para el sentido primordial de la vida que a su lado es infinitamente gratificante;

A Manu quien a la par del amor y la consciencia de mundo compartida ha sido el mejor compañero de las historias extraordinarias, aún más en la vida ordinaria;

Agradecimientos

Personales

En primer lugar agradezco a mi directora Silvina Laura Fernández quien ha asumido con compromiso ese desafío mostrándose entera y presente. Sin lugar a dudas jamás hubiese podido llevar a cabo esta tarea sin su conocimiento en el área de la niñez afuera y adentro de la realidad argentina, su experiencia académica y profesionalismo, su inteligencia instigadora, su exigencia comprensiva constante, por hacerme creer ser posible, por guiarme y acompañarme minuciosamente;

Agradezco a Benedito Rodrigues do Santos mi profesor, coordinador científico, referencia en esta causa por la protección de niñas, niños y adolescentes víctimas y testigos; por haber apostado confiándome tareas tan importantes en la búsqueda de nuevas culturas y prácticas no revictimizantes de NNAs, así como por haber persistido en la continuidad académica desbravadora, provocándome inquietudes en la ocasión del diseño y calificación del proyecto de tesis asumiendo el lugar de codirector en este trabajo;

Mis agradecimientos hoy y siempre a Manuel Rivero quien junto e incondicionalmente ha puesto todos los afectos, hecho todos los esfuerzos humanos y más en esta larga jornada, con Caetano y Gael, los cuatro juntos; Agradezco muy sinceramente a Carlos Rozanski por compartir su lucha, su conocimiento y ética, su grandeza humana, su disponibilidad y confianza;

Agradezco a mi hermana Sarah quien ha sido el mejor regalo desde mi comprensión de existencia, de la mano de una hermana, todo su significado en cuanto a sabiduría, protección, generosidad y afecto. De allí sigo con las mujeres extraordinarias, las que llevan parte de mi vida con pleno incentivo, mi mamá Jussara de Goiás por todo su amor incondicional generoso, sus ideales, su garra, su alegría y perspicacia para reinventarse día a día, mis hermanas Juliana por las nuevas oportunidades de afecto verdadero, Marina, Gisele, mis sobrinas Jasmim y Ana Terra y mi querida Nancy. También a mi papá Geraldo, mi segundo padre Edgard, mi hermano Leonardo, mis sobrinos Pedro y Joao, familia que me ha brindado los recuerdos, las emociones genuinas de una vida entera. A la familia de Manu que nunca ha dudado en brindar afecto y cuidado en los momentos más imprescindibles. A mis entrañables amigas Berenise Soso, Dragana Salapura, Elaine Bortolanza, Karina Guimarães, Maia Desiderato, Marta Avancini, Márcia Guedes, MariaVilar, Natalia Slepoy, Perla Ribeiro y Vanessa de Castro Dutra. Mis amigos del alma Flavio Serra (*in memoriam*); Marcio Mutawamé Sanchez, Andrés Chacón y Pedro Ivo Teixeirense, cada una, cada uno inspirándome en cada elección con la intensidad necesaria.

A mi abuelo Eustaquio y mi abuela Djair (*in memoriam*) por todo lo que han representado en términos de amor, determinación y justicia social.

Institucionales

A la Facultad de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional de Rosario por su comprensión continua en el proceso de realización de esa Maestría;

A la profesora María de los Ángeles Yanuzzi (*in memoriam*) por haber sido la idealizadora y realizadora de esa Maestría;

A la Childhood Brasil la por la oportunidad de participar como investigadora en el Proyecto del Testimonio Especial compartiendo aprendizajes a lo largo de esos 10 años.

Índice

Defensa Oral

Introducción

Capítulo 1. Notas introductorias (marco teórico y estrategia metodológica)

1.a La (re)apertura del debate sobre el acceso a la justicia: algunos enfoques

1.b. Acceso a la justicia en casos de abuso sexual infantil: desde el contexto hacia el concepto

1. c. Sociología y derecho como herramientas teóricas

1.d.Estrategia metodológica: la complejidad particular en los métodos cualitativos

1.d.1.El poder del discurso como método de análisis

1.d.2.Los fallos: fuente, documento, discurso y testimonio

1.d.3.La oralidad del discurso: la entrevista en profundidad

Capítulo 2 - El escenario de la intervención: niñas, niños y adolescentes víctimas y testigos de delitos contra la integridad sexual en el sistema de justicia penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

2.a. Caracterización del Sistema Judicial en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA): conformación y estructura

2.b. El hilo conductor para el acceso a la justicia en procesos penales: Constitución Nacional Argentina, el Código de Proceso Penal de la Nación y el Código de Proceso Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA)

2.c.El trayecto de niñas, niños y adolescentes víctimas y testigos en el sistema penal: desde la denuncia hasta la decisión judicial

2.c.1. La denuncia

2.c.2.La investigación, el Ministerio Público Fiscal y la instrucción del proceso

2.c.3.El juicio de instrucción

2. c.4.Entrevista en Cámara Gesell (CG): producción de prueba según artículos 250 bis y 250 ter del CPPN

2.c.5. La decisión en el juicio: 1ª y 2ª instancia

Capítulo 3: “Sincronicidad” entre paradigmas: el proceso sociohistórico de la “Ley Rozanski”

3.a.Argentina: un nuevo paradigma en materia de testimonio infantil

3.b.Violencia sexual infantil: impunidad *versus* mentalidad

3.c.Los testimonios de niñas y niños en sede judicial: el procedimiento

3.d. Componentes histórico-reflexivos de la ley 25852

Capítulo 4. Las sentencias investigadas: breve sociología

4.a. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal: las carátulas en un tribunal de segunda instancia

4.b.1. Tipo de proceso: carátulas recurrentes en 2ª instancia

4.b.2. Perfil de los casos: violencia en familia

4.b.3. Víctimas y victimarios: indicios de asimetrías de género

4.c. Marcos normativos en la práctica judicial junto a niñas, niños y adolescentes víctimas

4.d. ¿Juez o jueza?

4.e. Herramienta jurídica: los peritajes

4.f. Los profesionales: ¿especialista o simple perito?

4.g. La cultura jurídica tradicional: continuidades en los procesos judiciales sobre delitos sexuales contra niñas, niños y adolescentes

Capítulo 5. Componentes discursivos en procesos judiciales de 2ª instancia: desde la complejidad, interpretación y dialéctica sobre el “saber penal” en casos de violencia sexual infantil

5.a. ¿Homologación de sentencias condenatorias? Tradición, jerarquización y control jurídico en las decisiones judiciales

5. b. Cristalización de la doctrina y la jurisprudencia: la naturalización del archivo y el sobreseimiento en los procesos sobre delitos sexuales contra la integridad infantil

5.c. Los peritajes: interacción y fragmentación de saberes

Capítulo 6: ‘Cambios’ en la protección de niñas, niños y adolescentes víctimas - análisis de los Fallos de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal

6.a. Modelos de “escucha” en sede judicial: aspectos controversiales sobre el cambio de paradigmas

6.b. Artículo 250bis: el “derecho a ser oído” a raíz del artículo 12 de la Convención como mero recurso formal entre las partes

6.c. La nueva “escucha” en Cámara Gesell: esfera de acción política en sede judicial en consonancia con el paradigma de protección infantil

7. Conclusiones

Referencias bibliográficas

Defensa oral

Estimados profesores Doctora Daniela Polola, Doctora Karina de Bella y Dr. Osvaldo Marcón para mí es un gran honor estar en su presencia en este momento tan singular y fructífero a nivel personal. Aprovecho para saludar a mi directora Doctora Silvina Fernández y mi codirector Dr. Benedito dos Santos. Me siento afortunada de que hayan aceptado este trabajo y les agradezco muy sinceramente por su tiempo, por compartir su conocimiento y por cada observación crítica realizada.

Elegí hoy presentar ideas mediante historias, quizás instigada por la ilusión de algún día haberme vuelto una historiadora. Para eso decidí hacer un recorrido acerca del cómo he llegado a ese momento en el cual me percibo investigadora de la temática de niñez en Argentina considerándome a la vez una activista por la infancia, tendencia que visiblemente permea el contenido de mi trabajo. Mi interés por la condición vulnerable de la infancia surgió casi al mismo momento en que iniciaba mi carrera de grado en historia en la Universidad de Brasilia en el cual a mi universo simbólico se fue incorporando las historias y experiencias contadas por mi madre, socióloga especialista en niñez que actuó incisivamente para la aprobación del Estatuto del Niño y Adolescente - ECA, ley nacional de protección infantil en Brasil, una de las primeras en la región a ratificar la recién aprobada Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

De la historia por mi protagonizada, su influencia (la de mi madre) me ha brindado años de inmersión en un escenario sociopolítico efervescente en el Foro de Organizaciones No Gubernamentales por la Defensa de los Derechos de Niños, Niñas y adolescentes en Brasil. Me encontraba de un lado formándome académicamente a partir de una perspectiva histórica, del otro con estrecha participación política e institucional junto a los movimientos sociales de protección de la niñez, momento en que se ha registrado muchas conquistas sociales como el Frente Parlamentario y Consejo Nacional de Derechos. Gran influencia sobre mí ha ejercido la grata oportunidad de conocer a Boaventura de Souza Santos en el primero Foro Social mundial de Porto Alegre, de ahí conectarme con su obra, experiencia que años después circunscribe este trabajo.

Una vez recibida licenciada me quedó de la historia la mirada hacia los procesos de construcción social, la convicción de que a las contingencias deberíamos sumar los modos de co-construir y contar la historia, generar las alternativas ante invisibilidades históricas que a menudo configuran la condición de la niñez. En ese entonces pese a mi genuina pasión por la historia y sin total consciencia del porqué sentí la necesidad de soplar nuevos aires en mi proceso de formación teórica,

haciéndome elegir la investigación que a cada día me parecía más fascinante, aquella volcada a los problemas sociales emergentes de la infancia y adolescencia en Brasil. Sin duda fue el disparador para buscar la especialización mediante un doctorado en España. De paso por la Complutense de Madrid mientras cursaba un master en sociología tramitaba la burocracia necesaria, la misma que me hizo retroceder y volver a mi país de origen.

Si el contar historias nos remite a historias apasionadas permítanme una pausa, lo que procesé en España como mi “boom” latinoamericano, una cierta claridad de que las alternativas que buscaba ni de lejos se restringían a los problemas brasileños. Entre las nuevas configuraciones intrínsecas a ese boom, en el barrio de las Comendadoras mi encuentro con Manuel, (como del libro de Manuel de Cortázar), vecino argentino rosarino que desde los 17 años se había radicado en Madrid, hijo de madre ex presa política y padre exiliado (en Brasil) en la última dictadura Argentina. Justamente los derechos humanos nos atravesaría entrañablemente, Manu hoy papá de mis dos hijos rosarinos de nacimiento (también su segundo apellido - Nascimento) Caetano y Gael.

El salto desde la participación hacia las investigaciones volcadas a políticas públicas se dio en la Unesco en Brasil dedicada a llevar a cabo diagnósticos de problemas sobre niñez, adolescencia y juventud; fue el primero de distintos lugares institucionales de investigación que me llevaron al universo propuesto en esta tesis, la condición de niñas, niños y adolescentes víctimas y testigos de violencia sexual en el sistema de justicia cuya primera referencia ha sido el trabajo de campo de la cartografía internacional Depoimento Sem Medo – (Testimonio Sin Miedo) presentada en el año 2008 en el III Congreso Mundial Contra la Explotación Sexual de Niños, Niñas y Adolescentes por la Fundación Mundial por la Infancia (World Childhood Foundation) creada por la reina Silvia de Suecia país que realizó el I Congreso Mundial Contra la Explotación Sexual de Niños, Niñas y Adolescentes.

El entonces mandatario Luis Inácio Lula da Silva – hoy irregularmente juzgado y detenido, cuestión que no es menor para una brasileña que se dedica a investigar el poder judicial penal; en pleno ejercicio de su función presidencial asumió el desafío de llevar a cabo el III Congreso Mundial con la participación de más de 125 países motivado por un pedido de la reina Silvia de Suecia, por su relación afectiva con Brasil, por ser hija de madre brasileña. La investigación inédita según los participantes, se propuso a identificar y analizar en 28 países experiencias y prácticas no revictimizantes de niñas, niños y adolescentes en el sistema de justicia, de los cuales he sido afortunada de coordinar en Argentina, Brasil, Cuba, España, Inglaterra y Lituania bajo la coordinación de Benedito dos Santos, mi codirector en esta tesis, reconocido activista por la niñez en

Brasil. Fue mi primer contacto en directo con las prácticas y estructuras judiciales de escucha infantil dichas no revictimizantes, en las cuales presencié audiencias, entrevisté a jueces, fiscales, psicólogos e diversos especialistas, entre ellos el Dr. Rozanski sin aún dimensionar los efectos de esa experiencia en mí ser y mí qué hacer. Si fue cierta una fructífera alianza por la protección de niñas, niños y adolescentes víctimas y testigos junto al gobierno brasileño y las organizaciones de la sociedad civil a través de la Fundación Childhood en Brasil.

En el marco de ese proyecto las configuraciones de la toma del testimonio infantil en Argentina han ganado particular transcendencia, primero por haber tenido influencia incisiva para la implantación en 2003 de la primera experiencia judicial de esa naturaleza en el juzgado de infancia y adolescencia de Porto Alegre cuya referencia ha sido el libro *Abuso Sexual Infantil, denunciar o silenciar* de autoría del ex juez de cámara Carlos Alberto Ronzanski, también autor de la reforma normativa analizada en esta tesis; en segundo lugar por una constatación en ese entonces, pero también referida en mi texto por ustedes leído acerca del protagonismo de la ley Argentina en el universo normativo de los países investigados. Una de mis primeras inquietudes, la constatación de que ninguna de las demás normativas relevadas tenía características aparentemente tan radicales, literalmente prohibitivas de que un juez o partes interrogasen directamente a una niña, niño víctima de violencia sexual, algo casi impensable desde una perspectiva jurídica pura, lo que la hacía aún más llamativa para mí.

Cierto fue que el proyecto Depoimento Especial en el que estuve trabajando activamente como investigadora los últimos 10 años me ha brindado la oportunidad de un intercambio tan enriquecedor que desde el momento que decidí vivir en Argentina (por razones personales), ante las contingencias e inquietudes teóricas, epistemológicas y profesionales asumí el compromiso de no desperdiciar, más bien aprovechar el hecho de residir en el país cuya experiencia sugería ser la pionera en la región, al mismo tiempo la más innovadora en términos normativos, buscando aprehenderla en su lugar original, como una especie de ritual, como si el registro socio histórico de esa experiencia de cierto modo me reconciliase con la historiadora al mismo momento en el que cedía el paso a la investigadora de problemáticas sociales.

Cuestiones teóricas y metodológicas

Más precisamente en este trabajo, partiendo de una acepción de acceso a la justicia he intentado crear estrategias de análisis que lograsen visibilizar un proceso sociopolítico concerniente a la participación de niñas y niños víctimas y testigos en el sistema judicial penal ocasionado por introducción de la ley 25852 en el CPPN en los tribunales penales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. De acuerdo con esa decisión, elegí para ese momento no meramente describir el contenido de la tesis a través de un power point u otro recurso similar, sinceramente porque no le encontraba el sentido ya que lo que acababan de leer, de conocer los datos, sino enfocarme primeramente en el proceso de hechura de la tesis, compartirles un poco del proceso, el entramado, las dificultades, búsquedas y decisiones que fueron siendo tomadas para intentar solucionar las mismas, para luego enfocarme en los aportes.

De sus manos, sus contribuciones críticas lo que intento en este momento es construir un diálogo auténtico que busca promover la comunicación para aprehender sentidos, movilizar subjetividades como bien calificó el profesor Marcón que logren vincular genuinamente mi trabajo de tesis con la problemática de la violencia contra niñas, niños y adolescentes, la forma en la que suelen ser arrastrados por las estructuras judiciales cuando se encuentran en condición de víctimas y testigos.

Pese al crudo escenario - la violencia sexual infantil, hecho brutal sobre la condición humana de niñas y niños que aquí se muestra ensamblado con la violencia institucional de los procesos penales, también con la conflictividad en la implementación de la reforma del CPPN a raíz de los artículos 250 bis y ter, en mis intentos reflexivos lo que busco es discutir ideas sobre cómo en ese escenario conflictivo subyace para mí una cuestión de fondo, configuraciones que brindan elementos directos de promoción y acceso a la justicia para niñas, niños y adolescentes.

Permanecía la impresión de que la ley 25852 no solo configuraba una práctica judicial per se sobre delitos contra la integridad sexual infantil, dicha no revictimizante en el ámbito procesal penal por las garantías legales previstas en su texto. Pese las controversias era una cuestión que seguía provocándome reflexivamente dentro de un marco conceptual de sentido amplio de acceso a la justicia como precisamente define Mary Beloff (2010), es decir, técnico relacionado al procedimiento judicial, mientras escribía se reiteraba la indagación, si efectivamente se configuraba acceso a la justicia para niñas, niños y adolescentes.

Siendo así era fundamental actuar en dos frentes, primero reabrir el debate sobre acceso a la justicia, sus orígenes, luego puntuar algunas de sus evoluciones para ubicar al niño /niña en la estratificación social vulnerable ante las condiciones sociohistoricas del acceso a la justicia, pero también vulnerables ante la tensión permanente entre niñez y la mirada histórica de los tribunales sobre esos actores reflejada en la impunidad de casos de esa naturaleza.

Para desbravar los tribunales, porque así lo sentí, como instancia de decisión política a raíz de lo planteado por Boaventura Souza Santos, era antes todo fundamental acceder al texto bruto de las sentencias como herramienta metodológica de análisis, desafío que me instigaba muchísimo. Fue cuando me he encontrado con particular dificultad, acceder a los expedientes y las sentencias de casos que por garantías constitucionales corren en secreto de justicia.

A través de contactos solo había podido acceder a muy poquitos fallos, 3 o 4 emblemáticos con riqueza de detalles procesuales acerca de los delitos sexuales, sin duda trascendentes para un estudio de caso sobre el fenómeno de la violencia sexual infantil, pero que no se enmarcaban en lo que intentaba investigar, las evoluciones de ley 25852 en el ordenamiento jurídico federal argentino a través de la óptica de la accesibilidad de la justicia para niñas, niños y adolescentes. Buscaba aún dimensionar los cambios en los procedimientos ocasionados por la normativa, ¿cómo se pudo llevar a cabo dicha experiencia dentro de una estructura que según la lógica de las actuales democracias se constituye en cuanto pilar del estado de derecho, el poder judicial, a la vez históricamente constituido mediante procesos educativos arcaicos que desde hace cien años reproducen una cultura jurídica formalista resistente al dialogo con otras disciplinas.

Así, cartas sobre la mesa, otra dificultad, la que de cierto modo intento hacer la corte a la teoría política a través de conceptos como Estado de Derecho, roles respectivos en la garantía de los derechos y la democratización de la justicia. Aunque superficialmente, intento transitarla y lo digo superficialmente, como un cortejo, porque si desde un principio sabía que mis ganas eran sociológicas, también política es cierto, pero predominantemente sociológicas, en la hechura misma de la tesis buscaba posibles formas de desglose de estructuras tan rígidas como el derecho en sí mismo, los tribunales y sus prácticas materializadas por las sentencias proferidas por los jueces. A cada avance en el proceso de escritura me quedaba más claro que no me alcanzaría ni el tiempo, ni el espacio para profundizar debidamente esa discusión, como bien observado por la Dra de Bella, pero he intentado tensionar las prácticas del sistema judicial entre la lógica formal – racional. No obstante, acertadamente observado por la Dra Daniela Polola, y por favor corríjanme si no es así, a esta idea de tensionar las prácticas del poder judicial reconozco haberme quedado por desenvolver, profundizar

elementos desde una perspectiva sociológica del campo jurídico, como sugerido en su dictamen, y que de un modo brillante Bourdier conceptualiza en términos de campo, habitus y violencia simbólica, los sentidos atribuidos a los tribunales, la pretensión de universalidad de los juristas, su roles en el estado. Me sentí muy agradecida al final de la lectura de los dictámenes ante imprescindibles e instigadores comentarios.

Sujeta a sus intervenciones me quedaba por discutir cuestiones epistemológicas que me gustaría aquí al menos intentar explicar, evitar mal entendidos, pero quizás la más atrevida por así decirlo, la de paradigma (en sincronidad). Digo atrevida porque en un primer momento elegí la epistemología compleja como forma de provocación ante todo los paradigmas seculares que circunscriben la dogmática jurídica y la construcción del saber penal, luego atreverme a relacionarla a los paradigmas de la infancia.

Era muy instigador para mí la permanente sensación de incertidumbre ante las contingencias de los problemas cada día más acuciantes relacionados a la vulnerabilidad de niñas, niños y adolescentes, al mismo momento víctimas de violencia física (sexual) e institucional (simbólica, gracias una vez más Dra Polola) quedándome evidente de que procesos sociales como el inaugurado por la ley Rozanski en el ordenamiento jurídico argentino sugerían “brotar lo nuevo como plantea Morin, “la complejidad como desafío, no como respuesta” (2002, p: 102) y confieso haberme fascinado ante la posibilidad de reflexionar las asimetrías que configuran la violencia sexual infantil, las complejidades al mismo momento en que reconocía posibilidades transdisciplinarias subyacentes a esa misma complejidad, distinciones “orden – desorden – organización” que tienden a desvanecerse, y acá me las refiero en cuanto desafíos para la intervención institucional del poder judicial. Pero no era solo eso, también me hacía ruido la idea de avance en términos de paradigmas, provocador per se, por la cual me encuentro aun sin total dimensión de las consecuencias políticas y epistemológicas, como ocurrentemente plantea la profesora De Bella, pero me hace sentir gratamente instigada ante nuevos caminos y búsqueda de respuestas.

Quisiera aclarar que mi “provocación” tenía un poco que ver con eso, desde un lugar discursivo intenté transitar los paradigmas de la infancia (situación irregular y protección integral) que conocemos en términos de fundamentos jurídicos, doctrinas y sentido históricos que circunscriben el tipo de derecho materializado por la Convención de los Derechos del Niños en las democracias actuales, que incorporo la ley 25.852 en cuanto materia de acceso a la justicia (artículo 12 CDN) como propuse en este trabajo, razón por la cual he buscado en la sincronidad el juego dialógico entre ambas normativas, pero es cierto, con roces en las posturas epistemológicas de paradigma de

Kunh y Edgard Morin. Quizás, pensándolo ahora el término kunhiano le haya conferido una razón más determinista en los procesos de crisis y búsquedas de soluciones que discursivamente no suelen pasar en la evolución de las doctrinas jurídicas, pero mi intención ha sido jugar con los sentidos y posibilidades discursivas entre ambos universos.

Mi preocupación por los lenguajes marcaba otra cuestión a ser resuelta desde el Taller de Tesis II cuando en la calificación del proyecto el profesor Arturo Fernández me advertía “ojo con los excesos jurídicos, pensé que eras abogada, no una licenciada en historia”, “tu objeto es jurídico, pero acordate que tu línea de investigación es sociología política.” No solo sus comentarios me abrían una perspectiva de análisis instigadora como ante la falta de homogeneidad en los expedientes, precisaba encontrarle la vuelta, darles forma, estructura y sentido de análisis discursivo, por eso la decisión de acercarme al método interpretativo de análisis del discurso, era una alternativa, intentar ser una intérprete de las informaciones susceptibles a los objetivos propuestos a partir de distintos lenguajes.

Me pareció interesante que si el método cualitativo interpretativo nos permite interrogar sentidos, no solo sobre el contenido de un texto, de una fuente, de un discurso que propone sentidos que no se traducen, pero que se producen a partir de la fórmula ideología + historia + lenguaje, abriendo aquí una justificación sobre cómo empecé esa presentación, el contar historias, a partir de mi historia que motivada por ideologías ha buscado aprehender sentidos a través del lenguaje. También por esa razón agradezco los comentarios y sugerencias del Dr. Marcón acerca de una profundización metodológica a raíz de la cocina de la investigación, como también de la Dra Polola en cuanto al “sesgo analítico en algunos apartados de la tesis que hayan sido influencia de la opinión del Dr. Rozanski”, muy probablemente fruto del intercambio a lo largo del proyecto Culturas y Prácticas No Revictimizantes en el marco de la Childhood Brasil. Sin cualquier pretensión de ser absoluta reconozco que entre una diversidad de sentidos mi lectura discursiva sobre los dichos de los jueces tal como favorecido por el método del análisis del discurso, también ha sido afectiva, motivada por mis experiencias y creencias. Entiendo que puede que me haya faltado explicitar una mejor articulación metodológica entre los capítulos 3 y 4 “que tiende a diluirse” como menciona el Dr. Marcón, pero me parece interesante explicar que la decisión de hacer un registro sociohistorico a partir de la oralidad del autor de puño y letra de la ley 25852 representaba en mi proceso reflexivo una condición previa para la producción del discurso. De ser así me ha resultado un difícil desafío definir y articular los recortes discursivos que el Dr. Rozanski componía en el “corpus” del análisis, una vez que su discurso figuraba en diferentes formatos, era al mismo tiempo fuente primaria y secundaria, uno de los tantos jueces penales que por más de 20 años ha juzgado, proferido sentencias en los tribunales penales argentinos, era el especialista en violencia sexual infantil, uno de los

miembros fundadores de la Asociación Argentina de Prevención contra el Maltrato Infantil (ASAPMI), pero finalmente, era el autor de la norma que ha disparado los cambios más significativos en materia de testimonio infantil en Argentina, también influenciado otros países en la región.

Sobre los diferentes lenguajes que dividen los capítulos, decidimos un enfoque descriptivo del universo institucional investigado en el capítulo 2; una entrevista en profundidad como base del capítulo histórico (capítulo 3), la sociología de los fallos, tanto a nivel de caracterización descriptiva de los tipos de procesos, como de una primera categorización de los expedientes a partir con el uso de gráficos y tablas (capítulo 4). Ese formato también tenía que ver con mis deseos de intentar al menos transformar la rigidez, el encierro y barreras formalistas de ese universo en herramienta para la transdisciplinad, algo que me ha llevado años aprender, hacerlo aplicable, accesible para todo aquel profesional interesado en desglosarlo en el escenario de la violencia sexual infantil, cuestiones llamativas como las desigualdades de género reflejadas de un extremo a otro, la mayor incidencia de la niña como víctima, o la baja incidencia de mujeres (jueces) responsables por decidir sobre estos casos, la alta incidencia de los peritajes utilizados por los jueces, la fragmentación en la interacción, entre otros. La sociología de las sentencias cierra el capítulo 4 en las preguntas de investigación convergiendo hacia los capítulos 5 y 6 cuando me arriesgo a interpretar dialógico y dialécticamente sobre los cambios en la cultura jurídica sobre el acceso a la justicia de niñas, niños en casos de violencia sexual infantil, el impacto de la Ley 25852 a partir de perspectivas críticas multidimensionales desde el derecho, pasando por la sociología, la teoría política, la epistemología, un toque de psicoanálisis, un proceso de ida y vuelta que desde luego no lo he tenido fácil. Acá mis más profundos agradecimientos a mi directora Dra. Silvina Fernández por su inteligencia y guía constante, por su conducta intachable que me hizo llegar a ese momento.

Ahora bien, si es cierto el dicho, lo primero es lo primero, fueron los términos jurídicos, aprender sobre ellos, su significado, muchos en latín que me guiaron hacia la necesidad de un primero desglose de los casos, luego de los sentidos discursivos que implicaba el entramado cambio en las prácticas jurídicas en base a la nueva ley. Lo que intenté fue capturar sentidos del derecho mismo presente en los textos de las sentencias, es decir, descifrar jurídicamente las consignas, luego agregarle el sentido crítico y así, paso a paso tal como son los procedimientos jurídicos dialogar entre los discursos (fallo por fallo) a partir de las ficciones jurídicas como bien lo matiza Villalta, forma del derecho que subyacen en conceptos como tradición y jerarquización jurídica, las cuales sobre las decisiones tiende a prevalecer el dogmatismo.

La difícil recolección de datos oficiales, razón por la cual recurrí al estudio de la Defensoría del Pueblo de Perú asociada a la también difícil detección de los casos de violencia sexual hechos, como señala Myers que pesan emocional y procesualmente sobre espaldas de la niña y niños víctimas se configuraban en mis impresiones elementos de cristalización en la jurisprudencia y las prácticas judiciales para estos casos.

Quizás el vuelo más difícil por mi emprendido, fue arriesgarme a reflexionar uno de los conceptos más complejos en la doctrina penal, el principio de la culpabilidad en la teoría del delito. Y con eso aclaro no pretender defender a toda costa la culpabilidad de los delitos. No para nada, no tendría los elementos necesarios para hacerlo, por eso recurrí a Karina Sposato, joven y renomada jurista brasileña que se ha dedicado a desenvolver una teoría del delito penal del adolescente. Pese a cierta heterogeneidad de los fallos, ante el fundamento jurídico de insuficiencia probatoria que por un lado está presente y usualmente es aplicado para la absolución de los procesos de esa naturaleza, me hizo ruido ante la producción de verdades en procesos que juzgan delitos contra la integridad sexual infantil la necesidad de ampliar el marco discursivo que circunscribe la teoría de la culpabilidad de los delitos. Para mí eso era solo una pista en la fragmentación de saberes y poderes recalcado en los peritajes, que por un lado pueden ser muy abarcativos si bien utilizados o tan sentenciadores como el proceso de convicción de un juez, cómo se construye la materialidad de un delito con esas características y contextos. A modo de breve visualización miremos algunos fragmentos:

“Fallo n° 5 [...]La víctima introdujo con sus comentarios cierta duda sobre la verosimilitud de su imputación al dar como probable que su relato pueda responder a su imaginación. Adviértase que esa duda también se ve plasmada en el informe del Cuerpo Médico Forense de la Justicia Nacional”

“Fallo n°16 [...]Compartimos que el temperamento incriminatorio adoptado pues las pruebas reunidas ameritan el avance del proceso. Sus versiones fueron calificadas por diferentes especialistas como verosímiles (ver fs. 30/31, 34/35, 45/46, 47/48, 86/95 y 101/108). Son determinantes, los peritajes efectuados por el Cuerpo Médico Forense donde se concluyó que las nombradas están afectadas por un cuadro psíquico conformado por un Estrés Postraumático.

Los discursos leídos se revelaban como porta voces de tensiones entre las instituciones (entes sin cuerpo) y aquellos que las habilitan intervenir en la realidad. En ese sentido, me pareció fructífera la

crítica de Boltanski a los sistemas de dominación gestionaría en el dialogo entre el control jurídico y poder del Estado ayudándome a ubicar la idea de transición que me parece clave en el proceso que ha influenciado de la Ley.

Desde un lugar de discurso jurídico tradicional sobre la reforma (ley 25852) se percibe la incorporación obligatoria a los procesos sobre delitos contra la integridad Sexual infantil, pero que no se visualiza textualmente en los fallos, o que tiende a figurar como mero recurso jurídico. En otro momento se puede visualizar el artículo 250 bis como un tipo de recurso aplicable a los peritajes, hecho que sugiere la interacción con la niña, el niño también en cuanto mero recurso para su evaluación como perito.

Aunque incipiente en las prácticas judiciales la figura de transición fue para mi un hallazgo en el sentido que permite visualizar los tipos de cambios en los procesos que parten desde la expertise de los jueces, así como también de los equipos interdisciplinarios ya que en algunas sentencias se puede observar una reorientación del discurso especializado. Dicha reorientación también puede ser observada desde un punto de vista jurídico, cuando jueces se refieren a la norma incorporada, su relevancia acerca del contenido, pero especialmente figura en el discurso el juez que textualmente dialoga con el niño, niña a través de su relato hecho en Cámara Gesell por un psicólogo en los términos legales vigentes (art. 250 bis), sin decidir meramente en base a la especialidad de otro profesional, refiriéndose literalmente a cómo la niña relata lo que le ha sucedido para enfrentarse a este lugar de juicio y que eso sea decisivo en su proceso de formar convicción.

Fallo n°7 [...] Además, al realizarse la Cámara Gesell, la menor hizo alusión a las diversas oportunidades en que su progenitora habría sido víctima de golpes, insultos y maltrato por parte del imputado (fs. 109/112). Puntualmente refirió que “...que papá le pegaba a mamá a la noche cuando yo estaba dormida, en el día yo no dormía...(I)... me hacía la dormida pero yo miraba y la golpeaba (...)

Siendo así considero que este hecho ubica los términos de la reforma ocasionada por la ley 25852 como esfera de acción política sobre la toma del testimonio infantil y el acceso a la justicia dejando de ser solo un “recurso jurídico disponible para garantizar el derecho a ser oída”, o “método que genera mayor precisión en el conjunto de informaciones”, como dicho por los propios jueces en los fallos “inaugura un modo distinto de producir prueba testimonial.”

A partir de la reapertura del debate sobre el acceso a la justicia para niñas y niños en procesos judiciales en la conclusión y las recomendaciones subrayo la necesaria ampliación de la discusión, de

dialogar elementos, fundamentos diversos entre la no culpabilidad y la impunidad histórica para casos de esa naturaleza.

Por lo expuesto, considero tratarse de racionalidades que ameritan profundización teniendo en vista no solo mejorar dichas prácticas judiciales en ámbito penal, como ampliar el debate del acceso a la justicia de niñas y niños también a la esfera civil y así a modo de cierre poder co-construir y contar una nueva historia.

Muchas gracias

Introducción

“El abuso sexual infantil de niños no solo puede ser, sino que es: ocurre con una frecuencia estremecedora y, lo único que conseguiremos mirando para otro lado es que se siga perpetuando de una generación a otra. Hay muchas maneras de mirar para otro lado, una de ellas es descalificar el relato de los niños sin preguntarse por qué mentirían sobre ese tipo de acercamiento, cuales son las ventajas que obtendrían, de donde provienen datos tan precisos sobre sexualidad adulta.”(Intebi, 1998, p.223).

Pensar el problema de la violencia sexual infantil siempre me ha resultado impactante tanto por la ‘naturalización’ de la frecuencia con la que ocurre, como por la ‘naturalización’ de la impunidad vinculada a ese tipo de violencia. En este sentido lo que menciona Intebi (1998) no solo reafirma la incidencia de un fenómeno social perverso de difícil enfrentamiento, como entrelaza la negación histórica, política e institucional a limitaciones humanas que devienen de la problemática compleja acerca de la violencia sexual infantil. En el ámbito del Sistema de Justicia Penal niñas, niños y adolescentes víctimas de violencia sexual son obligados reiteradamente a relatar experiencias de violencia y abuso sexual de las cuales son al mismo tiempo víctimas y testigos, siendo así revictimizados. Asumiendo una perspectiva de acceso a la justicia circunscribe el universo de esta tesis la forma en que NNAs son escuchados en el ambiente tradicional y formalista de los tribunales penales a partir de las modificaciones en el Código Procesal Penal de la Nación Argentina (CPPN) ocasionadas por la ley federal N° 25852/2003-2004 que incorporó los artículos 250 bis y 250 ter con los términos para la toma de declaraciones testimoniales junto a víctimas de delitos contra la integridad infantil. Conocida como ‘Ley Rozanski’ en referencia el ex juez de Cámara Carlos Alberto Rozanski, autor de la ley, renombrado experto en materia de violencia infantil, entre otros temas, la Ley N° 25852 inauguró en la región una experiencia innovadora en materia de acceso a la justicia para niños y niñas víctimas de violencia sexual (Dos Santos y Batista, 2009). La ley específica que tratándose de víctimas de abuso sexual que no hayan cumplido los 16 años de edad se seguirá el siguiente procedimiento:

- “a) Los menores aludidos sólo serán entrevistados por un psicólogo especialista en niños y/o adolescentes designado por el tribunal que ordene la medida, no pudiendo en ningún caso ser interrogados en forma directa por dicho tribunal o las partes;
- b) El acto se llevará a cabo en un gabinete acondicionado con los implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva del menor;
- c) En el plazo que el tribunal disponga, el profesional actuante elevará un informe detallado con las conclusiones a las que arriba;
- 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.

A diferencia del procedimiento tradicional de toma de declaración testimonial en procesos penales los cuales niñas y niños víctimas son tratados sin cualquier distinción a testigos adultos la ley federal ha logrado incidir en dos frentes: i) cambiar el procedimiento de ‘interrogatorio’ de niñas/niños testigos para la entrevista única en Cámara Gesell hecha exclusivamente por un psicólogo infantil, al mismo tiempo en que prohíbe que jueces o fiscales entrevisten o interroguen directamente niñas, niños y adolescentes víctimas o testigos de violencia sexual; ii) mejorar el acceso a la justicia para niñas, niños y adolescentes víctimas de delitos sexuales a través de reformas jurídicas afines al contenido de la ley en prácticamente 24 provincias argentinas, así como en otros países de la región. (Dos Santos y Batista, 2009).

En ese contexto, la descalificación del relato de niñas, niños y adolescentes por funcionarios judiciales es solo una de las caras de la impunidad para ese tipo de delito. A raíz de la ‘*Ley Rozanski*’ nos queda por investigar los cambios que la normativa ha generado en los procesos judiciales penales sobre delitos contra la integridad sexual infantil cuya rigidez histórica ha reproducido mentalidades conservadoras que se esmeraron en sentenciar destinos alejados de condiciones equitativas y eficaces de acceso a la justicia.

A diferencia de lo expuesto, “el acceso a la justicia –‘es’ un principio básico del estado de derecho. Sin acceso a la justicia, las personas no pueden hacer oír su voz, ejercer sus derechos, hacer frente a la discriminación o hacer que rindan cuentas los encargados de la adopción de decisiones”. La presente Declaración de la Reunión de Alto Nivel sobre el Estado de Derecho de Naciones Unidas¹ nos trae la urgencia de garantizarse el derecho a la igualdad de acceso a la justicia para todos, incluidos los miembros de grupos vulnerables. Aplicado a la niñez, es conveniente observar que la propia Convención Internacional sobre los Derechos del Niño²(CIDN) en su artículo 12 trae disposiciones específicas para el debido acceso a la justicia y la participación equitativa con la condición especial de desarrollo de niños y niñas:

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.
2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de 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.

Sin lugar a dudas el artículo 12 ofrece base para que niños, niñas y adolescentes víctimas y testigos de delitos sexuales puedan ser escuchados de forma protegida, teniendo así las condiciones adecuadas para el debido acceso a la justicia. También es indudable que el tema del acceso a la justicia aún encuentra críticas sobre la falta de respuestas eficaces por parte del Sistema de Justicia (Economides, 1999). Si al debate jurídico sobre los derechos del niño, sujeto de un derecho reciente vinculado con prioridad absoluta a la mayoría de las cartas constitucionales signatarias de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, le sumamos la vulnerabilidad judicial a que están sometidos aquellos en condición de víctima de delitos, nos confrontamos con la paradoja de un sistema de justicia construido sobre la base del estado democrático de derecho, pero que tradicionalmente (in)visibiliza niños, niñas y adolescentes víctimas pese a las nuevas garantías constitucionales.

¹ Disponible: <https://www.un.org/ruleoflaw/es/thematic-areas/access-to-justice-and-rule-of-law-institutions/access-to-justice/> [Consultado en septiembre 2018]

² Disponible: <http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf> [Consultado en septiembre 2018]

En este sentido es que “la democratización de la administración de la justicia se caracteriza como dimensión fundamental de la democratización de la vida social, económica y política”. (Santos, 1996, p.177). No obstante, en el ámbito de la justicia penal los deberes de prestación positiva del Estado para con niñas y niños víctimas de delitos se han mostrado limitados, casi nulos, especialmente respecto a la garantía de los derechos de protección al niño víctima, cuyo debate en las agendas públicas de los últimos veinte años ha colocado como centro el adolescente en cuanto perpetrador de delitos. (Beloff, 2010).

El entramado derecho penal tradicional y los “nuevos derechos” de niñas, niños y adolescentes se complejiza frente a la doble protección jurídica que poseen, sea por su condición evolutiva de la niñez, sea por su vulnerabilidad en cuanto víctimas de delitos particularmente evidente en el orden procesual para delitos contra la integridad sexual infantil. En este sentido, críticas han sido hechas a la doctrina jurídica positiva del derecho penal cuya responsabilidad tradicionalmente asignada de garantizar la justicia frente cualquier violación de las libertades individuales, así como los principios de justicia a todos sus ciudadanos involucrados en una supuesta violación de derechos, termina por potenciar a su poder punitivo.(Zaffaroni, 2002).

Siendo así, esta tesis de maestría ha contemplado la relación entre democracia y justicia ampliamente trabajada desde una mirada sociológica de los tribunales. (Santos, 1996). También se ha considerado que sin democracia no existen las condiciones mínimas para la solución pacífica de los conflictos (Bobbio, 1995, p.1). En la perspectiva del Estado de Derecho la teoría de democracia política de Dahl (1996) que adopta la igualdad política, la igual capacidad para lograr comprensión ante oportunidades iguales y efectivas para instruirse sobre las políticas relevantes y sus consecuencias posibles, ha ofrecido la base analítica sobre el escenario micro social propuesto por Santos (1996), “los tribunales como instancia de decisión política, subsistema de un sistema global”.

Por otro lado, las disposiciones del artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño no se han mostrado suficientes, como tampoco ha logrado incidir enfáticamente en la práctica rutinaria del poder judicial, hecho que puede estar relacionado a las cifras oscuras para delitos sexuales que involucran niños y niñas como testigos en cuanto única posibilidad para materializar la prueba, el relato de la víctima. Según García Méndez (1998) la cultura rígida, formalista y centralizadora de los jueces, así como los mecanismos judiciales arcaicos, ineficientes y disfuncionales han generado una verdadera situación de esquizofrenia jurídica cuando Argentina ratificó la CIDN.

Ahora bien, si la democracia y el Estado de Derecho ofrecen uno de los escenarios más favorables para el ejercicio de los derechos humanos, el concepto de lucha democrática por el derecho planteada por Boaventura de Souza Santos (1996) hace hincapié para que esta sea una lucha “por la aplicación del derecho vigente [...]”³, en el sentido de obtener nuevas protecciones para los intereses sociales hasta ahora menos protegidos” (p.178). En ese mismo escenario, el sentimiento de desprotección de una niña, niño o adolescente víctima de violencia sexual puede ser imaginado a partir de las características y consecuencias propias del fenómeno del abuso sexual infantil (Rozanski, 2005). De ser así, la premisa de igualdad inaugurada por la Convención parece aún no poder sostener la aplicación eficaz de esos mismos derechos especialmente en términos de igualdad de condiciones, o más bien equidad de condiciones.

En búsqueda de una nueva interpretación acerca del concepto de acceso a la justicia para niños, niñas y adolescentes víctimas y testigos en la justicia penal argentina, esta tesis tiene como objetivo central analizar las evoluciones de la Ley N° 25852 en el ordenamiento jurídico argentino sobre los cambios provocados por la normativa en base al trámite de los procesos y las sentencias judiciales. Se ha presentado en cuanto finalidad analizar la capacidad institucional del Poder Judicial para salvaguardar principios como el interés superior del niño⁴ cuando ellos son víctimas y testigos de delitos sexuales. De ese modo y a largo plazo se espera contribuir para el surgimiento de una nueva cultura judicial no revictimizante para niñas, niños y adolescentes que hayan sido victimados en sus derechos fundamentales, es decir, una cultura jurídica más justa, más igualitaria, legítima con los principios de la democracia y el estado de derecho.

En el primero capítulo (re) abrimos el debate sobre acceso a la justicia en cuanto un derecho fundamental en el Estado de Derecho extendido a contextos que involucran niñas, niños y adolescentes víctimas de violencia sexual en el sistema de justicia penal. El concepto de acceso a la justicia ha privilegiado la perspectiva técnica del debido proceso, también conocido como ‘acceso a la justicia en sentido amplio’. En cuanto abordaje teórico una composición híbrida entre derecho y sociología política ha dirigido nuestra mirada hacia una escucha judicial junto a niñas, niños y

³ “[...] en tanto y en cuanto por el uso alternativo del derecho tal como quedó conocido en Italia a partir de “interpretaciones innovadoras del derecho sustantivo[...]” (Santos 1996, p.178).

⁴ “El concepto de *Interés Superior del Niño* como afirma Bruñol (2001, p.11) alude a la protección integral y simultánea del desarrollo integral y la calidad o “nivel de vida adecuado” (art.27.1 de la Convención) y subyace el principio de igualdad de la noción de derechos humanos, la idea de que todas las personas, incluidos los niños, gozan de los derechos consagrados para los seres humanos ante el deber de los Estados de promover y garantizar su efectiva protección igualitaria. De fuerte contenido hermenéutico el “Interés Superior del Niño” ha generado vasta interpretación, pero también el reconocimiento de protecciones jurídicas y derechos específicos de ciertos grupos de personas, entre los cuales están los niños. Afirma tratarse de la “plena satisfacción de sus derechos.”[...] desde la ratificación de la Convención existe una absoluta equivalencia entre el contenido del interés superior del niño y los derechos fundamentales del niño reconocidos por los Estados Parte”. Para él cualquier decisión que concierna al niño debe considerar primordialmente sus derechos. Remarca aún tratarse un concepto de “gran amplitud ya que no solo obliga al legislador sino también a todas las autoridades e instituciones públicas y privadas y a los padres; también es considerada una norma de interpretación y/o de resolución de conflictos jurídicos. Por ello aclara que una correcta aplicación del principio, especialmente en sede judicial, requiere un análisis conjunto de los derechos afectados y de los que se puedan afectar por la resolución de la autoridad”.

adolescentes víctimas y testigos de violencia sexual que desde una epistemología compleja busca una nueva lectura transdisciplinar y multidimensional sobre el problema. El enfoque interpretativo que ofrece el método cualitativo de análisis del discurso ha brindado una mejor comprensión de los sentidos que se desprenden del discurso de los operadores del sistema de justicia sobre el testimonio infantil en 27 fallos de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal a partir de las disposiciones establecidas por la Ley N° 25852/2004.

En el segundo capítulo hemos ‘dibujado’ el panorama en términos de estructura y conformación del Poder Judicial en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, capital federal que concentra las jurisdicciones de ámbito federal y local. En un primer momento la ley federal N° 25852 ha abarcado solamente jurisdicciones en este ámbito por tratarse de una reforma en el Código de Proceso Penal Federal. Siendo así comprende las instancias de mayor incidencia en tiempo de aplicación de la ley N° 25852.

El tercer capítulo ofrece un capitulo histórico reflexivo sobre la reforma en el código de proceso a raíz de la ley N° 25852 también conocida como ‘Ley Rozanski’ en alusión al distinguido magistrado autor de la normativa. Hemos intentado mostrar las evoluciones del proceso en el cual la Ley 25852 se ha configurado en cuanto el nuevo paradigma de escucha judicial de niñas, niños y adolescentes víctimas de violencia sexual.

El cuarto capítulo presenta una breve sociología de los 27 procesos seleccionados sucintamente desglosados de modo a dar visibilidad al perfil de los casos en cuanto a tipo de carátula, actores involucrados (víctima y autor de violencia), funcionarios judiciales así como de algunas configuraciones acerca del acceso a la justicia para niñas, niños y adolescentes víctimas en el proceso judicial argentino. A partir de los datos primarios aportes teóricos de la sociología y el derecho fueron presentados para facilitar el acercamiento del lector al universo investigado: los discursos de los jueces en los procesos penales sobre delitos contra la integridad sexual infantil.

A partir del capítulo 5 los resultados en profundidad fueron presentados a partir del análisis de las sentencias judiciales propiamente dichas. Considerando los objetivos propuestos en esta tesis hemos privilegiado el proceso, no solo el judicial en sí, sino que el proceso por el cual ha atravesado la práctica judicial a partir de la reforma en el Código de Proceso Penal en términos de acceso a la justicia para niñas, niños y adolescentes víctimas de violencia sexual a raíz de la ley 25852, así como algunos aspectos controversiales de la reforma. En el capítulo 5 particular énfasis ha sido dada a los aspectos formales que caracterizan tanto los procesos, como las decisiones, los fallos en segunda instancia Los datos fueron sistematizados en cuanto a los modos, lenguajes, recursos jurídicos y

herramientas disponibles en la realidad socio institucional de los tribunales en su práctica rutinaria de juzgar y sentenciar.

Finalmente, en el sexto y último presentamos los sentidos que se desprenden de la ley 25852 y los artículos 250 bis y ter según los argumentos de los jueces a partir de los cambios observados con el uso de la Cámara Gesell junto a niñas y niños en situación de violencia sexual, víctimas y testigos en procesos penales, argumentos para validar, o invalidar el testimonio de niñas y niños víctimas y testigos como prueba que tras la Ley 25.852 ganaron relevancia para los magistrados en el proceso de acceso a la justicia y escucha al niño en sede judicial.

Finalmente, el capítulo 7 abre las conclusiones las cuales remarcamos los principales hallazgos en las sentencias acerca de la importancia de la Ley N° 25852 en el cambio de procedimiento de escucha judicial y acceso a la justicia junto a niñas, niños y adolescentes víctimas de delitos contra la integridad sexual infantil. Entre los resultados cobra particular relevancia el proceso en transición entre la práctica discrecional tradicional de toma de decisiones de los jueces en base al saber penal junto a los peritajes especializados (aún vigente) hacia un contexto (incipiente) en el cual los jueces comienzan a sentenciar llevando en consideración los dichos literales de niñas, niños y adolescentes relevados mediante entrevista según los términos establecidos por el artículo 250 bis. Controversialmente, merece reflexión la resistencia de los operadores para transformar una cultura jurídica tradicional hacia prácticas no revictimizantes de escucha judicial haciéndose necesaria la profundización teórico conceptual en la cual puedan emerger nuevas bases para el debate sobre el acceso a la justicia penal para NNAs víctimas, así como sobre la calidad de los sistemas educativos responsables por la formación de los operadores del derecho.

Capítulo 1. Notas introductorias (marco teórico y estrategia metodológica)

1.a La (re)apertura del debate sobre el acceso a la justicia: algunos enfoques

Cuando hablamos de acceso a la justicia ante todo nos referimos a un derecho humano fundamental cuya naturaleza constitucional está reconocida en los ordenamientos jurídicos de los Estados democráticos. Siendo así, ampliar el debate sobre el acceso a la justicia deviene no solo de una mayor conciencia acerca de los derechos fundamentales en las sociedades modernas, como de la propia necesidad social de una mayor efectividad en la resolución de los conflictos por parte del Estado. Según los antecedentes históricos en el tema del acceso a la justicia, cierto es que la gratuidad⁵ de la asesoría legal frente a los altos costos de un proceso ha tenido particular énfasis en la desigualdad económica. No obstante, claramente se reconoce el vínculo inaugural que el acceso a la justicia guarda con la igualdad de condiciones. (Birgin y Kohen, 2006).

Por tratarse de un derecho positivo en el Estado democrático, el acceso a la justicia configura al mismo tiempo un derecho en sí mismo, como también un medio para garantizar los derechos fundamentales, reclamar su cumplimiento frente a la actuación estatal. De ahí quizás la dificultad en definirse el término acceso a la justicia, reconocida en cuanto deber del Estado antes todo ser accesible e igualitario de modo que la resolución de los conflictos (finalidad primordial del sistema jurídico), así como que los resultados ahí producidos sean al mismo tiempo individual y socialmente justos. (Cappelletti y Garth, 1981).

Desde los supuestos mencionados, como garante de los otros derechos el acceso a la justicia representa la posibilidad de reclamar su cumplimiento ante un órgano jurisdiccional. Para que eso sea posible entra en discusión el concepto principal de acceso a la justicia utilizado en esta tesis, técnicamente, el que privilegia al debido proceso, las reglas y los requisitos para acceder a los tribunales, el proceso en búsqueda de la verdad, luego de la justicia. De acuerdo con esta lógica, la aplicación democrática de los derechos, pasaría a priori, por la estrecha relación entre las instituciones que constituyen el Estado con la accesibilidad del sistema de justicia basada en el propio derecho adquirido.

⁵ Según Maccise (2011) en 1495, el Parlamento inglés aprobó una ley especial con el fin de garantizar la asesoría jurídica gratuita y eximir de los altos costos a aquellas personas que no contaban con los recursos necesarios para llevar a cabo un proceso judicial. Posteriormente, a finales del siglo XVIII –después de las revoluciones en Francia y los Estados Unidos de América– la asesoría jurídica gratuita empezó a considerarse un derecho político asociado a las ideas de igualdad y justicia. Disponible: <https://distintaslatitudes.net/author/regina-larrea>. [Consultado en septiembre 2018]

Sin embargo, Bobbio (1995) explora el lenguaje de los derechos como un lenguaje ambiguo, poco riguroso y frecuentemente usado de modo retorico:

“[...] Nada impide que se use el mismo término para indicar derechos apenas proclamados en una declaración, hasta mismo solemne, y derechos efectivamente protegidos en un ordenamiento jurídico inspirado en los principios del constitucionalismo, en el cual haya jueces imparciales y varias formas de poder ejecutivo de las decisiones de los jueces.”⁶(Bobbio, 1995, p.9)

La ambigüedad referida a los derechos nos permite rescatar el concepto del Estado de Derecho, controvertido para algunos autores, distorsionado del concepto clásico del *Estado de Derecho* en su acepción substantiva, material y no meramente formal. (O'Donnell, 1979, p.247). Según O'Donnell (1998) la igualdad ante la ley pasó a representar tan solo una declaración, lo que ha desencadenado una substancial crisis en el Estado de derecho poniendo en duda la calidad de muchas de las democracias latinoamericanas. Sobre el acceso a la justicia este autor busca su afirmación en su significado mínimo, históricamente original en el cual “los derechos formales sostienen la reivindicación del tratamiento igualitario en las situaciones legalmente definidas [...] tal como la “igualdad [de todos] ante la ley”, expectativa inscrita tendencialmente en este tipo de igualdad”, que a su vez debe ser aplicada de forma justa por las instituciones pertinentes. (O'Donnell, 1998, p.45).

Ahora bien, reabrir el debate sobre el acceso a la justicia y transitar brevemente por sus antecedentes conceptuales acerca de la importancia y limitaciones del derecho humano como un bien universal en las sociedades contemporáneas, más específicamente aquellas dichas democráticas, permítenos avanzar en el sentido propuesto para esta tesis, entre otros aspectos el que se propone analizar el acceso a la justicia ante la permanente tensión normativa cuando los sujetos de esos mismos derechos incluyen *niñas, niños y adolescentes, - víctimas de delitos*.

1. b. Acceso a la justicia en casos de abuso sexual infantil: desde el contexto hacia el concepto

Estudios indican que uno de los motivos más probables para que un niño/a entre en contacto con el sistema de justicia es la denuncia de abuso sexual cuyo niño/niña o adolescente es la principal víctima, hecho que a menudo la ubica como testigo clave de la investigación. (Goodman, 2008 citada en Dos Santos y Batista, 2009). Ante la sospecha sobre delitos contra integridad sexual infantil, la tensionada discusión acerca del acceso a la justicia para niños y niñas víctimas y testigos nos convoca a ampliar el entramado conceptual democratización del acceso a la justicia cuya premisa es la igualdad de derechos teniendo la democracia como sistema político que garantiza los derechos humanos sustantivos entre los ciudadanos. Para eso, la doble condición de vulnerabilidad social a

⁶Traducción nuestra

que están sometidos, por tratarse de niñas y niños, también como víctimas de delitos, debe ser asumida entre los desafíos para la debida administración de la justicia en el marco del Estado de Derecho.

Cabe hacer mención al contexto sobre el cual se funda esta tesis. Se trata de acceso a la justicia para *niñas, niños y adolescentes víctimas de violencia sexual*. En este sentido, cierto es que la violencia sexual infantil se está volviendo endémica en significativa cantidad de países en el mundo. Sin pretender detenernos de forma exhaustiva en el tema del abuso sexual infantil, es importante destacar algunas de las características de este fenómeno social de variables delictivas complejas, no solo por tratarse de un delito poco visible, pero sobretodo poco denunciado. Según Rozanski (2005), es necesario llevar en cuenta que ante el abuso la niña, el niño y/o adolescente están atravesados por la confusión, el miedo, el secreto, entre otros sentimientos que dificultan su enfrentamiento, así como perjudica directamente su acceso y participación adecuados en un proceso en el cual la protección de la víctima debería ser prioridad:

“[...]Los sentimientos de terror mezclados con ira, en muchos casos, afecto (abuso intrafamiliar) con relación al agresor son un torbellino que atormenta a un niño/a en una experiencia imposible de ser transmitida. Quienes viven en una situación de secreto inviolable, de confusión, que en muchos casos modifica su estado de conciencia, como dijo Intebi - por haber recibido una paliza en su psiquis y en la hora de la intervención se encuentra convaleciente⁷.”(Rozanski, 2005)

En ese contexto, la violación de un derecho fundamental como la dignidad sexual de niñas, niños y adolescentes nos instiga a buscar una comprensión más diversa del Poder Judicial a partir de su incidencia ‘política’, sobre sus problemas y paradojas vinculados a la discrecionalidad de los jueces, que al final de todo, son quienes efectivamente deciden: en un primer momento de las condiciones de acceso a la justicia, en segundo lugar, de los procedimientos y sentencias de los casos de violencia sexual infantil.

⁷ Traducción nuestra

Por lo tanto, se ha buscado el concepto de acceso a la justicia vinculado al deber del Estado en asegurar las libertades "liberales" a niños, niñas y adolescentes, es decir, a partir de la perspectiva técnica de las garantías del debido proceso, lo que Bellof (2007, 2005) ha denominado acceso a la justicia 'en sentido amplio':

"(...) Técnicamente implica discutir cómo hace un chico para llegar a un tribunal como víctima de un delito o de una violación a un derecho, cómo hace para conseguir un abogado defensor que lo patrocine, para producir prueba, para que el juicio sea comprensible para él o ella, para que no lo vuelva a victimizar, para que no reproduzca discriminación, etc.⁸"

La operatividad del sistema de justicia tradicional controvertida ante los nuevos tratados internacionales de derechos humanos, los cuales incluyen los derechos del niño sugiere cierta asimetría entre la aplicación del derecho penal tradicional en carácter simultáneo a los 'nuevos derechos' de niños, niñas y adolescentes, célebre dicotomía de la sociología jurídica americana *law in books/law in action*", remarcada por Boaventura de Souza Santos sobre la discrepancia entre el derecho formalmente vigente y el derecho socialmente eficaz (Santos, 1996, p.63). Es también en este contexto que niñas, niños y adolescentes son especialmente afectados por la violencia⁹. (Unicef, 2004). En países democráticos como Argentina, o Brasil son escasas y asistemáticas las estadísticas sobre la violencia sexual infantil, lo que dificulta su enfrentamiento en el marco del Estado de Derecho en la región. Dicha coyuntura marca también lo imprescindible acerca de una nueva lectura interdisciplinaria y multidimensional de los problemas humanos (Morin, 2002). El pensamiento complejo en la descripción del autor ha ofrecido aportes para una mejor comprensión multifacética de la sociedad, de cada ser humano como participe de un mundo interdependiente con gran repercusión en la sociedad y en el desarrollo humano. Para Morin:

"[...] el estudio de la experiencia humana debe ser multifacético, por ello la complejidad comprende todo aquello que clarifica, ordena y precisa el conocimiento de esa experiencia, integrando las disciplinas del saber para generar conocimiento multidimensional, no parcelado ni reduccionista o simplificador, reconociendo lo inacabado e incompleto de todo conocimiento."(citado por Lugo 2010)

En otros términos, los requisitos presentados por Beloff (2010) como acceso amplio a la justicia configuran prácticas protegidas de escucha judicial con terminologías diversas en otros tales como "toma especial del testimonio" o "testimonio protegido". (Dos Santos y Batista, 2009). Constituye un conjunto de métodos, técnicas y procedimientos utilizados antes, durante y después de la toma de

⁸ El acceso a la justicia de los niños y niñas por Mary Beloff (2). Disponible en: http://www.infoleg.gob.ar/basehome/actos_gobierno/actosdegobierno14-9-2009-4.htm[Consultado en septiembre de 2018]
La Convención sobre los Derechos del Niño: Quince años después. América Latina. UNICEF 2004. Disponible en <file:///E:/niñosunicef.pdf> [Consultado en septiembre 2018]

declaraciones testimoniales de niños, niñas y adolescentes víctimas y testigos de delitos cuya esencia aporta el ideal multifacético propuesto por Morin. En ese tipo de procedimiento la toma de declaraciones es conducida por un experto especialmente capacitado para este fin. La entrevista es realizada en ambiente amigable acondicionado, en algunos casos con vidrio espejado, tipo *Cámara Gesell*¹⁰, en otros con circuito cerrado de televisión (CCTV), en local separado de la sala de audiencias. Desde el otro lado, las entrevistas son asistidas en ambiente en el cual están presentes el juez y las partes; son también registradas para ser usadas en distintas etapas del proceso.

El concepto pretendido de acceso eficaz a la justicia, más que interdisciplinar, busca en la transdisciplinaridad¹¹ elementos para una horizontalidad genuina en la intervención judicial en casos de violencia sexual infantil, siempre y cuando por transdisciplinar entendamos como “la práctica que mejor soluciona la cuestión de la soledad entre los agentes sociales.” (Volnovich, 2005, p.79). No se trata de una tarea individual, más bien de “una tarea que necesita el encuentro, el intercambio entre aquellos que trabajan en los dominios disyuntivos y se cierran como ostras cuando son solicitados” (Morin, 2002, p.33). En efecto, como afirmado por Boaventura de Souza Santos (2007) el sistema judicial no está acostumbrado a dialogar con otras instituciones. Esta es otra cara de su aislamiento.”(p.84).

Tratase de incorporar nuevos abordajes en el cual ya no prevalezca la hiper división del trabajo científico entre magistrados y demás profesionales. Que se reconozca el problema de la complejidad necesaria para el saber compartido sea utilizado en la toma del testimonio junto al niño, de modo que la transdisciplinaridad, entendida en cuanto “una transformación subjetiva, en la cual ni su saber, ni su vida pasan incólumes por la experiencia” (Volnovich, 2005, p.79) pueda convertirse en herramienta eficaz para el acceso a la justicia.

“[...] El problema de la complejidad no está en que cada uno pierda su competencia, pero sí que la desarrolle lo suficiente para articular con otras competencias, que conectadas en forma de cadena formarían el anillo completo y dinámico, el anillo del conocimiento del conocimiento¹²” (Morin, 2002, p.33)

¹⁰ La introducción de dos artículos (250 bis y ter) en el Código de Proceso Penal Federal ha resultado de una reforma normativa a raíz de la Ley 25852 con el objetivo de que el procedimiento pudiera ser llevado a cabo en las instancias judiciales en casos de violencia sexual infantil.

¹¹ En las palabras de Volnovich (2005, p.79) “un abogado, un trabajador social o un psicólogo en una práctica transdisciplinar no se posicionan de la misma manera que se posicionarían en una práctica interdisciplinar. En la práctica interdisciplinar, estos profesionales expresan sus opiniones y escuchan los saberes de los demás, asumiendo el rol que la sociedad instituida les otorga, de especialistas.”

¹² Traducción nuestra

Sin lugar a dudas, se tratan de cuestiones reflexivas que permanecen abiertas para pensar una nueva cultura jurídica en el tema del acceso a la justicia de niñas, niños y adolescentes víctimas desde un lugar social no revictimizante.

1. c. Sociología y derecho como herramientas teóricas

El universo teórico sobre el cual el presente análisis se funda ha resultado de la composición híbrida entre campos de complejidades distintas, pero no excluyentes: el derecho y la sociología política. Respecto a los objetivos concernientes fue especialmente considerada la dificultad para definirse el campo de esta última, la sociología política, cuya vocación interdisciplinaria señalada por Sartori (1972) como una combinación de factores sociales y políticos en determinados casos explicaría el comportamiento político de los actores. De ahí se ha buscado analizar la capacidad de la Sociología Política para relacionar variables sociales con variables políticas (Horowitz, 1977), así como analizar las relaciones recíprocas entre dimensiones políticas y sociales. (Runciman, 1966).

De la mano de la sociología jurídica Boaventura subraya la innovación social centrada en la cuestión del acceso diferencial al derecho y a la justicia por parte de diferentes clases y extractos sociales”. (Santos, 1996, p.170). Siendo así, la categoría “generación” de Manheim (1993[1928]) que incluye a niños, niñas y adolescentes en la estratificación social gana relevancia en esta tesis. De otra parte si “la formación de la identidad del niño ocurre en un proceso de interacción simbólica del complejo dispositivo de procesos sociales” como señala la sociología de la infancia a través de los cuales niños son construidos en su identidad social diferente de los adultos e involucrando la acción social de los niños (Alanen, citado por Sarmiento, 2004), nos parece imprescindible pensar la participación de niños, niñas y adolescentes en la justicia penal con igualdad de acceso según la doctrina de la protección integral materializada por la Convención.

La atención se detuvo en una perspectiva sociopolítica de los derechos de niños, niñas y adolescentes víctimas y testigos de violencia sexual en el sistema de justicia. Para eso fue asociada “la perspectiva sociológica del derecho que tematiza explícitamente las articulaciones entre el derecho y las estructuras sociales en las que opera” (Santos, 1996, p.178), así como fueron analizadas las sentencias de jueces que tuvieron lugar en procesos que involucran niños, niñas y adolescentes víctimas y testigos de delitos sexuales.

Lejos de tratarse de un estudio exhaustivo sobre el tema del acceso a la justicia, se ha buscado aportar elementos de la problemática en cómo jueces, desde su autoridad argumentan sus fallos ante el fenómeno social de la violencia sexual infantil. Sin lugar a dudas un debate complejo tanto en términos jurídicos, sociológicos como políticos, una vez que no por casualidad las decisiones se imparten desde el *Poder Judicial*, uno de los pilares del Estado democrático de derecho.

1. d. Estrategia metodológica: la complejidad particular en los métodos cualitativos

En Argentina “suele decirse que los jueces hablan a través de sus fallos.” (Agüero, Gorra y Saharrea, 2016). Desde las sentencias analizadas en esta tesis se podría decir que de un lado están jueces, los que deciden a través de sus fallos, del otro lado niñas, niños y adolescentes víctimas que en muchos casos tienen el habla como el único recurso disponible para ser escuchado acerca de la violencia sexual de la cual han sido víctimas. Así siendo, los fenómenos sociales emergentes como la violencia sexual infantil en cuanto delito penal contrapuesto a la condición de sujeto de derechos de niños, niñas y adolescentes en el sistema de justicia, presentan, en ese orden, una problemática compleja que amerita ser interpretada, analizada y comprendida desde diferentes enfoques.

1.d.1.El poder del discurso como método de análisis

Si tal como lo afirma Sautu (2005,p.50) “la evidencia empírica de cualquier investigación en todas las disciplinas se construye”, seleccionamos un total moderado de veinte siete fallos (27) que involucran niñas, niños y adolescentes como víctimas y testigos de violencia sexual en la justicia penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. A través de las sentencias proferidas en esos fallos se ha buscado analizar los elementos que forman el discurso de los operadores del sistema de justicia sobre el testimonio infantil a partir de las disposiciones establecidas por la Ley N° 25852/2004. También se ha buscado verificar si la referida normativa ha logrado influenciar que las declaraciones testimoniales de niñas y niños sean creíbles y válidas para el conjunto de pruebas según evaluación de los jueces. Al tratarse de un contenido conocido a partir de expedientes judiciales, las aclaraciones metodológicas presentadas por Ciordia y Villalta (2010) ganan relevancia en los objetivos propuestos:

“[...] El trabajo con expedientes implica reconstruir una historia que se presenta fragmentada, contada por diferentes voces institucionales que traducen y catalogan los distintos hechos y dan forma a las voces de aquellos sobre los que se ejerce la intervención. (...) Así interpretar aquello que los expedientes ocultan, y que sólo aparece a través de sus indicios, es lo que nos permite acceder a las relaciones e interacciones que tejen los diferentes sujetos y que son las que inciden en la configuración de las distintas soluciones que los agentes institucionales proponen. Relaciones asimétricas, en la medida en que involucran a diferentes agentes institucionales”.(p.115)

A raíz de tal afirmación el método cualitativo de análisis del discurso ha sido considerado adecuado para una mejor comprensión de la complejidad referida por Morin (2002) en cuanto problema de la epistemología compleja que “hace que instancias separadas se comuniquen, de cierto modo hacer el circuito, el circuito del conocimiento”.(p.33). Ante la comprensión de un sistema que integra diversas disciplinas ha ganado relevancia metodológica el método de análisis del discurso y por eso mismo abundan los recursos analíticos. Además, tratase de un método cuyo eje de análisis en la realidad social como tal reconstruida post-facto, analiza el habla a través signos, del lenguaje, de discursos.(Sautu, 2005).En cuanto método transdisciplinario comprende un conjunto de técnicas y herramientas que permiten abordar los discursos desde una perspectiva pragmática, semántica, entre otras.(Hernández, Castañeda y Del Castillo, 2000).

Más allá de la variedad de “métodos” de análisis del discurso, también están las maneras de abordar y analizar el lenguaje, u otros repertorios de signos. (Sautu, 2005, p.46). De acuerdo con la práctica de investigación seleccionada, el *discurso*, en cuanto herramienta reflexiva, desde la variedad que lo caracteriza, destaca el concepto de Foucault en el cual Poder y conocimiento se juntan en el orden del discurso. Según este análisis (Alasuutari, 1995,citado por Sautu, 2005), ‘los discursos permiten releer o reconceptualizar la dupla dominante poder/conocimiento sin referirse solamente al habla, pero también a ciertas formas de poder/conocimiento como parte del discurso’. (p.45).

Dentro de las perspectivas cualitativas el análisis del discurso en cuanto método “tiene la capacidad para seleccionar los componentes relevantes de algún fenómeno y poner énfasis en las prácticas sociales cotidianas”. (Sautu, 2005, p.45).Además, según Van Maanen (1983), las metodologías cualitativas son interpretativas en esencia e incluyen la observación y el análisis de la información para explorar los fenómenos. Los métodos cualitativos abarcan un enfoque interpretativo con relación al objeto de estudio por lo que investiga la realidad en su contexto, interpreta y analiza el sentido de los fenómenos de acuerdo con los significados que ese tiene para las personas involucradas. En sentido amplio se parte de la observación de determinados hechos, luego se registra la información, las contrasta, se clasifica para generar los patrones, luego las generalizaciones a partir de las interpretaciones. En el caso específico de esta tesis favorece la aproximación, luego la comprensión de los sentidos que se desprenden de los argumentos de los jueces en los fallos seleccionados.

Para completar recurrimos a la definición de Boaventura de Sousa Santos (1991) acerca del ‘*método de caso ampliado*’, aquel que opone a la generalización positivista por la cantidad y por la uniformización de las observaciones, la generalización por la calidad y por la ejemplaridad’. Afirmo Boaventura, ‘en vez de fijar la cantidad de casos (observaciones) adecuada, el método de caso ampliado escoge un caso o un número limitado de casos en que se condensan con particular incidencia los vectores más importantes de las economías interaccionales de los diferentes participantes en una práctica social dada.’ (Santos, 1983, p.11).

1.d.2. Los fallos: fuente, documento, discurso y testimonio

A partir de los métodos mencionados la posibilidad de llevar a cabo un examen sociológico cualitativo en una moderada cantidad de fallos judiciales ha direccionado el diseño de la presente investigación. Para este fin, la unidad de análisis fue atribuida a los casos judiciales sobre delitos contra la integridad sexual infantil de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, tribunal penal de segunda instancia que integra el Poder Judicial en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

A través del sistema *Buscador de Fallos* del Centro de Información Judicial– CIJ, plataforma digital *on line* del Poder Judicial de la Nación, se pudo acceder a fallos disponibles vía Red Mundial (*Internet*). Se tratan de datos abiertos originales en formato digital de distintos tribunales del país, como de distintas jurisdicciones en las provincias. Para la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal fueron registrados más de 150.000 fallos digitales disponibles a un simple clic del ratón (*mouse*). Concerniente a los delitos contra la integridad infantil, objeto principal en esta tesis fueron encontrados expedientes dictados entre los años 2008 y 2014, después de la implantación de la ley N° 25852 en el sistema de justicia de la Capital Federal en el año 2004.

Cabe aclarar algunos factores que justificaron esa decisión: i) en primer lugar por tratarse de la instancia judicial cuya competencia es juzgar las sentencias proferidas por jueces de primer grado, se ha viabilizado la posibilidad de analizar el discurso de magistrados en casos de abuso sexual infantil en dos instancias judiciales (1ª y 2ª instancia); ii) luego los respectivos fallos favorecieron el análisis consistente de la jurisprudencia para este tipo de caso; iii) lo habitual por parte de la defensa de los autores enjuiciados es utilizar las sentencias de primer instancia como recurso de apelación bajo la justificación de nulidad del proceso de producción de pruebas o incluso por herir el derecho a la defensa; iv) en casos de violencia sexual infantil juega en contra de investigaciones de esa naturaleza, que los fallos de tribunales de primera instancia no se encuentran disponibles en los

buscadores *on line* del poder judicial; muy probablemente en razón del secreto de justicia vinculado a procesos que involucran la vulneración de derechos de niños, niñas y adolescentes.

La selección de los fallos fue llevada a cabo en las siguientes etapas: una primera búsqueda fue realizada en el campo designado *palabra clave*, con las siguientes palabras: *abuso sexual -artículo 250* (introducido en el CPPN con la sanción de la ley 25852). A partir del primer relevamiento de las sentencias fueron seleccionados los primeros 145 documentos en formato pdf. Sin embargo, para el tema del abuso sexual infantil fueron también registrados fallos sobre violencia contra la mujer, además de fallos ajenos a la temática propuesta por ese estudio. Con el objetivo de refinar los datos encontrados, una segunda búsqueda fue llevada a cabo con los términos *gesell-menor*, cuya selección por el sistema *on line* registró un total de 219 de fallos.

Concerniente a las dos primeras búsquedas se pudo observar una mayor recurrencia para la categoría *menor* cuando relativa a niñas, niños y adolescentes en los procesos penales. El término *abuso sexual* previsto en el CP ha prevalecido para designar el tipo de delito. La observación de cada documento ha favorecido que una tercera búsqueda haya sido llevada a cabo en el sentido de ensamblar las dos primeras. Para eso se ha incorporado en el buscador digital las palabras *abuso sexual - menor*. La tercera y última búsqueda confirmó un muestreo consistente en el cual 27 fallos sobre delitos contra la integridad sexual infantil fueron clasificados para esta tesis, hecho posible en razón de la saturación de los datos encontrados. El principio de la saturación pudo ser observado cuando de la última etapa del relevamiento no ha emergido ninguna información nueva, es decir, ningún documento nuevo, con nuevos matices, más bien lo contrario, emergieron del buscador digital, los mismos fallos ya seleccionados en las dos primeras búsquedas, sin excepción.

Es interesante observar como a través del *Buscador de Fallos -CIJ* (Centro de Información Judicial), plataforma *on line* del Poder Judicial en distintas instancias del Poder Judicial ha sido posible acceder al contenido de las sentencias. A través de los fallos se hizo posible relevar informaciones acerca de las estrategias de la defensa de los imputados, los recursos más considerados por los jueces para basar sus decisiones, la relevancia de la normativa en el proceso para el contenido del testimonio así como para el conjunto de pruebas. También posibles diferencias de género, cuando los magistrados son jueces o juezas, etc. La sistematización de ese contenido fue analizada en profundidad a lo largo los últimos capítulos de esta tesis.

1.d.3.La oralidad del discurso: entrevista en profundidad

Para completar la estrategia metodológica, además de fuentes secundarias, los fallos, como fuente primaria fue utilizada una *entrevista en profundidad* con el autor de la ley, el ex juez de cámara Carlos Alberto Rozanski, reconocido especialista en la temática del abuso sexual infantil (ASI). Al entrevistado le presentamos un cuestionario cuyas reglas básicas de investigación cualitativas siguieron la lógica interna para representación exacta de los objetivos propuestos. Junto al entrevistado en líneas generales la entrevista ha indagado sobre el proceso de elaboración de la ley, los debates en el Congreso de la Nación, como también el proceso de implementación de la ley según el discurso del propio magistrado, quien por más de 20 años como juez ha tenido la atribución de presidir tribunales penales en Argentina y sentenciar casos de esa naturaleza, entre otros.

Desde el punto de vista metodológico la técnica de entrevista ha sido de carácter *semi estructurado* por privilegiar cuestiones ‘abiertas’ y ‘cerradas’. Una de las ventajas para ese tipo de estrategia deviene de una mayor diversidad, así como mayor precisión de los datos obtenidos. Eso porque las preguntas ‘abiertas’ tienden a no circunscribir las respuestas del entrevistado, por ende, nuevas categorías pueden ser formuladas a partir del relato. Por otro lado, las preguntas ‘cerradas’ buscan garantizar cierto número de informaciones codificadas como esenciales para restringir los objetivos propuestos a las principales preguntas de la investigación pretendidas en esta tesis.

Capítulo 2 - El escenario de la intervención: niñas, niños y adolescentes víctimas y testigos de delitos contra la integridad sexual en el sistema de justicia penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

2.a. Caracterización del Sistema Judicial en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA): conformación y estructura.

La Ciudad Autónoma de Buenos Aires, territorio en el que se inscribe este estudio ganó estatus de provincia a partir de la Reforma Constitucional Argentina de 1994. Según Hitters (2014), la Reforma de 1994 implicó un trascendente avance en el derecho argentino tanto por incorporar a la Carta Magna la cuestión de los Tratados sobre Derechos Humanos, de los cuales se incluye la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), como por haberle dado linaje constitucional. Entre diversos aspectos la reforma alteró substancialmente el régimen jurídico institucional de la Ciudad de Buenos Aires asignándole un status especial de autonomía, de las cuales fueron consagradas la autonomía legislativa, jurisdiccional y administrativa de la ciudad de Buenos Aires. Sin embargo, analistas del derecho constitucional subrayan un status jurídico excepcional a la ciudad Autónoma de Buenos Aires, como siendo un municipio federal y autónomo a la vez. Para Bianchi (1997) “su condición de capital federal influye, encontrándose su autonomía en un estado intermedio entre la de las provincias y la de los municipios ordinarios.”¹³

La composición del poder judicial en la Ciudad de Buenos Aires ganó corpus normativo en el año 1996 cuando se dictó la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. De ahí un largo proceso dio continuidad a la conformación del Poder Judicial en la Ciudad. Cuatro años después, en el año 2000 se suscribió entre el Gobierno Nacional y el Gobierno de la CABA el primer convenio de transferencia progresiva de competencias penales de la Justicia Nacional al Poder Judicial de la Ciudad Autónoma. En 2004 entre el Gobierno Nacional y el Gobierno de la CABA se ha suscrito el segundo convenio de transferencia progresiva de competencias penales de la Justicia Nacional al Poder Judicial de la Ciudad Autónoma. En el 2005 el Ministerio Público tuvo su ley orgánica sancionada y en 2007 se sancionó el Código de Proceso Penal.

¹³<http://www.adminpublica.org.ar/Publicaciones/AnalisisAutonomiaCiudadBuenosAires.pdf>. [Consultado en septiembre 2018]

En el caso del Poder Judicial el Estatuto Constitucional de la Ciudad de Buenos Aires ha dotado a ese distrito de un verdadero poder judicial independiente para poder someter a los restantes poderes, semejante a las provincias de la Nación. Sobre el territorio de la CABA rige en primer lugar los Tribunales Federales con competencia para asuntos federales de la Ciudad; en segundo lugar, los Tribunales Nacionales, con competencia en asuntos de distintas materias ordinarias (criminal, civil, comercial, laboral); y, por último, la justicia propia de la Ciudad Autónoma. Relativo a los órganos judiciales o jurisdiccionales –los juzgados y tribunales gozan de imparcialidad y autonomía al ejercer la potestad jurisdiccional¹⁴.

El Ministerio Público Fiscal ocupa un rol central en los procesos penales, siendo tres las instancias que intervienen en el Poder Judicial de la ciudad, en ambos fueros:

- i) Juzgados de Primera Instancia: constituyen la instancia inicial del trámite judicial, por lo que son los primeros en atender y resolver los conflictos que ingresan a la Justicia. Son de carácter unipersonal, es decir, están bajo la autoridad de un único juez y su intervención finaliza con el dictado de una sentencia, la cual puede ser definitiva o revisada en la siguiente instancia, la Cámara de Apelaciones, si alguna de las partes se considera perjudicada.
- ii) Cámara de Apelaciones: constituyen la segunda instancia del trámite judicial y son tribunales colegiados, integrados por tres magistrados. A la Cámara llegan las resoluciones que a criterio de alguna de las partes necesitan ser revisadas mediante una solicitud escrita denominada “recurso de apelación”. En ciertos casos se puede acudir a esta instancia sin intervención de la primera, a través de recursos llamados “directos”. Si alguna de las partes se considera perjudicada por la sentencia de la Cámara, la misma puede ser revisada por la siguiente instancia, el Tribunal Superior de Justicia.
- iii) Tribunal Superior de Justicia: es la última instancia del trámite judicial. Está integrado por 5 magistrados. Llegan al Tribunal Superior las resoluciones cuando alguna de las partes no está conforme con lo resuelto por la Cámara de Apelaciones. También puede intervenir de forma “originaria”, sin pasar la causa por las instancias inferiores, como en casos de conflictos entre los Poderes de la Ciudad, cuestiones de inconstitucionalidad de la ley o en materia electoral y de partidos políticos. Todas sus audiencias son públicas y lo resuelto ya no puede ser apelado.

¹⁴ Disponible en: <https://guiajudicial.jusbaires.gob.ar/s1/la-justicia-en-la-caba>. [Consultado en septiembre 2018]

- iv) El Ministerio Público Fiscal es un organismo con autonomía funcional y autarquía cuya función es dirigir e impulsar la investigación de las contravenciones y delitos cuya competencia fue transferida a la CABA, la que puede iniciarse de oficio o por una denuncia, o bien como consecuencia de las actividades de prevención policial. También formula su acusación ante los jueces y/o propone soluciones alternativas a los conflictos.

Una vez que la estructura de la institución judicial argentina, particularmente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ha sido caracterizada trataremos ahora de presentar cómo está regulado el procedimiento, cuáles las provisiones legales regulan la participación de niñas, niños y adolescentes víctimas y/o testigos de delitos contra la integridad sexual infantil en el sistema de justicia.

2.b. El hilo conductor de acceso a la justicia en procesos penales: Constitución Nacional Argentina, el Código de Proceso Penal de la Nación y el Código de Proceso Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA)

En materia de protección infantil el Art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional Argentina deriva substancialmente de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño constituyéndose la norma vigente protectora de los Derechos Humanos. “La Constitución Nacional es la normativa que dicta que todos los ámbitos de la intervención en casos de abuso están transversalmente atravesados por la doctrina de la protección integral”. (Rozanski, 2005, p.94).

Cuando se trata de violaciones de derechos la Carta Magna conlleva las demás disposiciones sobre cómo debe ocurrir el proceso legal. Una vez que se configura materia penal la autonomía de las provincias debe ser respetada. Sin embargo, por tratarse de la Capital Federal, como mencionado previamente, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en primer lugar rigen las competencias de los tribunales federales y nacionales que actúan según las provisiones legales del Código de Proceso Penal de Nación vinculado a la Constitución Nacional. El Código de Proceso Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tiene carácter vinculante a la justicia local de la CABA. En ambos casos la función primordial del debido proceso es proteger a la víctima, luego apurar los hechos delictivos y sancionar a los responsables.

2.b.1.Código de Proceso Penal de Nación

Sobre los derechos fundamentales de la víctima el Código de Proceso Penal de Nación expresa el derecho a recibir un trato digno y respetuoso y que sean mínimas las molestias derivadas del procedimiento; que se respete su intimidad en la medida que no obstruya la investigación; que se pueda requerir medidas de protección para su seguridad, la de sus familiares y la de los testigos que declaren en su interés, a través de los órganos competentes; a ser asistida en forma especializada con el objeto de propender a su recuperación psíquica, física y social; a ser informada de los resultados del procedimiento; a participar en el proceso en calidad de querellante, etc.

Cuando las víctimas poseen menos de 16 años se suman garantías específicas acerca del tratamiento especial previstas en el capítulo IV sobre los Testigos en el Código de Proceso Penal de Nación:

Art. 250 Bis. - Cuando se trate de víctimas de los delitos tipificados en el Código Penal, libro II, título I, capítulo II, y título III, que a la fecha en que se requiriera su comparecencia no hayan cumplido los 16 años de edad se seguirá el siguiente procedimiento:

- a) Los menores aludidos sólo serán entrevistados por un psicólogo especialista en niños y/o adolescentes designado por el tribunal que ordene la medida, no pudiendo en ningún caso ser interrogados en forma directa por dicho tribunal o las partes;
- b) El acto se llevará a cabo en un gabinete acondicionado con los implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva del menor;
- c) En el plazo que el tribunal disponga, el profesional actuante elevará un informe detallado con las conclusiones a las que 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.

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

2. b.2. Código de Proceso Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA)

Las disposiciones generales del Código de Proceso Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en cuanto a la interpretación y aplicación de la ley (título I, capítulo 1) reafirma el deber del “reglamento de la Constitución Nacional, los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por la República Argentina y la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires.”

Entre los derechos de la víctima y testigos se subrayan el trato digno y respetuoso por parte de las autoridades competentes; la restitución de los gastos causados por la obligación de concurrir a declarar en el proceso; requerir medidas conducentes, de protección física y moral y toda otra que sea necesaria; ser informado sobre los resultados del acto procesal en el que ha participado, entre otros.

El principio del interés superior del niño/a ha sido referenciado en el título V que dispone las garantías procesales de las personas menores de dieciocho años víctimas o testigos de delitos. En ámbito normativo las Directrices sobre la Justicia en Asuntos concernientes a los Niños Víctimas y Testigos de Delitos del Consejo Económico y Social (ECOSOC/2005/20) brindan los procedimientos específicos, así como las medidas especiales de protección para niños y niñas víctimas y testigos de delitos en los artículos 41 sobre Derechos y 42 sobre los Criterios Específicos.

Según las disposiciones del CPP de la CABA en el desarrollo del proceso la autoridad judicial debe tener en cuenta los siguientes criterios con el fin de efectivizar los derechos de las personas menores de dieciocho (18) años de edad víctimas y testigos de delitos:

- a. A fin de determinar el interés de la persona menor de dieciocho (18) años de edad damnificado se escuchará en audiencia a aquel que esté en condiciones de formarse un juicio propio, garantizándole el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afecten. Se tendrán debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de su edad y su madurez.
- b. Informar y orientar a las personas menores de dieciocho (18) años, a sus padres, tutores o responsables, sobre la finalidad de las diligencias procesales, el resultado de las investigaciones, los derechos que les asisten, así como la forma en la cual pueden ejercerlos y a ser acompañados por persona de su confianza.
- c. Cuando proceda, se deben tomar medidas para excluir al público y a los medios de información de la sala de audiencia mientras el niño presta su testimonio.

d. Que no se revele su identidad ni la de sus familiares cuando implique un peligro evidente o cuando así lo solicite.

Los términos para la toma especial de declaraciones testimoniales de personas menores de dieciocho (18) años de edad relacionadas con la investigación de delitos penales tuvieron como base la Ley N° 25.852 que incorporó en el Código de Proceso Penal de Nación los Art. 250 Bis y 250 ter. Tal como en la Ley federal el Código Procesal de la CABA prevé en el Artículo 43 la figura del psicólogo/a especialista en niños, niñas y/o adolescentes designado/a por el Tribunal; también que el procedimiento sea llevado a cabo en la etapa del debate, no pudiendo en ningún caso ser interrogados en forma directa por dicho Tribunal o las partes; así como que el ambiente de la entrevista sea acondicionado con los implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva del menor; que disponga de recinto a través de vidrio espejado, micrófono, equipo de video o cualquier otro medio técnico con que se cuente para que el procedimiento pueda ser acompañado por las partes; entre otras garantías.

Así, este desglose de la estructura del sistema judicial vigente en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires nos ha servido para circunscribir el escenario del estudio en cuestión, es decir: el universo de la toma de declaraciones testimoniales de niñas, niños y adolescentes víctimas y testigos de violencia sexual en tribunales federales de la CABA a raíz de la Ley N° 25.852. Si es cierto que “los aspectos normativos tienen carácter constitutivo y por eso, orientan y condicionan el cómo hacer de esas mismas experiencias.”(Dos Santos, Viana, Batista, 2017, p.49), las normativas recién presentadas no solo rigen los dispositivos de acceso a la justicia para niñas, niños y adolescentes víctimas y testigos de delitos contra la integridad sexual, como ofrecen el paso a paso para una debida intervención en esos casos.

2.c. El trayecto de niñas, niños y adolescentes víctimas y testigos en el sistema penal: desde la denuncia hasta la decisión judicial.

2.c.1. La denuncia

Conforme las disposiciones del Código Penal Argentino cuando hay sospechas de violencia contra niñas, niños y adolescentes, en casos de abuso sexual infantil no existe un procedimiento exclusivo para efectuar la denuncia, que puede ser presentada a la policía, al Ministerio Público o incluso al juez. En líneas generales la policía concentra el recibimiento de la denuncia. No obstante, en el ámbito específico del Poder Judicial, la recepción de las denuncias de abuso suele encontrar trabas, como lo afirma Rozanski (2003) por sí son, ilegales ya que receptar denuncias de abuso es obligación del tribunal en turno, así como también es obligación del juez recibirla.

2.c.2.La investigación, el Ministerio Público Fiscal y la instrucción del proceso

La investigación está a cargo del Ministerio Público Fiscal que cuenta con la colaboración de la policía. El MPF debe promover y ejercer la acción penal en la forma establecida por la ley (Art.65, CPP*). Le corresponde la carga de prueba una vez que debe probar en el juicio los hechos que fundan su acusación. En los delitos de acción pública, la víctima o su representante legal, pueden provocar la persecución penal o intervenir en la que esté iniciada por el representante del Ministerio Público Fiscal. En los delitos de acción privada dicta el art. 26 del CPPN:

“Si el ejercicio de la acción pública dependiera de instancia privada, el Ministerio Público Fiscal sólo la ejercerá una vez que la instancia haya sido formulada o en los demás supuestos previstos en el Código Penal. Esta circunstancia no obsta a la realización de los actos urgentes que impidan la consumación del hecho o la de los imprescindibles para conservar los elementos de prueba, siempre que tales actos no afecten la protección del interés de la víctima. La instancia privada deberá ser realizada de manera expresa por quien tenga derecho a hacerlo, no pudiendo derivarse de ningún acto procesal su formalización tácita.”

Según disposiciones del Código Procesal de la CABA en cuanto a la promoción y ejercicio de la acción por el Ministerio Público Fiscal (Capítulo II, Artículo 3. EJERCICIO DE LA ACCIÓN):

Las acciones penales públicas se iniciarán de oficio, por denuncia o querrela. Cuando se trate de delitos dependientes de instancia privada, se iniciarán por instancia del/ la ofendido/a o su representante legal, excepto cuando las excepciones legales admitan la promoción de oficio.

Los casos que involucran delitos sexuales pueden ser iniciados a partir de una instancia pública, cuando el Estado tiene una sospecha e inicia de oficio, o privada cuando alguien de la familia comunica la sospecha.

2.c.3.El juicio de instrucción

Con el registro de la denuncia el Ministerio Público inicia el proceso de investigación en el marco de un juicio de instrucción. Según Rozanski (2005) el juez de instrucción ejerce un papel fundamental para realizar los trámites preliminares:

1. Comprobar si existe un hecho delictuoso mediante las diligencias conducentes al descubrimiento de la verdad.
2. Establecer las circunstancias que califiquen el hecho, lo agraven, atenúen o justifiquen, o influyan en la punibilidad.

3. Individualizar a los partícipes.

4. Verificar la edad, educación, costumbres, condiciones de vida, medios de subsistencia y antecedentes del imputado; el estado y desarrollo de sus facultades mentales, las condiciones en que actuó, los motivos que han podido determinarlo a delinquir y las demás circunstancias que revelen su mayor o menor peligrosidad.

5. Comprobar la extensión del daño causado por el delito, aunque el damnificado no se hubiera constituido en actor civil.

Según el ex magistrado esa sería la finalidad de la instrucción y así lo dispone el art. 193 del Código de Proceso Penal de la Nación. Todo los procedimientos tienen el objetivo de determinar mínimamente si el acusado puede ser culpable o no.

Los jueces con funciones de garantías tienen la competencia para conocer: a. en el control de la investigación y de todas las decisiones jurisdiccionales que se deban tomar durante la etapa preparatoria, así como en el control de la acusación.

2.c.4. Entrevista en Cámara Gesell (CG): producción de prueba según artículos 250bis y 250ter del CPPN

Una vez que sea iniciada la etapa de toma de declaraciones las garantías del CPPN son expresas por los artículos 250bis y 250ter. El fiscal deberá solicitar que la entrevista con niñas y niños víctimas de supuestos delitos contra la integridad sexual sea realizada en el ambiente designado Cámara Gesell. Para que la prueba pueda ser controlada y disponga de validez en el proceso garantizándose así el derecho de defensa en el juicio, las demás partes deben ser notificadas de la realización de la entrevista en la Cámara Gesell.

La Cámara Gesell es una habitación acondicionada para permitir la observación con personas. Está conformada por dos ambientes separados por un vidrio de visión unilateral, los cuales cuentan con equipos de audio y de video para la grabación de las entrevistas. (Zanetta, 2004).

El dispositivo se configura en cuanto espacio especial para obtener la información sobre los hechos investigados a través de una entrevista con el niño víctima y con el apoyo de un facilitador, un psicólogo experto en técnicas de entrevista, quien se encuentra encargado de dirigirse directamente a la víctima de modo que no tenga sobre sí varias miradas. Desde el recinto exterior de la cámara el Fiscal competente coordina todo el proceso, no mediante un interrogatorio, pero a través de una

escucha humanizada interdisciplinaria donde esta diligencia puede ser registrada en soporte magnético que permite su visualización y audición en distintas etapas del proceso.

Los delitos contra la integridad sexual infantil conllevan por ley una investigación especial y diferenciada por parte de los órganos competentes. Sin embargo, la práctica sigue presentando desafíos singulares desde la administración de la justicia, de los cuales siempre están en juego la credibilidad del testimonio del niño, así como la validez del procedimiento de entrevista en Cámara Gesell y la grabación del procedimiento como prueba válida para las etapas del proceso.

2.c.5. La decisión en el juicio: 1ª y 2ª instancia

En la fase de instrucción las pruebas que hayan sido producidas son evaluadas y juzgadas en primera instancia por un único juez. En el caso de que condenas hayan sido dictadas en la etapa del juicio, para determinados resultados se podrá recurrir a una nueva decisión en 2ª instancia, como las Cámaras de Apelaciones. La instancia responsable por decidir ante los recursos de inconstitucionalidad, casación y revisión (Art.23) es la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Para concluir, tras una primera caracterización del panorama judicial en el cual circunscribe esta tesis, el próximo capítulo presenta una perspectiva sociohistórica de la ley N° 25852. La entrevista en profundidad con el ex juez de Cámara Carlos Rozanski, autor de la normativa y especialista en los temas de maltrato infantil y abuso sexual infantil de la mano con aportes teóricos reflexivos da cuerpo a su historia más reciente.

Capítulo 3 – “Sicronicidad” entre paradigmas: el proceso sociohistorico de la “Ley Rozansky”

En la historia de la niñez, el movimiento de protección de los derechos del niño durante el siglo XX tiene como manifestación más significativa la aprobación de la Convención Internacional sobre los derechos del Niño (Bruñol, 2001). Constituida como la división de aguas fundamental en la historia de los derechos de la infancia en América Latina, García Méndez (2001) afirma que “esa división ha sido marcada entre los principios de la doctrina de la situación irregular que inspiraban, sin excepción todas las legislaciones de menores del continente y el nuevo paradigma de derechos con base en la doctrina de la protección integral, inaugurado por la Convención.” (p.62)

Desde una perspectiva jurídica, la Convención representa un esfuerzo de reafirmación y de consolidación de los derechos del niño. (O’Donnell, p.23). Para este autor, la Convención reafirma el lugar del niño en el derecho internacional, dejando de ser mero objeto del derecho a una protección especial, convirtiéndose en sujeto de todos los derechos reconocidos por la normativa internacional como “derecho de toda persona.” En el orden internacional, la Convención en su artículo 12 ha sido el primer marco normativo que ofrece bases factibles para que el derecho del niño a ser oído en juicio sea garantizado y que su opinión sea considerada por los Sistemas de Justicia (Dos Santos, Viana, Batista, 2017). Con el fin de las dictaduras militares en toda América Latina, a partir de la restauración de la democracia, Rozanski (2003) afirma que el Estado argentino ha asumido esa nueva percepción, “se ha integrado a la comunidad internacional, subscribiéndose y ratificándose de acuerdo con los nuevos paradigmas finalmente ha legislado internamente.” (p.24)

En esta perspectiva este capítulo se propone a explorar el proceso que ha originado la Ley N° 25852¹⁵, popularmente conocida como “Ley Rozanski” en alusión al distinguido magistrado Carlos Rozanski¹⁶, autor de la normativa que modificó el acceso y el tratamiento judicial a niñas, niños y adolescentes víctimas de violencia sexual en procesos penales, inaugurando un nuevo paradigma de escucha judicial en el Sistema de Justicia. Siendo así ha guiado nuestro abordaje acerca de la experiencia inaugurada en Argentina en materia de testimonio infantil la noción de paradigma de Kunh (2004), sugerida en cuanto saberes y prácticas “que definen ejemplos aceptados de la práctica científica real – ejemplos que incluyen al mismo tiempo, ley, teoría, aplicación e instrumentación -

¹⁵ Nombre popular atribuido a la Ley N° 25852 por ser de autoría del ex juez de Cámara, el Dr. Carlos A. Rozanski, que ha reformado el Código de Proceso Penal al introducir los artículos 250 bis y 250 ter acerca del procedimiento de toma de declaraciones testimoniales junto a niñas, niños y adolescentes víctimas de violencia sexual en procesos penales

¹⁶ Su vasto conocimiento acerca de la problemática social de la violencia sexual infantil afuera y adentro del sistema de justicia, así como su experiencia profesional en tribunales penales ha hecho primordial su participación para el análisis de la problemática de la violencia sexual infantil que subyace los sentidos de este trabajo.

que proporcionan modelos de los que surgen tradiciones particularmente coherentes de investigación científica.” (p.34), desde su origen hasta a su dimensión actual.

3.a,Argentina: un nuevo paradigma en materia de testimonio infantil

Desde el fin de los años 90 la Cámara Gesell viene siendo utilizada para la realización de entrevistas con niños, niñas y adolescentes en procesos terapéuticos en Argentina. (Dos Santos y Batista, p. 99). Según esos autores la Cámara es un dispositivo destinado a la observación del comportamiento infantil que está constituido por dos ambientes divididos por un espejo unidireccional que permite visualizar desde un lado lo que sucede en el otro pero no al revés. Del otro lado, está la sala en la cual el espejo se transforma en una ventana de observación¹⁷.

En los años subsecuentes, más específicamente en el 2003 con la aprobación de la Ley N° 25852 que reformó el Código de Proceso Penal de la Nación se introdujo de forma pionera y obligatoria en Argentina el uso de la Cámara Gesell en procesos judiciales que involucran niñas, niños y adolescentes como víctimas y testigos de violencia sexual, hecho que cambió el paradigma de escucha judicial, acceso y participación infantil en el sistema de justicia penal.

La experiencia en Argentina se configuró paradigmática por haber sido el primer país a llevar a cabo una reforma jurídica de carácter prohibitivo en la cual jueces y demás funcionarios judiciales fueron prohibidos por ley de interrogar directamente a un niño, una niña o adolescente en situación de víctima y testigo en el sistema de justicia. (Dos Santos y Batista, 2009). En su lugar, la escucha/entrevista es realizada en ambiente amigable con niños/niñas – la Cámara Gesell - hecha exclusivamente por un psicólogo infantil. La investigación “Depoimento Sem Medo¹⁸” [Testimonio Sin Miedo] ha registrado 28 experiencias no revictimizantes en materia de testimonio infantil en 28 países distribuidos en los cinco continentes, de las cuales solamente Argentina presenta un marco normativo con esas características, es decir prohibitivas con respecto a la intervención de los llamados operadores del derecho.

¹⁷ http://www.childhood.org.br/wp-content/uploads/2013/10/DSM_Livro_portugues1.pdf

¹⁸ Disponible en http://www.childhood.org.br/wp-content/uploads/2013/10/DSM_Livro_portugues1.pdf [Consultado en septiembre 2018)

La tabla.1 a seguir describe un panorama entre *antes* y *después* de la Ley N°25852 permitiendo una mejor visualización acerca de los principales cambios registrados:

Tabla 1. Panorama de la Ley N° 25852

Ley N° 25852 “Ley Rozanski” (2003/2004)	
Antes	Después
1.No existía normativa específica para la declaración testimonial de niñas, niños y adolescentes víctimas de delitos sexuales	1.La ley es aprobada creando los términos para que el niñas, niños y adolescentes víctimas de delitos sexuales puedan declarar en procesos penales
2.Los niños y niñas no figuraban de modo específico en el Código de Proceso Penal	2. Los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales hasta los 16 años (Art. 250 bis) y no hubieren cumplido los 18 años (Art. 250 ter) ganan descripción específica en el Código de Proceso Penal
3. Los niños y niñas y eran tratados como testigos adultos	3. Los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales hasta los 16 años (Art. 250 bis) y no hubieren cumplido los 18 años (Art. 250 ter) ganan medidas especiales de protección
4.Las declaraciones testimoniales eran realizadas en audiencias tradicionales	4. Las entrevistas con los niños, niñas y adolescentes son realizadas en la Cámara Gesell dispositivo constituido por dos ambientes separados por un espejo unidireccional
5Los jueces y las partes presenciaban de forma directa el interrogatorio intimidando la víctima	5.Los jueces y las partes presencian la entrevista de forma indirecta a través de espejo unidireccional en el cual el niño no ve que está siendo observado por funcionarios judiciales
6. Los jueces interrogaban de forma directa a la niña, niño o adolescente víctima	6. Exclusivamente, el psicólogo infantil conduce la entrevista con la niña, niño o adolescente
7. Los jueces eran la principal autoridad para interrogar toda y cualquier víctima	7. Los jueces están prohibidos de dirigirse directamente a las víctimas cuando tengan menos de dieciséis años.
8. La víctima declaraba en sistema abierto, delante del imputado bajo fuerte estrés e intimidación	8. La víctima no tiene contacto con el imputado mientras es entrevistada por un experto PSI en recinto amigable fuera de la sala de audiencia
9. Las partes defensores y fiscales se dirigen a la víctima para hacer preguntas	9. Las partes defensores y fiscales, tal como los jueces están prohibidos de dirigirse a la víctima para hacer preguntas
10. El psicólogo actúa exclusivamente como perito parte del Cuerpo Médico forense bajo la coordinación del juez	10. El psicólogo infantil es el responsable por establecer la debida comunicación con la víctima a través de herramientas de la psicología acordes a su edad, etapa evolutiva y condición de trauma
11. Los peritajes especializados son utilizados para evaluar y corroborar el relato del niño según criterios forenses	11: El psicólogo entrevista la víctima a través de técnicas de entrevista evaluadas por la comunidad científica como aquellos que minimizan los impactos revictimizantes de la experiencia en tribunales
12. La credibilidad del relato del niño es cuestionada reiteradamente	12. El relato del niño es considerado de forma directa sin intérpretes.
13. La prueba era controlada por las partes durante la audiencia	13. La prueba es controlada por las partes durante la entrevista desde uno de los dos ambientes de la CG ubicado del otro lado del espejo
14.La audiencia era registrada en los autos tradicionales	14. La entrevista es videograbada cuya copia puede ser solicitada por el tribunal y partes en distintas fases del proceso

Fuente: original trabajado por la autora de este trabajo

Con la introducción de los artículos 250 bis y ter en el CPPN el proceso que se ha inaugurado cambió radicalmente el procedimiento tradicional en el cual los niños eran tratados como testigos adultos. Desde un lugar formal la experiencia llevada a cabo en Argentina ha influenciado reformas afines a su contenido en varias provincias argentinas¹⁹, diseminadas de manera adaptada para otros países en la región.

3.b. Escenarios previos en materia de delitos sexuales: las disposiciones del Código Penal

En Argentina el Código Penal vigente en materia de delitos sexuales, hasta 1999 mantenía las concepciones imperantes en la época de Alfonso X, lo que hoy se aprecia modificado Título 3, que hasta ese año se denominó “Delitos contra la honestidad”(Rozanski, 2003, p.23). Particularmente en la Provincia de Buenos Aires las primeras interpretaciones entre derecho privado de persecución pública relacionadas a los delitos sexuales tienen fecha en el año 1877, cuando fue sancionado el primer código penal. (Sedeillán, 2009, p.100).

La interpretación de los jueces que en los delitos de violación y estupro la justicia no podía proceder de oficio, sino a querrela de la interesada, según la autora ha ocasionado profundas transformaciones en la práctica jurídica. Para ella, esta regulación del procedimiento judicial ha resultado en “más un obstáculo para la protección de los derechos de las víctimas que un beneficio, ya que al encontrarse estas limitadas para tomar parte en el proceso judicial como querellantes, implicaba la imposibilidad de que los imputados fueran penalizados”. (Sedeillán, 2009, p.100).

Algunos factores como la dicotomía entre delito privado y persecución pública marcada en la figura ambivalente del Ministerio Público Fiscal; el amplio margen que los jueces tuvieron para interpretar los códigos, la supervivencia de formas anteriores del derecho y la importancia de los elementos culturales han influenciado notablemente la mentalidad de los jueces atravesando la historia del derecho penal en materia de lo que antes era configurado como *delito contra la honestidad*, hoy *delitos contra la integridad sexual*.

¹⁹“Este trabajo se enmarca en la iniciativa conjunta que UNICEF y la Asociación por los Derechos Civiles (ADC) realizan desde 2009 junto con los poderes judiciales y organismos administrativos de ocho provincias en pos de conseguir que los niños, niñas y adolescentes que atraviesan situaciones de violencia y abuso reciban una respuesta oportuna, respetuosa de sus derechos y acorde con las obligaciones internacionales asumidas por el Estado argentino.” (p.3) Guía de recursos para el abordaje y la protección integral de niños y niñas víctimas de delitos o violencia. Provincia de Jujuy. www.proteccioninfancia.org.ar (2015) disponible en: <https://adc.org.ar/causes/proteccion-y-acceso-a-la-justicia-de-ninos-ninas-y-adolescentes-victimas-y-testigos-de-delitos-y-violencia/>[Consultado en septiembre 2018]

En el año 1999 el Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso sancionaron la Ley N° 25.087 que reemplazó la rúbrica del Título III del Libro Segundo del Código Penal “Delitos contra la honestidad” por el de “Delitos contra la integridad sexual”. La ley N° 25.087 ha creado nuevas figuras penales como el "abuso sexual" que surgió de la descripción de la acción típica de los nuevos tipos penales modificando el art.119 del Código Penal, reemplazándolo por reglas de las cuales se extrajo la actual figura del abuso sexual. Finalmente constituido Abuso Sexual Gravemente Ultrajante el tipo penal cuyas modificaciones han sido incorporadas en la nueva legislación como aquéllos que:

- a) causaren un grave daño en la salud física o mental de la víctima; b) fueren cometidas por ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, tutor, curador, ministro de algún culto reconocido o no, encargado de la educación o de la guarda; c) el autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave, y hubiere existido peligro de contagio; d) el hecho fuere cometido por dos o más personas; o con armas; e) el hecho fuere cometido por personal perteneciente a las fuerzas policiales o de seguridad, en ocasión de sus funciones; f) el hecho fuere cometido contra un menor de dieciocho años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo.

La problematización sobre la naturaleza de los delitos sexuales como siendo de instancia privada ante la dificultad para que la acción sea pública ha sido ampliamente trabajada en la historia social y política del derecho penal argentino.(Riva, 2014, p.3) La diferencia entre “hallar justicia y ver frustradas sus expectativas” marcada por las determinaciones entre quienes podían denunciar y llevar la acción fue subrayado como “la lucha por el reconocimiento del Ministerio Público Fiscal como una de las partes del proceso que por derecho propio implicó para muchas víctimas y sus familias la posibilidad de acceder a la justicia”. (Riva, 2014, p.19). Sin pretender brindar un registro exhaustivo y al echar luz a la historia de los delitos sexuales cuando hablamos de posibilidad de alcanzar a la justicia, el acceso a la justicia en casos de violencia sexual infantil se muestra más cercano a la absoluta injusticia cuando los sujetos que la buscan son niñas, niños y adolescentes.

3.c.Violencia sexual infantil: impunidad versus mentalidad

Puntualmente en Argentina, la extensa normativa protectora de los derechos humanos hoy vigente, todavía no ha sido debidamente incorporada al imaginario jurídico. Eso no solo ha dificultado su cumplimiento, como ha atravesado transversalmente todo el ámbito de la intervención en los casos de delitos cometidos contra niños. (Rozanski, 2003, p.23). La impunidad de delitos sexuales contra niñas, niños y adolescentes en Argentina, en cierta parte refleja la dificultad que tienen los jueces para incorporar las normativas vigentes en el nuevo paradigma marcado por la Convención.

Del otro lado se contraponen la “resistencia de algunos jueces que toman sus decisiones inspirados en antiguos parámetros, hoy claramente desactualizados”.(Rozanski, 2003, p.96). El andamiaje jurídico-burocrático de tratamiento de la minoridad fundado principalmente sobre la Ley 10903 de Patronato de Menores de 1919 ha sufrido críticas cuando la Convención Internacional de los Derechos del Niño de 1989 se configuró un marco legítimo para fundamentar la necesidad de derogar forma urgente de la citada ley.[...] que según Julieta Grinberg entre la “doctrina de la protección integral” construida sobre la Convención de los Derechos del Niño y la “Doctrina de la Situación Irregular” sobre la Ley 10903 de Patronato de Menores se ha establecido una mirada dicotómica, estereotipada, al mismo tiempo moralizante que ha comportado los sistemas jurídicos, las instituciones y agentes que les dan vida. “En este contexto, los jueces y magistrados judiciales fueron contruidos por los activistas de la nueva causa por la infancia como sus “adversarios.”(Grinberg, 2013, p.322)

En este contexto, marcado por la estrecha vinculación entre la mala intervención por parte del Sistema Judicial y las bajas condenas para delitos contra la integridad infantil, una diversidad de factores atraviesa los operadores del derecho, entre ellos, los mitos y prejuicios impregnados en la mentalidad de los jueces, particularmente acerca del fenómeno de la violencia sexual infantil en comparación con otros delitos, robo, por ejemplo²⁰. Sin embargo, esta configuración se muestra paradójica una vez que niñas, niños y adolescentes que se encuentran en situación de víctima y/o testigo de algún delito involucrados en investigaciones judiciales y criminales, casi invariablemente tienen como el motivo más probable para que entren en contacto con el sistema de justicia la denuncia de abusos de los cuales son también las principales víctimas. (Goodman, 2008 citada por Dos Santos e Batista, 2009, p.21).

A todo eso, se suma el ámbito inapropiado en cada etapa del proceso, que en “la mayoría de los casos se la silenciará, o bien se crearán las condiciones para que la niña modifique su relato y se retracte.” (Rozanski, 2003, p.91). Como consecuencia, pese a las normativas de Derechos Humanos vigentes en la actualidad se perpetúa el problema de la revictimización de niños y niñas en el sistema de justicia. Se ha buscado establecer algunas conexiones socio históricas para una mejor comprensión acerca de las modificaciones que sucedieron en materia de testimonio infantil dentro de

²⁰ “[...] Como se puede apreciar a diario, el trato que suele darse a las mujeres (adultas y niñas) víctimas de agresiones sexuales, difiere notoriamente del que se dispensa a quien ha sufrido un robo o una estafa. Los aludidos mitos y prejuicios de género, actúan tanto al momento de disponer medidas, como en el momento concreto del juicio oral. Así, a ninguna víctima de robo se le pregunta si “sacudía la muñeca exhibiendo provocativamente el reloj que le fuera sustraído”, mientras que en casos de delitos sexuales se alude con frecuencia a una posible provocación por parte de la víctima”(Rozanski, C., 2003, *Abuso Sexual Infantil, Denunciar o Silenciar*, p.93, 221p.)

las particularidades del Código de Proceso Penal de la Nación, en particular, los artículos 250 bis y ter incluidos con la aprobación de la Ley 25852 que rigen el procedimiento de escucha de niñas, niños y adolescentes en el sistema de justicia.

La conformación de un nuevo paradigma de escucha judicial junto a niñas y niños, hoy vigente en Argentina, inaugurado a partir de la Ley 25852 nos instiga a profundizar el análisis de prácticas relativamente recientes en los tribunales a raíz de la problemática sociopolítica de los tribunales argentinos en materia de violencia sexual infantil, así como los desafíos para la democratización del acceso a la justicia en materia de testimonio infantil.

3.d.Los testimonios de niñas y niños en sede judicial: el procedimiento

Concernientes a las injusticias históricas y actuales en materia de acceso a la justicia en casos de violencia sexual infantil, algunos obstáculos fueron mencionados como la tradicional y prejuiciosa cultura jurídica en materia de delitos sexuales, en especial contra la mujer, considerados delitos de ámbito privado históricamente. Cuando asociados a las dificultades de persecución pública por parte de las instituciones responsables, como el Ministerio Público Fiscal, se echa la luz sobre la rutina institucional que atraviesan las víctimas de delitos sexuales, en su gran mayoría niñas, pese a las normas protectoras que rigen el procedimiento judicial vigente en la actualidad.

Conforme señalado en el capítulo 2, la mala intervención tiende a ocurrir aún en la fase inicial, es decir, desde la denuncia en la cual la niña víctima es reiteradamente expuesta a las condiciones adversas. En su libro *Abuso Sexual Infantil, denunciar o silenciar* Rosanski (2003) dedica un capítulo completo²¹ a una especie de paso a paso por el cual “la niña abusada ante la justicia” se ve obligada a atravesar. Según el magistrado el foco de la justicia penal está en el esclarecimiento de los hechos y sanción de los responsables, perdiendo de vista la obligación prioritaria en casos de niñez que es la protección del niño. Desde el ámbito policial, lugar en el cual se registra la denuncia en la mayoría de los casos, en el cual sufre diversas “exposiciones” innecesarias para una persona víctima de violencias. A eso se suman las condiciones de traslados de la niña durante la fase de instrucción judicial; la niña durante la denuncia, el rol del juez de instrucción y por fin el interrogatorio en la fase de instrucción. (p.116-129). Ante factores propios y específicos del fenómeno, sumados a las condiciones inapropiadas que se presentan en el paso a paso institucional, el magistrado enfatiza que se disminuye notablemente la posibilidad de que un niño o niña relate verbalmente los hechos sufridos (Rosanski, 2003, p.126)

²¹ Capítulo 8

3.e. Componentes histórico-reflexivos de la ley 25852

El material de análisis en el cual se funda esta sección comprende la entrevista en profundidad con el ex juez de Cámara Carlos Rozanski, autor de la Ley N° 25852, algunos documentos como aportes teóricos que juntos a su relato van componiendo un análisis sociohistórico de la experiencia de elaboración de la ley y de forma simultánea alimenta el proceso reflexivo acerca de las prácticas judiciales junto a niños en nuestras sociedades. Con larga trayectoria comprometida con la nueva causa en torno a la infancia inaugurada por la Convención de los Derechos del Niño (CDIN), Carlos Rozanski no sólo es un activista en esta causa, como de propio puño y letra ha redactado la Ley N°25852 que dio origen al nuevo paradigma de escucha de niñas, niños y adolescentes víctimas en el sistema judicial penal.

Arriesgándonos a relacionar el concepto de *sincronicidad* como alude Jung (2004/2011) en cuanto “la simultaneidad de los sucesos vinculados por el sentido pero de manera acausal” y conexiones entre la CIDN con el nuevo paradigma de escucha judicial inaugurado por la Ley 25852, cierto es que este proceso ha sido marcado por dinámicas socioculturales, contingencias que articuladas entre sí influenciaron la elaboración de la ley N° 25852.

Si la sincronicidad se relaciona con la conexión entre el individuo y su entorno, siendo capaz de en momentos determinados generar una atracción capaz de crear circunstancias marcadas por la “coincidencia”, la influencia de la subjetividad de los actores involucrados con la experiencia de llevar adelante juicios con la aplicación de normas tradicionales que no protegían a los niños, en el caso de Carlos Rozanski tuvo impacto decisivo para que la normativa existiera. Como veremos, para el ex magistrado el contexto de un juicio ante una situación de maltrato judicial a una adolescente con diecisiete años, víctima de un delito sexual mientras declaraba como testigo de un tribunal en el cual él actuaba como uno de los tres jueces ha servido como disparador de la necesidad y la urgencia de una reforma en el procedimiento:

“[...] Lo redacté al proyecto en función de un caso específico, de un maltrato brutal a una criatura con retraso mental abusada en la ciudad del Bolsón. Puntualmente, la decisión se dio por estar en un juicio donde hay una criatura de 17 años con una edad mental de 8 que fue brutalmente abusada y tomar conciencia; no tomar conciencia, tener al lado un juez que le está preguntando si no le gustaba el muchacho que le hacía eso y otras preguntas imposibles de creer y eso fue lo que motivó, que intervino diputados y Nación, yo lo denuncié etc. Eso sucedió hace 26 años atrás, por lo tanto, era un momento en el cual ni yo, ni mis colegas estábamos preparados para entender adecuadamente que significaba respetar los derechos de los niños y niñas, ni ese tipo de juicio, además con la mentalidad tradicional que era la que avalaba esta norma. [...] Y a raíz de eso en lo personal se me provocó un clic digamos, como se dice hoy, se me cayó la ficha y tomé conciencia de que sumando lo que había sucedido en esa escena, además de todos los antecedentes, pero la escena puntual de esta criatura, el

resultado era que esa criatura no podría estar sentada ahí. Eso fue todo”.(Entrevista a Carlos Rozanski, mayo, 2018)

La visibilidad de motivaciones personales con fuerte significado simbólico nos permite transitar entre objetividades y subjetividades, las cuales Morin (2002) considera la primera como “elemento primero y fundador de la verdad y validez de las teorías científicas.” (p.16). Dicho de otro modo, Morin afirma que “la objetividad es producto de un proceso en forma de anillo que solo puede ser producido si esa misma objetividad interviene de una forma productora, es decir, movilizadora por el espíritu humano, por el sujeto individual, por la cultura”. (p.17). Por otro lado, también plantea que “la objetividad solo es objetividad si hablamos de los datos, una vez que las teorías son al mismo tiempo subjetivas – objetivas, es decir, tratan de los datos, pero son construcciones, sistemas de ideas aplicados al mundo real”, y que a partir de ahí componen el proceso del anillo del conocimiento cuyas variables humanas, sociales, culturales, lo atraviesan.

Relativo al paradigma de la complejidad, Morin (2002) reconoce la importancia de “enraizar cualquier teoría en la cultura.”(p.27) No obstante, el fuerte determinismo cultural que imprime socialmente formas normalizadoras, por ejemplo, a través de los dogmas el filósofo lo relaciona con las innovaciones, las evoluciones, las revoluciones en el conocimiento (Morin2002, p.27).

Si lo analizamos desde un panorama, por decirlo “objetivo” teniendo como base la Convención que en su artículo 12 presenta las disposiciones sobre el derecho del niño a ser oído en procesos judiciales con el objetivo es mejorar el tratamiento judicial hacia niños y niñas en las instituciones judiciales, lo que Rozanski remarca es, pese a que la Convención contenga dichas disposiciones y haya sido sancionada con rango constitucional en Argentina en el año 1990, la decisión por redactar la ley pasa por “sacar la niña víctima de los juicios”, prohibir su participación en audiencias tradicionales, lo que efectivamente se logró con la ley N° 25852, no obstante, para el magistrado sigue imprescindible un cambio de mentalidad para que los principios de la nueva doctrina puedan ser debidamente asimilados e incorporados en la actual práctica de los tribunales:

“Implicaba e implicó y seguirá implicando un cambio de mentalidad en todo nivel de investigación judicial y policial, porque en ese momento yo partí de la base que todo lo que significaba el abuso para esa criatura era incompatible con el sistema judicial y policial, que estaba estructurado en base a que la criatura tiene que ir a contar lo que pasó y etc. Lo único que se aspiraba en esa época era a mejorar el trato de esa criatura, pero no a sacarla del proceso. Yo lo que trabajo es exclusivamente en sacarla, esa es la diferencia.”(Entrevista a Carlos Rozanski, mayo, 2018)

Las primeras modificaciones empiezan a ser registradas trece años después de la promulgación de la Convención en Argentina, específicamente a partir de la sanción de la ley 25852 en el año 2003. Si “[...] las sincronicidades nos retan a construir un puente con un fundamento apoyado sobre la objetividad de la dura ciencia y el otro, sobre la subjetividad de los valores personales.” (Peat, 2001,p7), los elementos que nos expone Rozanski acerca de su primer contacto con los juicios tradicionales de derecho penal federal, llevados adelante con la normativa y la perspectiva histórica tradicional que tangencialmente compusieron el proceso embrionario de la ley, que popularmente lleva su nombre, nos sirven para graficar la sincronidad expresa en relaciones significativas entre la objetividad del proceso penal en búsqueda por la verdad real y las subjetividades involucradas, como la empatía o la no empatía entre el juez y la víctima, concepto relativamente reciente en el ámbito judicial:

“En mi experiencia personal, llevar adelante juicios por delitos graves criminales donde los niños, niñas y adolescentes han sido víctimas, especialmente delitos sexuales en lo personal significó un desafío muy grande porque es altamente impactante para cualquier juez. [...] El niño es un testigo que se sienta, que puede tener alguna dificultad, que seguramente algo le pudo haber pasado, pero eso no llegaba, a menos de mi parte, no modificaba el nivel de angustia y el impacto que significaba la criatura delante de extraños, además del impacto que claramente ocasiona, pero no en todos los jueces, ese impacto solamente se produce en aquellos jueces que tienen empatía con la víctima [...] Eso es un concepto que no existía antes, no se consideraba requisito, al contrario, en algunos casos desmerecía la supuesta objetividad de un juez, que además nunca es objetivo porque está atravesado por su propia subjetividad, entonces en aquellas épocas aceptar que esa subjetividad atraviesa el pensamiento de quien está analizando un hecho desmerecía la seriedad de ese juez, lo cual es exactamente al revés del paradigma actual de lo que es la empatía.[...] Y en el caso que yo mencionaba de muchos jueces que he conocido, doy fe que así es, no solo no tenían empatía, sino que intentaban mostrar una frialdad que en algunos casos tenían, en otros simulaban como que por su profesionalismo no les afectaban lo que estaban viendo o escuchando”.(Entrevista a Carlos Rozanski, mayo, 2018)

El modo en el cual Rozanski se va involucrando con el proceso para cambiar el tratamiento revictimizante de niñas, niños y adolescentes por parte del Sistema de justicia sugiere un “reconocimiento de la complejidad del problema de la objetividad, que a su vez, exige la participación de múltiples intervinientes y actores, para la constitución de ese proceso autoprodutor del conocimiento científico” (Morin, 2002, p.17).La referencia a zonas débiles en ese “*imprinting*” social de la cultura en el cual desvíos pueden suceder, eventualmente desarrollarse y volverse tendencia” también fue subrayada por Morin. Transitando entre su conocimiento y participación en juicios sobre delitos sexuales contra niñas, niños y adolescentes con su propia subjetividad, Rozanski contextualiza el proceso de elaboración de la Ley:

“[...]De entrada tomé conciencia que había algo que no estaba bien, ni en la ley, ni en la mentalidad de los jueces que estábamos haciendo los juicios. Cuando yo tomo conciencia contra todo lo que aprendí y aprendí en una facultad de derecho, que esa criatura no puede estar sentada, ahí comienza el proceso de decisión de redactar una ley para sacar esa criatura de ahí”.(Entrevista a Carlos Rozanski, mayo, 2018)

La subjetividad subyace el relato del magistrado aludiendo lo explicado por Morin como “la importancia en ver, percibir no solo el tejido determinista, pero también las fallas, los huecos, las zonas de turbulencia de la cultura, donde efectivamente brota lo nuevo” (2002, p.28), componentes que permean el relato de Rozanski:

“Estamos hablando del derecho de la condición sine qua non. Si en el Bolsón este día esa criatura no hubiese sido maltratada esta ley no sale. Fue maltratada, yo estaba sentado ahí, yo dije ese tipo es un perverso, pero que novedad, sabemos que hay tipos perversos, acá el problema es como lo cambiamos.”(Entrevista a Carlos Rozanski, mayo, 2018)

Además de la influencia de los elementos subjetivos y objetivos en el rol de los jueces, Rozanski los relaciona con la importancia central de los sistemas de enseñanza para una formación teórica, conceptual más diversa de los abogados. En este sentido, Rozanski parte de la consideración de Foucault (1992) el modo en que se refiere a procedimientos y sistemas de dominación a partir de procesos de normalización del poder en los sistemas educativos. Según Foucault (1992) “lo normal se establece como principio de coerción en la enseñanza con la instauración de una educación estandarizada y el establecimiento de las escuelas normales”. (p.189) Asumiendo esta perspectiva teórica el magistrado Carlos Rozanski enfatiza la necesidad de transponer las “fronteras” de la doctrina jurídica a través de la enseñanza del derecho, como también contemplar contenidos a través de distintas disciplinas que considera imprescindibles, tanto para la profundización teórica, como para evitar interpretaciones equivocadas. De ese modo se favorece la adecuada reflexión de problemáticas sociales que van más allá del derecho, sin las cuales las “soluciones posibles” definidas por los tribunales corren el riesgo de no mostrarse razonables:

“[...] Es un tema central porque por lo menos en mi experiencia aquellos jueces que en nombre de la objetividad alegan un profesionalismo que los mantienen fríos ante hechos que no pueden mantener los seres humanos. A mí me sorprendía muchísimo porque yo estaba sacudido y conmovido con la barbaridad de los hechos. No afectaba mi imparcialidad, que no es lo mismo que mi objetividad, que no la tenía, ni la tengo, ni la tendré, pero si la imparcialidad. Hay una confusión muy fuerte entre los que es imparcialidad y subjetividad u objetividad, es una deuda grande de la enseñanza del derecho. En el caso de los jueces una parte mostraba frialdad que es incompatible a mí entender con la necesaria empatía para poder analizar adecuadamente los casos, o sea, esa empatía y ese reconocimiento del atravesamiento que uno tiene por su propia subjetividad es requisito para una buena sentencia. [...] Si vos no metes esto en el sistema educativo para la nueva construcción de la subjetividad, lo que necesitamos es construir la subjetividad de quien luego va a terminar

juzgando. Esta es la dificultad más grande que había en aquél momento y que sigue habiendo en muchos ámbitos de justicia no solo en Argentina sino en el mundo”. (Entrevista a Carlos Rozanski, mayo, 2018)

Como juez criminal en un sistema judicial tradicional, Rozanski menciona el modo emblemático e impactante que ha sido llevar a cabo sentencias medianamente justas en procesos judiciales cuyas víctimas eran niñas y niñas, sujetos en doble situación de vulnerabilidad. La emergencia para erradicar la rutina inhumana vivenciada por niños, niñas y adolescentes víctimas en procesos penales quedó evidenciada tanto por su conocimiento acerca de los Derechos Humanos de niños, niñas y adolescentes, los cuales afirma ser “víctimas muy especiales”, como por limitaciones estructurales del sistema de justicia penal tradicional. Desde su experiencia como juez tomó la decisión de redactar una ley con el foco en el procedimiento, cambiarlo a través de medidas especiales de protección en casos de delitos sexuales para aquellas víctimas con menos de 16 años, luego presentársela en la Cámara de los Diputados. Para escribir el proyecto el magistrado afirmó haber llevado 5 años cuya razón ha sido la conciencia de que se trataría de un cambio de paradigma en el procedimiento:

“[...]En el congreso lo que pasó fue lo siguiente: yo para redactar ese proyecto que en total tiene 7 hojas, siete carillas yo tardé cinco años. La razón de esa demora fue porque yo era conocedor de que los diputados y senadores para aprobar una moción, un proyecto que modificara un paradigma tenía que haber una redacción que no admitiera ningún tipo de cuestionamiento. Esa es la explicación de porqué uno tarda 5 años para escribir siete hojas. El resultado fue, más allá de alguna ida y venida que hubo en el Congreso entre diputados y senadores, finalmente termina aprobándose, eso lo encontré en Internet sobre tablas en el Senado”. (Entrevista a Carlos Rozanski, mayo, 2018)

Luego de ser presentado en el Congreso el proyecto de la ley 25852 ha tomado estado parlamentario, ya en tramitación en la Cámara de los Diputados, Rozanski relata haber perdido contacto con la situación del proyecto. Tras aproximados cinco años, entre la redacción hasta su aprobación en el año 2003 finalmente tomó conocimiento de su aprobación ‘sobre tablas’:

“[...]Tomo la decisión, elaboro un proyecto y cuando lo termino lo mando a la cámara de los diputados, a distintos partidos, distintas instancias.[...]Luego pierdo contacto durante años.[...]Para mantener el estado parlamentario tiene que ser tratado, yo desconozco por completo ese proceso hasta que en el año 2003 que ya había pasado 5 años aproximadamente. Había habido discusiones previas sobre algunos aspectos que yo ni siquiera conozco. En el 2003 sale en el diario que se aprobó la ley, sobre tablas. [...]Sobre tablas significa de una manera directa, unánime en el recinto y sin discusión. Yo me entero por el diario.” (Entrevista a Carlos Rozanski, mayo, 2018)

En lo que concierne al modo sobre el cual fue aprobado, “sobre tablas”, como el propio magistrado esclarece como siendo “de manera directa unánime en el recinto y sin discusión”, revela un trasfondo marcado por la complejidad en traducirse la relevancia, justificación y factibilidad de una reforma de procedimiento penal en toda su magnitud en pocas carillas, tanto a nivel de la problemática social en cuestión como de su alcance institucional en distintas instancias y dimensiones:

“De hecho salió como estaba redactado y sobre tablas. Lo cual comprobó lo que muchos años antes yo había pensado que tenía que ser algo que no admitiera discusión, que la criatura no puede ir a juicio. Y la única condición era que fuera con esa redacción original que es la que está en el código hoy, en el Código de Procesamiento de la Nación, está prohibido interrogar niños, traducido sería eso, o sea. Esa ley lo que apuntaba y logró es que tomen conciencia los policías, los defensores, los fiscales y jueces, que no es un tema para interrogar, es un tema para entrevistar. Y no son ellos los que tienen que hacer sino un especialista, esa es la síntesis de la norma”.(Entrevista a Carlos Rozanski, mayo, 2018)

Gracias a la convicción y determinación del especialista Carlos Rozanski lo que podría configurarse como dificultad en el proceso de redactar el proyecto de ley se convirtió en una oportunidad para considerar elementos desde la propia evolución histórica del testimonio infantil, los aportes de distintas disciplinas como la psicología a las prácticas judiciales para luego ensamblarlo a percepciones a raíz de su experiencia como juez criminal. Para él, más que satisfactorio, el resultado del proceso ha confirmado el supuesto de que una vez contemplada la relevancia de la reforma, la misma sucedería sin trabas internas en el Congreso:

“[...] De parte mía la dificultad fue la redacción, era encontrar las palabras exactas para que no fueran cuestionadas. De parte del congreso pudo haber habido discusiones previas sobre algunos aspectos que no conozco, aquellas preguntas que naturalmente surgen cuando hay un modelo histórico de siglos que de vuelta aparece un proyecto le dice saquemos los chicos. El problema es que las razones para sacar a los chicos son lo suficientemente claras y profundas como para que no podamos estar discutiendo”.(Entrevista a Carlos Rozanski, mayo, 2018)

La evolución del proceso científico, particularmente de la psicología acerca de los impactos junto a niños y niñas en situación de trauma ante la experiencia de testimoniar judicialmente ha sido oportunamente observada por Rozanski en cuanto “razones suficientemente claras y profundas para sacar a los chicos de los juicios”, poniendo en jaque la literalidad con la cual se construían verdades y se materializaban las pruebas junto a niños y niñas víctimas de violencia sexual. En efecto, el crecimiento del interés científico sobre las formas de la toma de testimonio de niños, niñas y adolescentes con base en cuestiones relacionadas al desarrollo infantil, no solo ha sido objeto de investigaciones (Dos Santos, Viana y Batista, 2017), como ha impulsado estrategias para mejorar investigaciones, y al mismo tiempo reducir el sufrimiento de esos sujetos en procesos judiciales:

“Históricamente ha habido una evolución importante en el asunto, primero porque hace tres, cuatro décadas prácticamente no se validaban los testimonios de los niños, en segundo lugar porque cuando se validaba era a raíz de un tipo de prueba determinada que en general tenía que ver con una lectura lineal de las pruebas, es decir, si la criatura decía que había sido abusada la lectura que se hacía desde la materialidad que en realidad técnicamente significa la mecánica del hecho. [...] era lo que en general se observaba cuando se lograba llegar a una condena. La evolución fue enorme en ese sentido porque empezó a ponerse en cuestionamiento esa literalidad, sobre todo a partir del conocimiento creciente de parte de la psicología, de las características del fenómeno, de las consecuencias del fenómeno y sobretodo que la existencia de pruebas materiales tradicionales como podría ser un desgarrado o sangre en las ropas, y eso es solo una parte pequeña en materia de abuso sexual, especialmente intrafamiliar”. (Entrevista a Carlos Rozanski, mayo, 2018)

Reconocido el éxito de una aprobación sobre tablas de la Ley N° 25852, podríamos decir que un momento histórico pionero se configuró en las prácticas no revictimizantes de toma de testimonio infantil. Una vez aprobada la nueva ley, las prácticas de los tribunales comenzaron a modificarse, no sin controversias. Para que una conquista sociojurídica pasase efectivamente a ser un derecho material fueron lanzados desafíos que implicaron un cambio radical en el procedimiento judicial junto a niños y niñas.

Si desde el ámbito formal y normativo la nueva ley reguló la obligatoriedad de medidas especiales de protección junto a cualquier persona con menos de dieciséis años que debe ser entrevistada fuera de la sala de audiencia, en ambiente amigable designado Cámara Gesell única y exclusivamente por un profesional experto en psicología infantil, contrariamente, la recepción de los nuevos términos en el ámbito judicial se ha dado de modo controversial y altamente confrontado ante estructura tradicional y dogmática del derecho. Un sistema de protección también ha sido estipulado para los niños, niñas y adolescentes entre de 16 a 18 años e incorporado al art. 250 ter del CPPN: “Cuando se trate de víctimas previstas en el artículo 250 bis, que a la fecha de ser requerida su comparecencia hayan cumplido 16 años de edad y no hubieren cumplido los 18 años, el tribunal, previo a la recepción del testimonio, requerirá informe de especialista acerca de la existencia de riesgo para la salud psicofísica del menor en caso de comparecer ante los estrados. En caso afirmativo, se procederá de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 250 bis.”(Beloff, 2010, p.17)

La declaración testimonial del niño/a víctima de abuso considerada a priori elemento fundamental para la comprobación del delito en la práctica judicial se ha revelado conflictiva. En este sentido Rozanski llama la atención sobre las contradicciones institucionales acerca de la percepción del abuso sexual como problemática social:

“Hay una situación que es muy interesante, que es la siguiente: si el abuso infantil que es tan estremecedor y lo es, ¿por qué un sector de la sociedad, en este caso la justicia actúa como si no fuera estremecedor? Y pretende que no lo es, por lo menos para ellos, es decir como yo soy un profesional yo estoy analizando fríamente el hecho y voy hacer justicia, mentira! Porque si yo no estremezco contra el acto, con el hecho no puedo hacer justicia”. (Entrevista a Carlos Rozanski, mayo, 2018)

Sumado a ello cobra complejidad las configuraciones sobre dicha conflictividad de las cuales se podría mencionar: i) el riesgo de un daño adicional conocido como victimización secundaria o “re victimización”; ii) dificultades debido a las inhibiciones que suelen tener los menores víctimas de abusos para hablar de tan traumáticas vivencias; iii) susceptibilidad a la sugestión o a la manipulación por parte de los mayores (sus padres o mismo la policía), luego riesgo de “contaminación” de los dichos y de consiguientes falsas acusaciones. (Cantón, 2010, p.166-167)

A la complejidad del panorama algunas consecuencias pudieron ser observadas como el creciente cuestionamiento acerca de la credibilidad del relato del niño o el razonamiento inverso de los jueces. Desde experiencia como juez, para explicar el comportamiento de una parte significativa de jueces Rozanski desarrolló el concepto de la comodidad emocional que se refiere al impacto del fenómeno de la violencia sexual infantil sobre los jueces, cuyo efecto termina por influenciar negativamente su decisión en el tribunal:

“La inversión en el razonamiento en cuanto a por qué dudar de lo que el chico está diciendo? Primero, eso es producto de un imaginario de siglos con el cual se resolvía sencillamente el problema cuando aparecía la posibilidad de alguna criatura abusada la respuesta era, los niños mienten, esto durante siglos resolvía el problema, porque entonces si consideramos que los niños mienten, está cerrado el caso. Esto permitió durante siglos no solo la impunidad sino mantener el imaginario de que los niños mienten. Esto es lo que revoluciona la psicología cuando dice hasta cierta edad no está en condiciones de fantasear sobre situaciones sexuales no vividas, por ejemplo, con lo cual derriban ese mito de que los niños mienten. Pero decía que no es la única, no hay solo una razón por la cual se le descreen de los niños o se invierte el razonamiento. Hay cosas que tienen que ver por ejemplo con lo emocional de quien está juzgando. Por lo menos en mi experiencia y yo le puse un nombre en su momento a eso que es la comodidad emocional, es decir, desde mi punto de vista, hay muchos jueces que se sienten más cómodos si el hecho no pasó. Entonces eso condiciona también su forma de observar la prueba que tiene delante”. (Entrevista a Carlos Rozanski, mayo, 2018)

Como fue mencionado anteriormente, cierto es que ambos factores tienden a impactar las bajas condenas y la permanente impunidad para delitos de naturaleza sexual contra niñas y niños. La dificultad de producirse pruebas en delitos contra la integridad sexual de niñas, niños y adolescentes, o la insuficiencia de pruebas como su resultado, ambas reflejan las configuraciones que excluyen los deberes de prestación positiva del Estado para este tipo de víctima. Para Berlinerblau (2009) al principio de los 90 hubo un resurgimiento de escepticismo respecto a la credibilidad de los niños la insuficiencia de políticas de acceso a la justicia cuando de la condición de víctima de un delito no solo estuvo favorecida por, como estuvo enmarcada en “los estudios que se focalizaron desproporcionadamente en las debilidades de los niños, sus potenciales al exagerar la tendencia de los niños a dejarse sugestionar y por ello se enfocaron en cómo no entrevistar niños.”(p.148)

Ante la dificultad de producción de pruebas, una vez aprobada la ley entró en vigor para casos de delitos contra la integridad infantil, primeramente en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por tratarse de una ley de ámbito federal. Entre los aspectos controversiales podemos destacar aquellos que se encuentran entre la garantía de resguardar la integridad física y emocional del niño ante las exigencias procesales de garantizar aquellos tipos de prueba en los cuales se podría encasillar la declaración del niño.

Con base en fallos relativos a declaraciones testimoniales realizadas en Cámara Gesell a raíz del artículo 250 bis del CPPN desde su aprobación se ha instalado un acalorado debate, no solamente dentro del sistema de justicia, pero en todo el sistema de protección infantil, universidades, entre otras instituciones. Abad (2016) hace hincapié en lo controversial que ha sido acompañar el proceso de implantación de una ley que otorga valor de prueba y establece medidas estrictas para tomarla en el momento del juicio, sin embargo, las prácticas judiciales que se materializan en las sentencias no reflejan la condición establecida por los nuevos paradigmas de protección infantil: la Convención y la nueva ley de protección del testimonio infantil²².

²² Las condiciones que esta ley dispone para recoger la declaración testimonial, tienen como fin, no solamente resguardar su integridad, como hacíamos referencia anteriormente, sino también permitir que el niño despliegue todas las formas discursivas que tiene a su alcance, más allá de lo verbalizado, tales como expresiones gráficas, dibujos, imágenes, comportamientos: agresividad, angustia, risa, llanto e incluso el mostrarse desinteresado en la situación.[...]Cuando el sistema jurídico aloja la palabra del niño cumple también una función terapéutica, en tanto abre el camino para que lo que es puro trauma y dolor encuentre modos de ser subjetivado y dimensionado. Poner en palabras, en dibujos, en juego, etc., lo traumático es una forma de ir calmando su efecto. En definitiva es otorgar un lugar como sujeto de derecho, más allá de las particularidades de la infancia.(Abad, 2016)

Controversialmente, si para el sistema penal la comprobación del delito es la condición sine qua non para llegar a la ‘verdad’, a la justicia ante un hecho delictivo, principios que más allá de expresar la configuración tradicional del sistema jurídico, expresan la tensión normativa entre los Derechos Humanos previstos en un estado de derecho, el de defensa de un imputado ante a los derechos del niño víctima.

Concerniente a la ley N°25852, un significativo avance ante la tradición dogmática de los sistemas jurídicos estuvo subrayado por el magistrado. Según evalúa, la ley que ha cambiado el paradigma de escucha judicial no ha permitido el encasillamiento de los principios que subyacen las medidas de protección ahí previstas bajo los muros del sistema penal dogmático tradicional. De la mano de la psicología lo trasciende, transita por distintos aspectos de la condición humana infantil para efectivamente analizar “los tipos de prueba”, luego “generar convicción”, sentidos y discursos recurrentes en la doctrina jurídica:

“Como históricamente todos los sistemas procesales son dogmáticos, entonces tienen encasillados el tipo de prueba, en que capítulo lo ponemos, etc. El avance que se produjo, que es paradigmático, la modificación del paradigma es que este no es un tema que se puede encasillar en un capítulo específico y sacarlo del otro porque si no vamos a estar discutiendo el sexo de los ángeles, o sea, acá la discusión no es si es una prueba testimonial o pericial, ¿por qué? Porque si es testimonial le vamos a requerir las características del testimonio y nos vamos a equivocar porque es una criatura que tiene particularidades de lo que ha vivido, particularidades por estar en una etapa evolutiva determinada en vez de ser un adulto, entonces ya no encasillar como testigo tradicional. Si lo ponemos como objeto de pericia exclusivamente le vamos a querer explicar toda la normativa para las pericias y eso que trajo la discusión lleva hace 20 años, ¿qué es, un testigo o una prueba pericial? Entonces cada profesional va a defender desde su quinta el rol que tiene ese profesional dentro del proceso cuando en realidad con las criaturas, lo único que se debe hacer, lo único que se puede hacer es entrevistarlas y el resultado de la escucha es lo que después va a integrar un espacio en esa sentencia, que si es de convicción va a ser de condena y si no de absolución. Pero son dos ámbitos que todavía no se han logrado diferenciar en ningún país del mundo”. (Entrevista a Carlos Rozanski, mayo, 2018)

Es en este contexto, un fuerte cuestionamiento procesal y jurídico marcará los años que siguen y las tensiones entre una participación protegida del niño y los medios de prueba, la tensión ante una disyuntiva entre el poder judicial y la red de protección pese los aportes de la psicología en el sistema de justicia. Para Rozanski el sistema aún no ha logrado captar la nueva perspectiva reformista de la ley N° 25852 sobre la no re-victimización de niñas, niños o adolescentes, que no solo evita la victimización secundaria por el sistema de justicia, como potencia la reparación de una situación traumática vivenciada por un niño/niña víctima y testigo de violencia sexual. En un sistema enmarcado por la ley N°25852, más allá de que capítulo está en el CPPN, si bien aplicada ofrece las

condiciones dignas de acceso, protección y adecuada resolución. Dicho de otro modo, las condiciones para hablar y efectivamente ser escuchado:

“Cuando salió la ley empezó de entrada toda una discusión si es una pericia o se era una declaración testimonial y yo vengo sosteniendo desde aquel momento, no es ninguna de esas cosas y no debemos, ni podemos ponerle nombre particular, es una entrevista que se hace a una criatura y esa entrevista arroja un resultado determinado, si está bien hecha, si siempre arroja un resultado bueno o malo, me refiero, la entrevista arroja un resultado, ese resultado forma convicción, si es una prueba, lo que no debemos es entrar en la discusión que tipo de prueba es.[...]Esa condición de sujeto y la particularidad que tiene como sujeto, el niño, la niña y el adolescente lo diferencia en el testigo, que es lo que todavía el sistema no logró captar. La criatura víctima, más allá en qué lugar se la ubica en los códigos procesales, la criatura que padeció un abuso no debe ir al proceso, ni como testigo, ni como objeto de pericia”. (Entrevista a Carlos Rozanski, mayo, 2018)

La cuestión paradigmática inaugurada por la ley 25852 en el Código de Proceso Penal gana una dimensión dialéctica y dialógica entre paradigmas: el primero la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño que transforma la condición de sujeto en situación irregular para un sujeto de derechos a la protección integral, el segundo la Ley 25852 que en sincronidad con la Convención inaugura el paradigma de escucha judicial infantil. Si aludimos en cuanto paradigma el conjunto de prácticas y teorías que definen una disciplina, que define los métodos, los problemas que legítimamente debe abordar una disciplina (Khun,1962-2004) cierto es que la Convención representó un cambio de paradigma en la protección infantil, como también la Ley “Rozanski” ha logrado un cambio paradigmático en las prácticas judiciales volcadas al acceso y la protección de niñas y niños víctimas. La idea de sincronidad relaciona ambos paradigmas a contingencias que articuladas entre si, en distintos niveles, con trayectorias distintas establecen una relación dialógica en la cultura jurídica, así como en la práctica judicial en materia del testimonio infantil:

“[...]Esta ley lo que hacía y hace es modificar el concepto de lo que es la escucha, en ese sentido fue positivo en todos lados, más allá de la polémica que generó y va a seguir generando, que es un tema polémico.[...] Lo que sucedió al comienzo tiene que ver con la educación tradicional en derecho que la norma hay que obedecerla, tiene que ser obedecida por los jueces, por lo tanto aparece una norma que debe ser obedecida, pero que la ideología del juez rechaza, o quiere rechazar, el tiempo fue favoreciendo esta evolución, porque primero fueron tomando conciencia de que no era para perjudicar a los jueces, eso era para beneficiar a los niños que son dos cosas completamente distintas. No podían vivirlo como algo que los afectaba en lo personal porque perdían poder, aunque no lo reconocieran esto era primero lo que sintieron es eso. Después lo racionalizaron diciendo bueno no dijeron perdemos poder lo que dijeron es, si a nosotros no nos permiten cuando somos nosotros los que por historia tenemos la habilitación para interrogar y esta ley está diciendo que no podemos, nos están cuestionando la esencia de nuestro rol. ¡Lo cual es mentira! [...]El tiempo lo que hizo fue, se fueron dando cuenta que eso no les restaba poder porque la decisión siempre va a ser de los jueces, esa es la función, lo pagan para eso, para decidir. El problema es qué hacen en el proceso de decisión.” (Entrevista a Carlos Rozanski, mayo, 2018)

No solo es polémica la modificación del concepto de escucha judicial volcada a los tipos prueba, también lo es en términos de *acceso a la justicia*. Si bien los mecanismos legales hoy vigentes para la infancia vulnerable configuran nuevas herramientas en las cuales no se puede poner obstáculos que impidan el acceso (formal) a la justicia y la debida defensa de los derechos de niños, niñas y adolescentes, Rozanski cuestiona la instrumentalización del proceso para que una escucha humanizada y multidimensional contemple los principios y garantías de los artículos 250 bis y ter, dicho en otras palabras, el acceso material a los nuevos derechos:

“Ellos aplican esta ley de la reforma, la aplican los jueces. En muchos casos la aplican bien. Están obligados, respetan que una norma existe y los obliga, punto y aparte. Lo que está en discusión es como instrumentan eso. ¿Cuál es la forma de interferir con la Cámara Gesell? ¿Cuál es la forma de interferir con los peritos? ¿Cuál es la forma de presionar a los peritos? Hay miles de maneras de interferir con esto, aunque uno cumpla con la ley desde lo formal, es decir, si el 250 bis solo podrá ser de tal manera, ellos lo hacen. [...] “En el caso argentino también hay una deuda muy grande de toda la justicia y en el marco que está alrededor de la justicia que es el concepto de acceso a la justicia en primero lugar. En segundo lugar ¿qué pasa después que se accede a la justicia? Porque también una enorme normativa que favoreció “objetivamente” el llamado acceso a la justicia es habilitar un lugar para que uno toque el timbre. [...] desde lo formal se garantizó el acceso pero insisto, solo desde lo formal, no lo material”.”.(Entrevista a Carlos Rozanski, mayo, 2018)

En contraparte, el *no acceso* material de los derechos señalado por Rozanski ha disparado desafíos importantes, como afirma Minyersky (2010) acerca de una operatividad más amplia del sistema de justicia penal en términos de acceso en un marco de autonomía cuando las víctimas sean niños, niñas y adolescentes:

“la necesidad de seguir trabajando para que los niños, niñas y/o adolescentes, víctimas o testigos de hechos delictuales, no sólo sean cuidados en su intervención en el proceso sino que tengan amplia operatividad en su derecho de acceso a la justicia. (...) también, no sólo cuidar la forma de las audiencias y su asistencia médica y psicológica, sino de brindarle la posibilidad de ser querellante, y como persona autónoma reclamar por sus derechos por sí mismo”. (p.66)

“Cuando se trata de una víctima menor de edad los deberes de prestación positiva del Estado respecto a una víctima de un delito deben ser aún más garantizado” es lo que plantea Beloff (2010, p17) dentro de un marco institucional democrático, respaldado en los principales tratados de derechos humanos. Asumiendo una dimensión sociopolítica de los tribunales, está clara la no competencia del proceso penal en la protección y asistencia social de la víctima, así como de los jueces penales, pero Beloff (2010) no exime la obligación del Estado en garantizarle un debido proceso legal y un trato que no la re-victimice. Más allá de los avances logrados frente a la complejidad de la violencia sexual infantil”, para Rozanski los cambios culturales tienen que seguir produciéndose:

“[...] Es una cuestión cultural que a mi entender con un cambio que no se está produciendo todavía, lo cual no tiene nada que ver con que la norma en si haya producido, porque era inevitable una vez que sale la ley. Por eso estamos tratando de lograr el posgrado que tuve que postergar ahora, por cuestiones logísticas, pero no hay posgrado en Argentina sobre eso y no debería ser posgrado, debería ser grado”.(Entrevista a Carlos Rozanski, mayo, 2018)

En referencia a Foucault (1992), Rozanski hace hincapié en la transformación de los sistemas educativos que se constituyen en cuanto estructuras de dominación en el proceso de “normalización” del poder sobre individuos en el cual “el individuo es tal como se le puede describir, juzgar, medir, comparar a otros y esto en su individualidad misma; [...] nos referimos al individuo entendido como un átomo ficticio de una representación “ideológica” de la sociedad; pero también una realidad fabricada por esa tecnología específica de poder que se llama *disciplina*” (Foucault, 1992, p.196-198). Para el magistrado solamente un cambio cultural en las estructuras de poder dichas educativas responsables por la enseñanza del derecho y reproducción de las ideologías podrán acercarnos de una efectiva democratización de la justicia:

“Estamos lejos de la democratización de la justicia...Foucault lo que dice es que desde siempre los sistemas educativos van reproduciendo el sistema de dominación. El modelo educativo es el mismo, entonces en el caso de la facultad de derecho, por ejemplo, que de donde van a salir luego los abogados que luego va a ser jueces, lo que van a recibir es una educación, no hablo solo de la técnica de un juicio, de un procedimiento penal, estamos hablando de la formación básica como abogado, van recibir la misma educación que hace cien años. Lo que ha evolucionado es la normativa protectora de los derechos humanos, que son las convenciones de los derechos humanos, etc. Pero aprehender una norma que protege derechos humanos como son las convenciones internacionales, no modifica la ideología de quien es educado en un contexto de reproducción de un modelo educativo”. (Entrevista a Carlos Rozanski, mayo, 2018)

Si establecemos conexiones con impacto de la reforma ocasionada por la ley N° 25852, modificar la ideología dependería de un “carácter insurgente y emancipador del derecho” que según Boaventura de Souza Santos (2007) tiene diferentes formas como instrumento de oposición, grupos y clases socialmente oprimidos que recurren a luchas jurídicas”.(p.6-7) Es notorio el reconocimiento positivo de la reforma de parte profesionales que actúan directamente en procesos penales sobre delitos contra la integridad sexual de niñas, niños y adolescentes como dispone la especialista a seguir:

“La sanción del art. 250 bis del CPPN y la videograbación del testimonio infantil significan un enorme progreso en la Argentina en cuanto a obtener del relato del niño sin dañarlo emocionalmente. Esto, además, contribuye a la mejor valoración y conservación de la prueba y hace más difícil para los abusadores escapar de la justicia. Finalmente, facilita la tarea de los fiscales en la persecución de los abusadores, al permitirles introducir la videograbación del testimonio y liberarlos del requerimiento de que el niño testigo sea emocional y mentalmente capaz de testificar durante el juicio (Berlineblau, 2009,p.156)

Pese a una valoración positiva sobre el cambio en el procedimiento de proceso penal junto a niñas, niños y adolescentes víctimas de violencia sexual que puede ser percibida a través de un aumento de las condenas para ese tipo de delitos, Rozanski parece seguir en la búsqueda de un devenir político e institucional efectivamente material del derecho humano, tanto a nivel interpretativo de parte de nuevos magistrados formados en una cultura transdisciplinar y diversa, como en la aplicación de un derecho equitativo para con esa misma diversidad social:

“El balance del efecto de esta normativa con los años en los resultados fue muy grande. Yo no tengo duda que aumentaron notablemente las condenas por abuso de niñas que antes no hubieran sido condenados, no tengo la menor duda, me consta, porque lo hablo con los jueces, porque lo he visto. Entonces que esto ha producido modificaciones favorables, no tengo dudas porque el solo hecho de sacar los chicos de los juicios habilita un resultado distinto en muchas sentencias. No tengo duda de que eso fue positivo, ahora yo sigo en el mismo nivel de exigencia inicial.”(Entrevista a Carlos Rozanski, mayo, 2018)

Este ejemplo permite ilustrar que la nueva práctica institucional que ha marcado el panorama de escucha judicial junto a niños y niñas víctimas de delitos sexuales en Argentina ha sido resultado de dos componentes esenciales: el uso de la Cámara Gesell para fines terapéuticos con aportes científicos de la psicología y la reforma del Código de Proceso Penal a raíz de la Ley 25852.

Finalmente, en este capítulo hicimos el esfuerzo de mostrar las evoluciones del proceso en el cual el nuevo paradigma de escucha judicial de niñas, niños y adolescentes marcado por la Ley N° 25852 ha sido inaugurado en sincronidad con el paradigma de protección infantil protagonizado por la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Para eso hemos transitado entre los conceptos de paradigma y sincronidad, luego abordamos algunos contextos históricos y actuales acerca del tratamiento jurídico e institucional dispensado a los delitos sexuales cometidos contra niños y niñas en investigaciones criminales - judiciales de esa naturaleza.

En base a investigaciones que afirman que niños y niñas se muestran reacios a testimoniar en la justicia (Saywitz & Nathanson, 1993; Spencer & Flin, 1993); que la poca comprensión que tienen sobre el proceso judicial puede aumentar su ansiedad (Flin, Stevenson, & Davies, 1989) hemos centrado este capítulo en el marco histórico-reflexivo de la experiencia no revictimizante en materia de testimonio infantil llevada a cabo en Argentina a partir de la implantación de la ley N° 25852 en 2004. La documentación fue llevada a cabo mediante entrevista con el autor de la normativa, el especialista infantil y magistrado Carlos Rozanski cuya experiencia y percepción definieron el universo antes, durante y después de la norma que popularmente lleva su nombre, “Ley Rozanski”.

Hemos intentado explorar algunas reflexiones que atravesaron el proceso de elaboración e implantación de la ley ha originado la reforma del Código de Proceso Penal y que de alguna manera sufrió obstáculos significativos de parte de las instituciones de la justicia. Conocer las configuraciones históricas y reflexivas del proceso de la ley N° 25852 ha sido considerado un requisito imprescindible para una debida problematización de los expedientes judiciales que componen la base más amplia de la investigación propuesta en esa tesis y que será profundizada en los próximos capítulos.

Teniendo como premisa el acceso eficaz de la justicia para niñas, niños y adolescentes, la atención se detuvo en aquellos aspectos los cuales a raíz de la experiencia inaugurada por la ley N°25.852 deben ser sanados y reconfigurados para que una democratización de la justicia, mejor dicho recurriendo a Boaventura de Souza Santos, una revolución democrática de la justicia pueda convertirse en un nuevo devenir.

Capítulo 4. Las sentencias investigadas: breve sociología

Asumiendo una perspectiva sociológica, este capítulo tiene como objetivo describir con brevedad y cautela el universo investigado en el cual son analizadas 27 sentencias judiciales sobre delitos contra la integridad sexual infantil de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, tribunal penal de segunda instancia que integra el Poder Judicial en la CABA. Como parámetro de identificación de los casos analizados fue especialmente considerado el texto de la Ley N° 25.852/2004 que reformó el Código de Proceso Penal de la Nación (CPPN) en materia de testimonio infantil, proceso socio histórico presentado en el capítulo anterior. A raíz de dicha reforma los artículos 250 *bis* y 250 *ter* incorporados en el CPPN sirvieron como una especie de lupa sobre el modelo tradicional de escucha de niñas, niños y adolescentes víctimas en el Sistema Judicial penal cuyo sentido primordial fue proponer pistas, dar una nueva visibilidad sobre los modos, las configuraciones posibles a través de las cuales los tribunales representados en las sentencias intervienen en términos de acceso a la justicia cuando las víctimas son niñas, niños y adolescentes víctimas y testigos de violencia sexual.

En este sentido fueron analizados expedientes a partir de la reforma que otorgó obligatoriedad de las nuevas medidas especiales de protección infantil previstas en ley sobre la práctica judicial rutinaria. Desde su aprobación fueron especialmente observadas las racionalidades en el procedimiento, es decir, los elementos ético-rationales que conforman la administración de la justicia en casos de esa naturaleza, cómo son evaluados los respectivos dispositivos jurídico-legales que conforman la toma de decisiones (políticas) en el proceso (político) de sentenciar.

Lejos de cualquier intención de generalización hemos buscado, desglosar y caracterizar sucintamente los 27 procesos seleccionados para en pequeña escala dar visibilidad a algunas de las configuraciones acerca del acceso a la justicia para niñas, niños y adolescentes víctimas en el proceso judicial argentino, de modo de proponer pistas de lo que más adelante investigamos en cuanto debido (o indebido) acceso a la justicia.

Creemos que ese formato facilita la comprensión del análisis interpretativo que permea los procesos penales relevados en este estudio. Para eso las informaciones fueron organizadas en tres grupos generales:

- i) Datos sobre el perfil de los casos: tipos de proceso, delito, víctimas y victimarios;
- ii) Datos ético-normativos respecto a las normas aplicadas para la intervención;
- iii) Datos sobre el perfil de la intervención en el ámbito institucional: distribución de los magistrados en términos de género, los profesionales especializados y principales tipos de intervención aplicadas junto a niñas, niños y adolescentes.

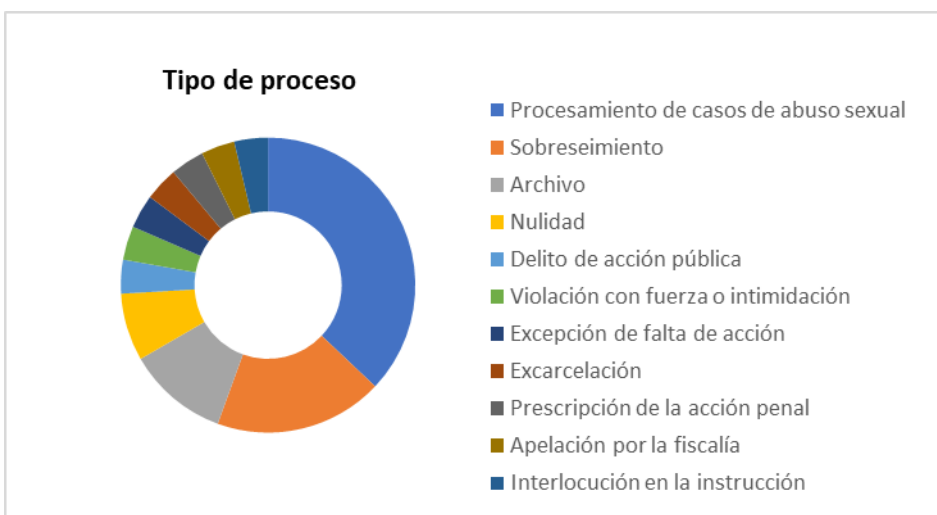
Una primera sistematización de informaciones, no sin lapsos, fue llevada a cabo. Los datos ahora presentados buscaron contornos más gráficos sobre el escenario investigado, lejos de la opacidad de los procesos judiciales amontonados en los juzgados.

4.a.Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal: las caratulas en un tribunal de segunda instancia

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal ejerce alzada sobre los Juzgados Nacionales de primera instancia en lo Criminal y Correccional de la CABA, es decir, constituyen la segunda instancia del trámite judicial en la cual llegan las resoluciones que a criterio de alguna de las partes necesitan ser revisadas mediante un “recurso de apelación”. El grafico a seguir presenta las carátulas identificadas en el conjunto de sentencias analizadas:

4.b.1.Tipo de proceso: carátulas recurrentes en 2ª instancia

Grafico 1.Tipo de proceso

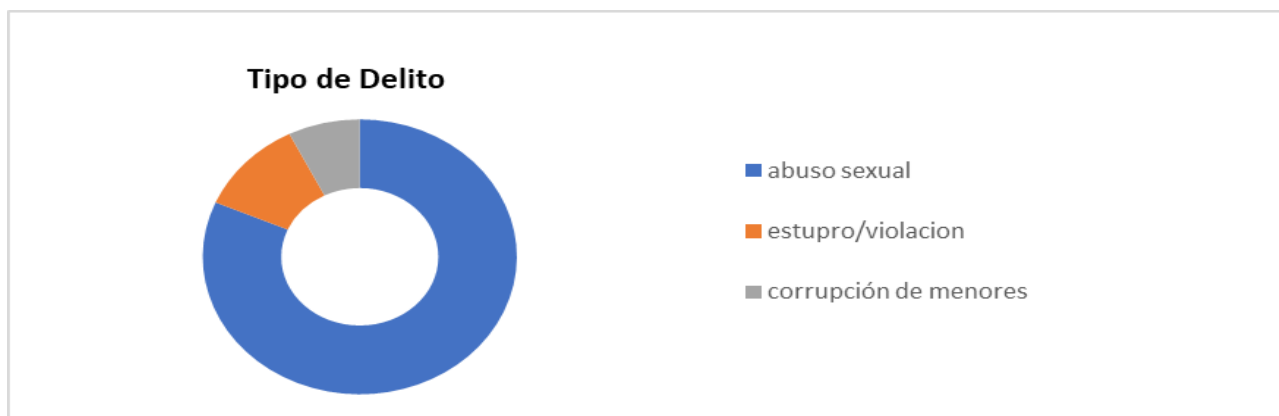


Fuente: original elaborado por la autora para este trabajo

De los 27 procesos analizados en esta tesis una mayor incidencia pudo ser observada sobre las carátulas que dictan apelación en el *Procesamiento* de casos de abuso sexual cuyo objetivo es rever las sentencias de primera instancia (10). En segundo lugar, se ha registrado la carátula *Sobreseimiento* por insuficiencia probatoria (5), seguida de solicitud de *Archivo* Abuso Sexual (3), luego solicitud de *Nulidad* de la sentencia condenatoria (2). Para los siete procesos restantes en el conjunto de fallos analizados en este estudio fueron registradas las respectivas carátulas: *delito de acción pública* (1); *violación con fuerza o intimidación* (1); *incidente de excepción* de falta de acción (1); *excarcelación* (1); *prescripción de la acción penal* (1); *recurso de apelación por la fiscalía* (1) e *interlocución en la instrucción* (1).

4.b.2 Perfil de los casos: violencia en familia

Grafico 2. Tipo de delito

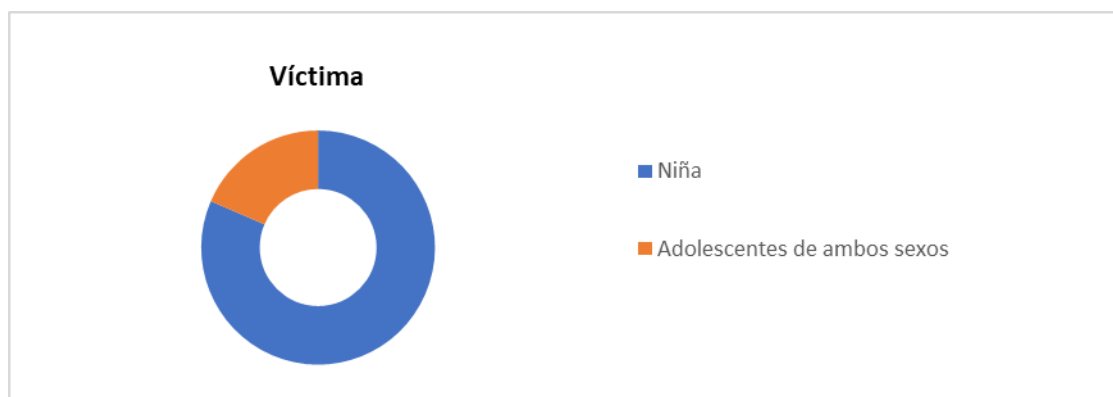


Fuente: original elaborado por la autora para este trabajo

Según los datos el abuso sexual figura como el principal delito entre 22 de los 27 fallos relevados, seguidos de estupro/violación (3) y corrupción de menores (2). En términos preliminares para la categoría abuso sexual fueron registradas variaciones en la tipificación como abuso sexual agravado o reiterado; abuso sexual con o sin acceso carnal, también abuso sexual gravemente ultrajante. En distintos procesos la calificación abuso sexual agravado ha descrito situación de vínculo o situación de preexistencia conviviente, indicios acerca de la preocupante particularidad intrafamiliar que configura la violencia sexual infantil ya referenciada en la literatura. (Giberti, 2015, Rozanski, 2003, Intebi, 1998)

4.b.3. Víctimas y victimarios: indicios de asimetrías de género

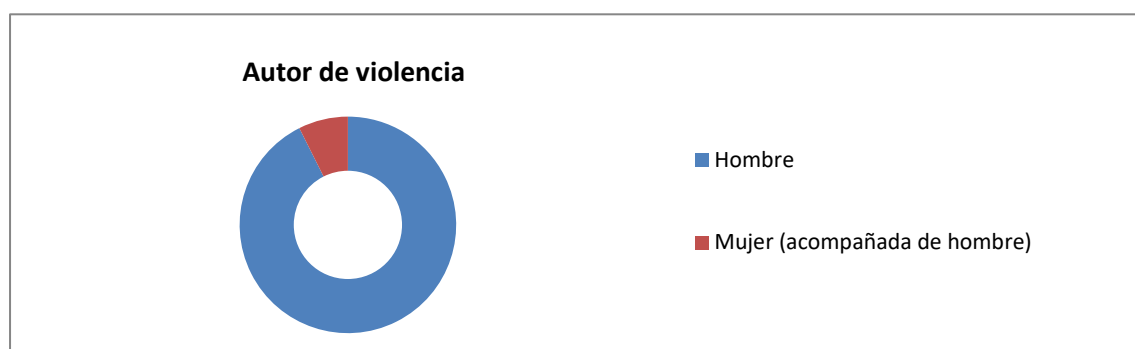
Grafico 3. Principal víctima



Fuente: original elaborado por la autora para este trabajo

De los 27 procesos analizados (Gráfico 3), 22 presentan las niñas como principales víctimas de abuso sexual, siendo en algunos casos adolescentes mujeres. Las víctimas del sexo masculino sumaron el total de 5 de los procesos analizados.

Grafico 4. Principal autor de violencia



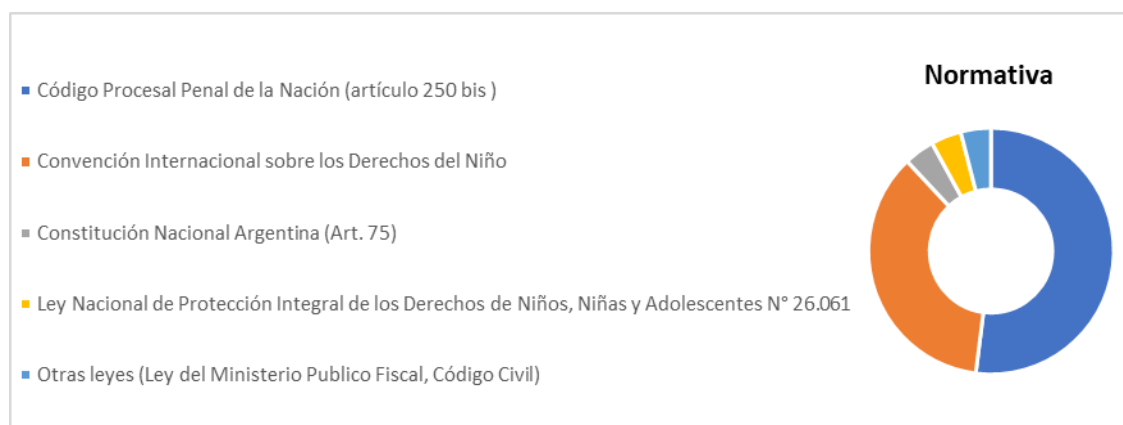
Fuente: original elaborado por la autora para este trabajo

El panorama de género se invierte drásticamente cuando se analiza el autor de violencia (Gráfico 4) con la mayoría de los victimarios el sexo masculino, 25 en total cuya categoría respecto al vínculo con las víctimas figura en esta orden: en primer lugar, los *padres*, luego *padrastrros*, *primos*, *conocidos* y por último *desconocidos*. Solamente en dos de los 27 procesos fueron registradas mujeres como las autoras del delito, en ambos casos han actuado en conjunto con alguien del sexo masculino.

4.c. Marcos normativos en la práctica judicial junto a niñas, niños y adolescentes víctimas

Los términos para la toma de declaraciones testimoniales junto a víctimas de delitos contra la integridad infantil en 13 de los 27 procesos analizados siguieron las normas de procedimiento para el debido proceso legal, el *Código Procesal Penal de la Nación* a raíz del artículo 250 bis, como se puede observar en el Gráfico 5, a seguir:

Gráfico 5. Recurso normativo utilizado



Fuente: original elaborado por la autora para este trabajo

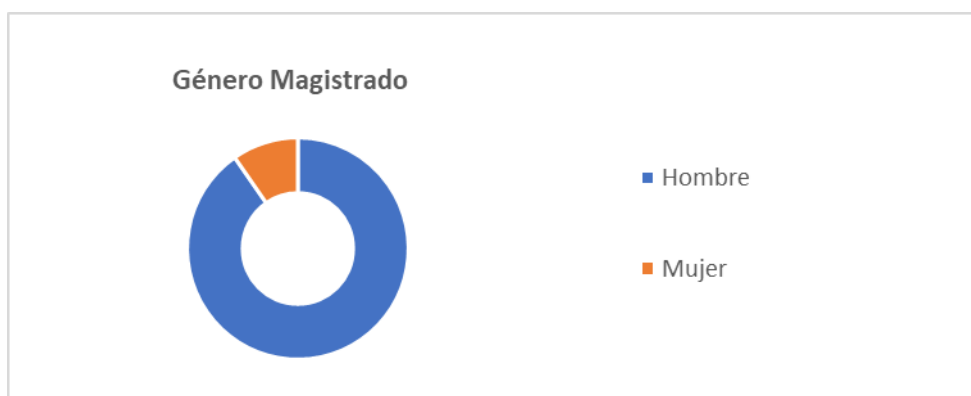
La *Convención Internacional sobre los Derechos del Niño* fue la segunda norma más citada en 9 de los 27 procesos analizados. En menor escala, pero no menos importante, la *Ley Nacional de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes N° 26.061*, así como el *Artículo 75 de la Constitución Nacional Argentina*, que otorgó rango constitucional a los principales tratados de derechos humanos de la actualidad tras la reforma de 1994. Por tratarse de un tribunal de segunda instancia la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal fueron registradas menciones al *artículo 454 del Código Procesal Penal de la Nación* que dispone los criterios aplicables a los recursos de apelación para las sentencias de primera instancia. Otras leyes como la *Ley del Ministerio Público Fiscal* y el *Código Civil* fueron puntualmente mencionadas. En 8 de los 27 documentos ninguna normativa fue especificada a lo largo de las sentencias.

4.d. ¿Juez o jueza?

Desde una definición normativa “el poder judicial, es un aparato legal-burocrático universalista e igualitario que se encuentra regulado por un sistema de reglas abstractas y codificadas sometidas al orden legal establecido por la Constitución.” (Sarrabayrouse, 2004, p.54). Asumiendo una comprensión sociopolítica sobre las prácticas actuales del poder judicial consideramos relevante subrayar algunas instancias de poder en este ámbito institucional. Tradicionalmente constituido por

hombres el poder judicial aún en la actualidad revela la baja participación de mujeres que deciden sobre la justicia, es decir, juezas cuyo poder de sentenciar destinos reitera el poder masculino como el “real poder” del Poder Judicial. Como hemos demostrado, cuando se trata de delitos contra la integridad sexual infantil cuyas principales víctimas son mayoritariamente mujeres, tiende a perpetuarse la formula asimétrica, es decir, jueces hombres que en desigual mayoría sentencian sobre los delitos mencionados, tal como ilustra el Grafico 6:

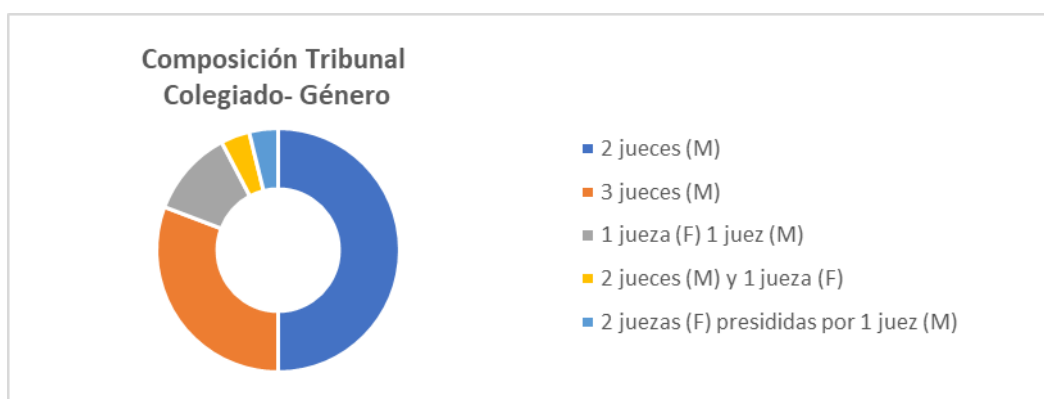
Grafico 6: Género Magistrado



Fuente: original elaborado por la autora para este trabajo

Siendo así, los datos registrados en las sentencias no difieren de lo planteado. Fueron computados un total de 62 magistrados en los 27 documentos seleccionados para este muestreo, los responsables por las sentencias de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, de los cuales 56 eran del sexo masculino para solo 6 del sexo femenino.

Gráfico 7. Composición del tribunal por género



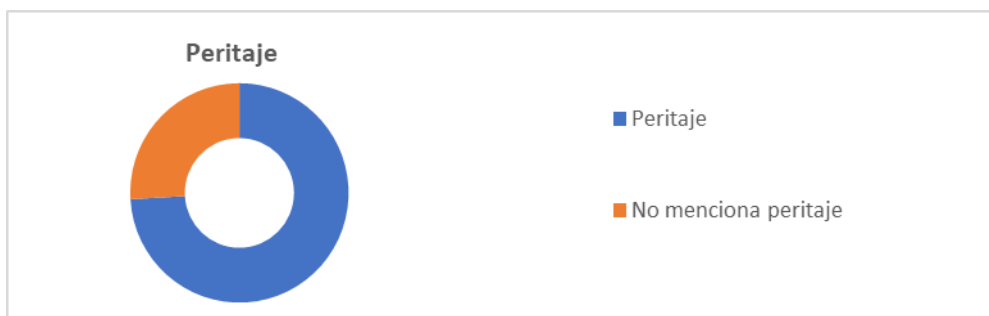
Fuente: original elaborado por la autora para este trabajo

En la distribución colegiada de los tribunales (Gráfico 7), trece de los 27 fallos registraron tribunales compuestos por 2 jueces del sexo masculino responsables por la decisión final del caso. Reiteramos que la intención no es generalizar el dato, pero si dar visibilidad a estructuras que conforman por lo menos una de las caras del poder judicial. La segunda categoría con mayor registro en las sentencias fue aquella dictada por tres jueces (8). Tres documentos presentaron la composición de una jueza y un juez, así como un registro para dos jueces y una jueza. Por último hubo un solo registro para dos juezas presididas por un juez, así como en solo un documento no fueron mencionados datos sobre los magistrados responsables por la sala, siendo así los datos recién distribuidos suman la totalidad de las sentencias analizadas (27).

4.e.Herramienta jurídica: los peritajes

En el ámbito forense los peritajes constituyen garantías legales para el asesoramiento cuya finalidad es impartir la Justicia representada por los operadores en cuanto a necesidades, circunstancias y características de cada caso concreto. No obstante, en casos que involucran niños, niñas y adolescentes como víctimas y testigos el análisis de los tribunales en esta tesis sugiere que dicho asesoramiento cobra fuerza acerca de la credibilidad del relato de niñas y niños en el discurso jurídico sobre el conjunto de pruebas válidas en los procesos:

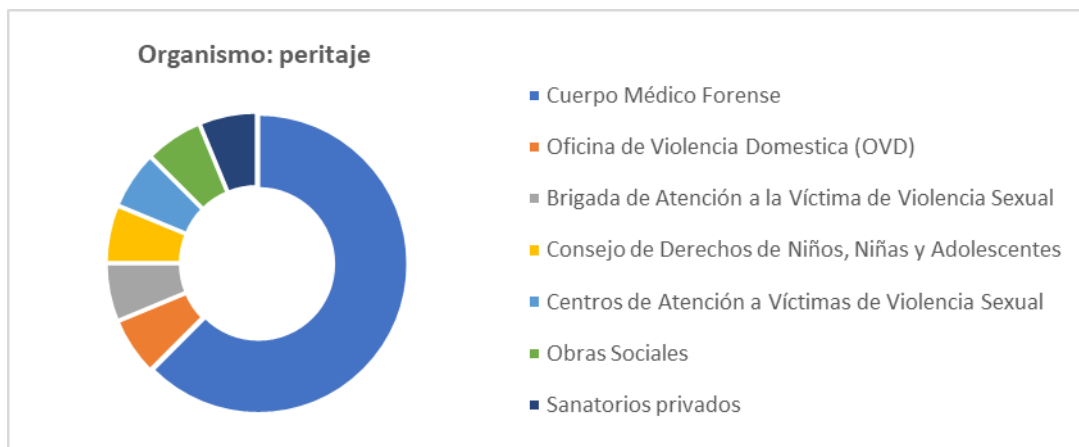
Gráfico 8: Peritajes



Fuente: original elaborado por la autora para este trabajo

Se puede visualizar en el Gráfico 8 la recurrencia de los peritajes en los procesos, una vez que veinte indicaron la ejecución de algún o más de un peritaje realizado a niñas, niños y adolescentes víctimas. En el Gráfico 9 se puede observar que los peritajes psicológicos del Cuerpo Médico Forense (organismo del Poder Judicial) fueron los más referenciados, 10 de los 20 fallos subrayados en este organismo.

Gráfico 9: organismo ejecutor del peritaje



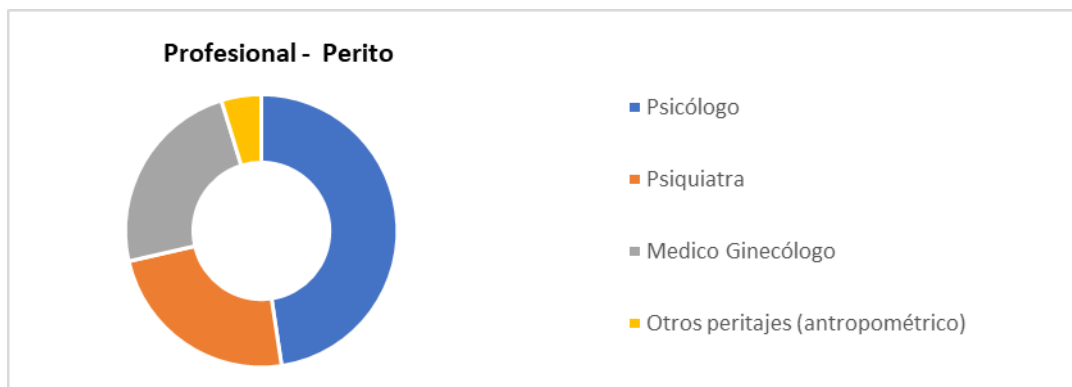
Fuente: original elaborado por la autora para este trabajo

En menor incidencia se han registrado distintas instancias responsables por llevar a cabo algún tipo de peritaje durante el proceso como es el caso de la Oficina de Violencia Domestica (OVD); la Brigada de Atención a la Víctima de Violencia Sexual, el Consejo de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA), el Equipo de trabajadores sociales especializados junto a víctimas de ataques sexuales del hospital provincial, Centros de Atención a Víctimas de Violencia Sexual, Obras Sociales e incluso sanatorios privados fueron mencionadas a lo largo de las sentencias.(Gráfico 9)

4.f.Los profesionales: ¿especialista o simple perito?

Si a simple vista, como es señalado por Sarrabayrouse y Villalta (2004) el “mundo judicial” parece estar constituido por un conjunto de normas y reglamentos en los cuales sus operadores poseen atribuciones y facultades claras y específicas dentro de una determinada jerarquía, el entramado de relaciones sociales y de poder que sostiene este ámbito conformado por grupos diversos, con contornos variables e intereses propios puede ser observado con tan solo mirarlo de un modo más atento.(p.1) Cuando la atención se dirige al dato sobre los profesionales especializados del Cuerpo Médico Forense que llevan a cabo las respectivas pericias, el psicólogo figura con mayor frecuencia (10) seguido,(no) en la misma proporción del médico psiquiatra o medico ginecólogo. Menciones a peritajes antropométricos, así como de material digital en computadoras fueron puntualmente identificados en el Gráfico 10:

Gráfico 10: Profesional perito



Fuente: original elaborado por la autora para este trabajo

Para concluir, el desglose preliminar de los expedientes seleccionados en esta tesis se hizo necesario no solo al abrir el panorama investigado a partir de un breve perfil de las sentencias, como por favorecer una mayor apertura del campo reflexivo crítico acerca de los sentidos e implicaciones atribuidos por magistrados y magistradas en menor escala, ante la responsabilidad formal de dictaminar sobre los desenlaces judiciales y los destinos involucrados por delitos contra la integridad sexual infantil.

4.g.La cultura jurídica tradicional: continuidades en los procesos judiciales sobre delitos sexuales contra niñas, niños y adolescentes

Breve sociología abre con llamativa crudeza la escena socio institucional vivenciada a diario por niñas, niños y adolescentes víctimas de delitos sexuales en una de las instancias que conforman el sistema penal en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal. No solo por la visible asimetría entre víctima y victimario para ese tipo de delito, principalmente cuando enfatizamos el vínculo mayoritariamente intrafamiliar entre ambos; también por la crudeza en las composiciones del poder judicial, su estructura y lógica de poder a raíz de desventajas socio institucionales que a primera vista parecen reproducirse con naturalidad dentro del propio sistema. De eso modo, desigualdades de género pueden ser observadas diametralmente opuestas tanto sobre el sujeto niña-víctima en cuestión (y su doble condición de vulnerabilidad en el proceso), como por la baja incidencia de magistradas mujeres que deciden sobre delitos en el ejercicio de su función institucional. En este último, principalmente por tratarse de quienes llevan al frente esta praxis social cuya responsabilidad de decidir ante el tribunal, ocurre ante todo en una perspectiva política, desde el derecho hacia el hecho social delictivo.

Las formas de administración estatal de la infancia y sus modalidades de intervención a partir del análisis de los dispositivos que han sido diseñados para “proteger”, “garantizar” y/o “restituir” sus derechos fue referenciada en la literatura. (Villalta, 2009, p.8). Sin embargo, abordar el acceso a la justicia para niñas, niños y adolescentes víctimas de violencia sexual exclusivamente desde lo formal como podría sugerir los datos de la sección anterior, sería desconsiderar lo que plantea Fernández (2013) en cuanto “un núcleo de tensión irreductible que se despliega en la relación siempre conflictiva entre los niños, las niñas y los adolescentes y aquellos que tienen la responsabilidad de cuidar, guiar, acompañar la minoría de edad.” (p. 289)

Concerniente a los procesos penales, dicha tensión abarca no solo la doble condición de vulnerabilidad de niños, niñas víctimas de delitos sexuales. A esa condición le suman complejidades en las configuraciones de la doctrina jurídica que adjudica como la parte más “débil” de un proceso penal, el imputado, siendo su facultad jurídica más importante, el derecho a la defensa. (Beloff, 2010). No obstante, los sentidos atribuidos entre las garantías del imputado y el valor del testimonio del niño se presentan controversiales ante el argumento de que con la declaración hecha en los términos previstos por el artículo 250 bis del CPPN se vulneran los derechos constitucionales a la legítima defensa en los procesos penales de abuso sexual, poniendo en tela de juicio las condiciones bajo las cuales se realiza la declaración del niño (Abad, 2016).

Por otro lado, los aspectos controversiales tampoco se limitan a cuestiones procesales para garantizar el debido proceso a los involucrados. Configuran también relaciones asimétricas entre víctima e imputado en la cual “el abusador se aprovecha de la natural desigualdad entre adulto-niño para ejercer su poder sobre el niño según sus apetencias sexuales.” (Rozanski, 2003, p.41); concepto que señala la desproporcionalidad entre la niña víctima de delitos sexuales ante aquellos que deciden sobre el desenlace de un proceso penal con esa particularidad.

Como sostiene Vianna (2002) al analizar procesos judiciales civiles sobre la guarda de niños y niñas, “a la asimetría de poder presente en la relación entre menores y sus responsables se suman otras, como aquella establecida entre diferentes postulantes al puesto de responsables, o entre profesionales que disfrutan de la posición de evaluar tal relación”(p.296). De tal suerte, la autora nos brinda una importante percepción acerca de la relación de dominación que configura la relación entre niños, niñas y adolescentes y sus responsables, así como “uno de los efectos más poderosos de ocultación de esa relación: la naturalización de la niñez o adolescencia (o minoridad) como períodos que

necesitan de una gerencia especial por parte de la sociedad.”(Vianna, 2002 p.296).

Pese a las reformas jurídicas de protección a la niñez, la herencia del sistema inquisitivo que tiene como principios la persecución penal y la averiguación de la verdad como meta del proceso” ha generado interacciones en un proceso penal permeado por relaciones de poder y dominación”, que han insistido en mantener la víctima de un delito de forma desdibujada, con un rol difuso, casi inexistente, en la cual el Estado ha ocupado su lugar.” (Bovino 1992 citado por Villalta, 2000, p.3)

En ese sentido la interacción pasa a ser clave a lo largo de este trabajo. En un primer momento se origina en la propia relación entre poder y legitimidad tradicionalmente asignada al poder judicial. Según la perspectiva de Weber (1992) si por un lado el poder político-institucional del Poder Judicial se representa por la capacidad de ejercer influjos, en especial la legitimidad del poder racional y legal, los elementos no-rationales como la creencia en la justicia de la ley, o un mínimo de voluntad de obediencia no solo caracteriza el poder judicial en las sociedades democráticas actuales, como tienden a ser esenciales en toda relación auténtica de autoridad, actuando a menudo como eje de su legitimidad.

Respectivo planteo entre autoridad y legitimidad sitúa la búsqueda por una mayor autenticidad en la intervención del Poder Judicial. Nuestro punto de partida son los procesos materializados en forma de sentencias judiciales. Pese a las limitaciones propias de ese formato, tal como afirma Vianna, “los comentarios ahí sedimentados y filtrados, son reconvertidos al lenguaje peculiar del “tribunal.”(2009,p14) A través de la lógica jurídico-burocrática que abarca los procesos judiciales, podríamos identificar una diversidad de elementos que influyen directamente la toma de decisiones frente a los recursos de apelación sobre delitos contra la integridad sexual infantil.

A partir de los discursos proferidos en las sentencias contrastes particulares fueron observados sobre las formas que el tribunal, en este caso la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal mantiene su eje de legitimidad para construir sus propios resultados. Entre los elementos de discurso presentes en las sentencias fueron especialmente observadas formas fragmentadas de interacción. Es decir, la interacción existe, está presente, pero a primera vista como si estuviera formada por distintas piezas, un rompecabezas que va siendo armado, construido a partir de recursos y saberes “disponibles” en la estructura judicial de modo a producir verdades.

Si las situaciones desarrolladas a lo largo de un proceso tienen como objetivo primordial buscar la decisión judicial, estas siguen siendo construidas dentro de un formato burocrático y patrimonial de dominación (Weber citado por Vianna, 2009). De ese modo la argumentación jurídico-dogmática se muestra imperativa en la búsqueda por “la verdad real”, que en definitiva sugiere una comprensión de la objetividad de la realidad acerca de lo que “verdaderamente sucedió”. Es ahí que la regularidad de los procesos encuentra en su principal eje discursivo, la supuesta objetividad de los elementos que constituyen un proceso penal.

A partir de las resistencias sobre los patrones de dominación y legitimidad, en sentido weberiano (1992) junto a los modos que instituciones tan viejas como el poder judicial incorporan lo nuevo es que se ubica en espacio-histórico la problemática sobre el testimonio infantil en los procesos judiciales junto al debate jurídico instalado por la ley N 25852 sancionada en el año 2004. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal compone nuestro universo, de modo más específico las sentencias registradas con fechas entre el año 2008 y 2014.

Con el objetivo de acercarnos a la realidad de los tribunales una indagación preliminar ha sido hecha sobre los sentidos tradicionales que conforman los argumentos jurídicos en casos de violencia sexual infantil. La estrategia para sistematizar las sentencias y presentar los datos a lo largo de la investigación ha sido tensionar el trayecto entre aquello que parece ser lo ideal con las configuraciones de lo real (Adorno, 1975). De ese modo ante los discursos registrados en los fallos consideramos necesario echar luz a la pregunta de investigación ¿cuáles son los cambios en la cultura jurídica para el acceso a la justicia de niñas y niños víctimas al sistema de justicia penal?, ¿cuál es el impacto social de la Ley en la protección infantil según el discurso de los jueces proferido en las sentencias? Señalar respuestas posibles a dichas cuestiones ante procesos judiciales penales sobre delitos contra la integridad sexual infantil nos ha revelado la necesidad imperiosa de una mejor comprensión sobre elementos del derecho penal, más específicamente la dogmática jurídica, definida tradicionalmente en cuanto la ciencia del derecho.

Capítulo 5. Componentes discursivos en procesos judiciales de 2ª instancia: desde la complejidad, interpretación y dialéctica sobre el “saber penal” en casos de violencia sexual infantil

Según Freedman (2004) Zaffaroni en su tratado de derecho penal arranca como punto de partida “la constante tensión dialéctica entre dos estados que conviven en la realidad: el estado de derecho y el estado de policía”(p.443). Marca en su obra la distinción entre el "saber penal" y las normas jurídicas" en el cual el saber penal comprende el universo de las leyes penales, mientras que las normas jurídicas habilitan el ejercicio del poder punitivo. De ser así, contornos particulares entre el saber penal de los jueces y las normas jurídicas van siendo evocados a lo largo de los fallos analizados en esta tesis, los cuales no solo está presente el modelo dogmático de discurso jurídico, en cuanto expresión del pensamiento y nivel del espíritu científico del juez ante el saber penal, como es posible visualizar el tratamiento que se aplica a la norma, a la ley concerniente al acceso y administración de la justicia en casos que involucran niñas, niños y adolescentes víctimas de delito sexuales en la justicia penal argentina, o al menos su expresión en 2ª instancia.

Ante todo, aclaramos no tratarse de una investigación teórica sobre derecho penal, sino un intento sociológico de analizar elementos de la doctrina jurídica sobre la actividad de los tribunales. Más específicamente, a partir de un prisma político analizar el universo en el cual se circunscribe esta tesis, es decir, la decisión de los jueces de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, tribunal penal de segunda instancia que integra el Poder Judicial en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en fallos sobre delitos contra la integridad sexual infantil a raíz de la ley N° 25852. Por eso mismo, lapsos en materia de derecho podrán ser observados.

Como afirma el texto de Zaffaroni “la construcción dogmática²³ es un proyecto de jurisprudencia, el cual se dirige a los operadores jurídicos (jueces, fiscales, defensores), en el cual el científico propone a los operadores jurídicos un sistema de solución coherente para aplicarlo a los casos particulares.”

²³Si una mejor comprensión del discurso expreso en las sentencias exige la conceptualización, aunque puntual del pensamiento jurídico tradicional, cuando mencionada la ciencia del derecho se hace inevitable referirnos a la dogmática jurídica. (Warat, 1980, p.33). Zaffaroni afirma que “la dogmática es el método constructivo del sistema de interpretación jurídica que procede por pasos (i) análisis gramatical (exégesis del texto legal), (ii) descomposición del texto legal hasta llegar a los elementos primarios (‘ladrillos’ del futuro edificio), (iii) Construcción del sistema (con los ladrillos)” (p.18). Convertida en una ciencia formal Bielsa (1961) la define “como la disciplina científica que tiene por objeto el ordenamiento sistemático de los conceptos jurídicos, una ciencia que se forma “de acuerdo con los preceptos científicos y técnicos”. Según el prestigioso jurista, la dogmática es objetiva y el derecho positivo está influido de direcciones, tendencias que no se dirigen ni están influidas a fines políticos, económicos o sociales, “pero, claro está, su ciencia, su acierto y eficacia que dependen del jurista que construye el concepto.” (p. 69-70). A título de descripción sucinta, en el método dogmático primero se hace una exégesis, una especie de construcción sintética en forma de teoría o sistema elaborado en el cual a partir de los conceptos jurídicos los textos legales son conceptualizados, proposiciones son elaboradas en forma de categorías y principios seguidos de un análisis de las leyes penales manifiestas. La dogmática también se relaciona al formalismo y “se convierte en una disciplina que se limita a reproducir y explicar el contenido del derecho vigente, cuya legitimación y justificación no cuestiona, tan solo trata de descifrar el significado unívoco del texto.” (Fragoso, 1977, p.14).

(Zaffaroni, 2009, p.18). La dogmática jurídica, en cuanto núcleo rígido presupone la posibilidad de una descripción del orden legal a través de un método riguroso y objetivo sobre el derecho vigente sin cualquier cuestionamiento político, sociológico, económico u otros. Dirige el pensamiento jurídico a través de un sistema de conceptos, nociones, principios, aforismos e instituciones, con los cuales son realizadas operaciones de análisis y síntesis del método inductivo y deductivo para obtenerse conclusiones coherentes con las proposiciones hechas, generando así conceptos y principios para llevar a cabo una clara interpretación de las reglas legales, es considerado un método técnico-jurídico o lógico-abstracto como único método ‘posible’ en el estudio de la ciencia jurídica. (Fragoso, 1977, p.14)

Ahora bien, si es cierto que el pensamiento dogmático cobra relevancia sobre la decisión de los jueces en los fallos seleccionados en esta tesis, de igual relevancia ha sido identificar elementos sobre cómo ese sistema o método parece funcionar en relación con el “saber penal y las normas jurídicas”, conceptos que van a ser identificados a lo largo de los próximos capítulos.

La atención a los resultados ha sido puesta sobre el confronto interpretativo entre la realidad socio institucional de los tribunales, sus modos, lenguajes y los contrastes entre el contenido de la reforma de la ley 25852 en términos de acceso a la justicia para niñas, niños y adolescentes víctimas de violencia sexual con el resultado revelado por las sentencias. Respecto a la administración de la justicia en casos de delitos contra la integridad sexual infantil la ley N° 25852 marca distinción, primero por tratarse de una norma relativamente reciente que no dispone de una vasta jurisprudencia, segundo por tratarse de una norma jurídica de notable literalidad que limita “la utilización de conceptos *“científicos”* naturalizados y cristalizados en afirmaciones dogmáticas cuyo acervo de conocimientos influye y modela las prácticas de los agentes que cotidianamente construyen esta justicia especial”. (Villalta, 2000). En el paradigma interpretativo se inscriben los elementos de análisis del discurso y contenido en lo que podríamos denominar el saber cualitativo (Valles, 2000). Para eso los fragmentos mencionados a lo largo de los resultados fueron extraídos de las sentencias de modo de minimizar los riesgos de una “contaminación” interpretativa del universo que compone este estudio de casos colectivos.

A través de la hermenéutica dialéctica hemos ejercitado la búsqueda de regularidades en las sentencias seleccionadas cuyas particularidades brindaron interpretaciones posibles acerca de lo general de los tribunales concerniente a la práctica judicial cuando los delitos en cuestión atentan contra la integridad sexual infantil, ello según la acepción sociológica de Santos (1997) de los tribunales en cuanto instancia de decisión política que componen un subsistema parte de un sistema global. A partir de la sociología política las relaciones entre las estructuras políticas de poder (los tribunales) y sociales (niñas, niños y adolescentes víctimas) compusieron el trasfondo por el cual se ha buscado conocer más de cerca la actual realidad de niñas, niños y adolescentes víctimas de violencia sexual en los tribunales, aquello que según Morin (2002) debe hacer cualquier sociología del conocimiento, conocer, aclarar el conocimiento sin tener que llegar a un veredicto.(p.27). Una gran matriz de pensamiento ha definido la complejidad de Morin (1991), que desde un punto de vista más amplio, más allá de la ciencia, cuestiona el sentido, los valores y "verdades" como objetividades construidas a partir de la ciencia tradicional.

Siendo así, se ha buscado en esta tesis enmarcar perspectivas multidimensionales de análisis que transitan desde la sociología política sobre la validación de la interpretación de las dimensiones socio institucionales identificadas, como de la epistemología de la complejidad, en cuanto herramienta que ante la incertidumbre de los sentidos plasmados en las sentencias, nos permite observar una continua interacción dialéctica entre objetividad versus subjetividad en los procesos judiciales. El paradigma de la complejidad, enmarcado en el capítulo tercero sobre el histórico de la Ley 25852 favorece una mejor visualización sobre como el modelo tradicional ha forjado “homogeneidades simplificadoras” y con eso la fragmentación de las disciplinas, inviabilizando no sólo el diálogo entre las ciencias, sino el proceso intersubjetivo entre objetividades y subjetividades del conocimiento en esencia. El mismo paradigma que para las secciones subsecuentes nos ha guiado la mirada entre el discurso real material de los jueces ante lo anunciado en los fallos analizados en términos efectivos de acceso y administración de la justicia para niñas, niños y adolescentes víctimas de violencia sexual a partir de un marco normativo paradigmático en sincronidad con el paradigma inaugurado por la Convención internacional de los Derechos del Niño (CIDN), la ley N° 25852.

5.a¿Homologación de sentencias condenatorias? Tradición, jerarquización y control jurídico en las decisiones judiciales

Centrémonos ahora sobre el conjunto de fallos analizados en la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal (tribunal de 2ª instancia) en el cual se observa una tendencia a la homologación de las decisiones de primera instancia, una vez que dicha afirmación no puede ser atribuida a la totalidad de las sentencias analizadas. También fueron registradas alteraciones en cuanto a la calificación del delito, costas del proceso, entre otros.

A primera vista en cuanto al *Procesamiento de casos de abuso sexual* los fallos analizados pueden tomar esa orientación, de la homologación del procesamiento y condena del imputado. En los fallos n° 1 y n° 6 se hace referencia a la disposición del Art. 306 del Código de Proceso Penal (Título IV) sobre la situación del imputado en cuanto a los términos y requisitos para el Procesamiento (Capítulo V): “*siempre que hubiere elementos de convicción suficientes para estimar que existe un hecho delictuoso y que aquél es culpable como partícipe de éste, el juez ordenará el procesamiento del imputados*”. Los fragmentos extraídos de las sentencias originales muestran la confirmación expresa de la disposición del CPPN (Artículo 306) en el fallo n°6a partir de *la prueba acumulada y los elementos de convicción*, mientras el fallo n° 1 homologa parcialmente la decisión de 1ª instancia, confirmando el procesamiento, modificando a su vez en 2ª instancia el tipo de delito que ha sido agravado para *corrupción de menores por mediar engaño*:

Fallo: n°6[...]El tribunal se encuentra en condiciones de resolver el caso. A criterio de la sala, *la prueba acumulada en el sumario permite tener por acreditado, en los términos del artículo 306 del Código Procesal Penal de la Nación* que el encausado abusó sexualmente -en dos oportunidades [...]En consecuencia, el tribunal *RESUELVE: Confirmar la resolución de fs. 82/88, en cuanto decretó su procesamiento en orden al delito de violación cometido en perjuicio de la menor.*

Fallo n° 1 “ [...] Como colofón fue engañado y adhiero a la propuesta del doctor (...), sin perjuicio de la significación jurídica que en definitiva se le otorgue al entuerto. Por las razones recedentemente expuestas, *el Tribunal resuelve: Confirmar la resolución que decreta el procesamiento modificándose la calificación legal asignada que será la de corrupción de menores, agravada por mediar engaño* (arts. 45, 125, párrafos primero y tercero del Código Penal y 306 del Código Procesal Penal de la Nación).

Dicha incursión en los fragmentos nos permite observar en un primer momento como en base al ‘*saber penal*’ los argumentos de las sentencias van siendo tejidos de forma dogmática, a partir de un lenguaje rebuscado de compleja y restringida comprensión que sugieren nada más que la perdurabilidad de los sentidos tradicionales de la cultura jurídica, así como la sobrevaloración de la jerarquía entre los jueces. En cambio, en el fallo n° 3 el artículo 306 no figura explícitamente, la decisión parece estar mediada por conceptos del derecho penal como los *elementos de prueba, marco*

de probabilidad exigido, que al final obtiene como resultado la homologación del procesamiento:

Fallo n° 3 [...] En la medida que *los elementos de prueba aquí cuestionados contribuyen decididamente a conformar el marco de probabilidad exigido* para esta etapa, desde esta perspectiva, *la resolución cuestionada merece homologación*.

Cabe rescatar que los procesos analizados en esta tesis se refieren a la imputación de delitos contra la integridad sexual infantil, mejor dicho, procesos que ya fueron juzgados en primera instancia, en su mayoría condenados y a título de apelación fueron a segunda instancia. Cuestión que no es menor ante la necesidad de una mayor visibilidad a los procesos los cuales, supuestamente, “la víctima menor de edad de un delito ingresa al sistema penal y en virtud de las teorizaciones, supuestos y reflexiones de los agentes de la justicia de menores recibe el tratamiento acorde con su problemática.” (Villalta, 2000). En este sentido lo que nos sugiere los fallos parte de una mera conceptualización tradicional de los textos jurídicos, de la predominancia de un discurso restringido que se resiste en dialogar con distintas áreas de conocimiento. A título de ejemplo, en el fallo n° 7, fueron utilizados exclusivamente los “principios políticos del procedimiento penal” para definir los argumentos racionales como *reglas de la sana crítica*, conceptualmente considerados en cuanto método de valoración probatoria entre la *prueba legal y la libre convicción*, en el cual el juzgador aprecia los elementos de prueba reunidos. Tras referida la argumentación el tribunal confirmó el procesamiento:

Fallo n° 7[...] Las constancias probatorias mencionadas, valoradas de acuerdo con las reglas de la sana crítica, es decir, mediante un método que *“exige que el tribunal exprese su convicción y, además, que funde esa convicción a través de argumentos racionales que tengan en cuenta los diferentes elementos de prueba válidamente incorporados al proceso”* (Alberto Bovino “Principios políticos del procedimiento penal”, pág. 93 y ss., Ed. Estudios del Puerto, 2005).[...] *Por ello, habremos de confirmar el procesamiento impugnado*[...].“

Para dar cuenta de esa perspectiva, pese a que el fallo n° 15 haya enunciado los posibles impactos del delito sobre la víctima y su normal desarrollo, la argumentación no partió de la victimología en cuanto “ciencia interdisciplinar que se ocupa del conocimiento relativo a los procesos de victimización y desvictimización en un sentido amplio.”(Martínez et al, 2015, p.10), sino exclusivamente de la enseñanza de la doctrina penal.

Antes de confirmar el procesamiento que también modificó la calificación legal del hecho, en base exclusiva al manual de derecho penal el fallo n° 15 el tribunal presentó sus consideraciones acerca de los efectos del delito sobre la víctima:

Fallo n°15 [...] *La doctrina enseña que lo que castiga aquella figura es la indebida interferencia en el proceso de formación de la sexualidad o su normal desarrollo mediante la realización de prácticas que tengan capacidad de degenerar o depravar sexualmente a la víctima* (D’ALESSIO DIVITO; Ob. Cit. p. 266). En consecuencia, se RESUELVE: *CONFIRMAR el procesamiento de [...] aunque modificándose la calificación legal del hecho*, pues se lo considera incurso en el delito de abuso sexual simple en concurso ideal con el de corrupción de menores – artículos 119, primer párrafo, y 125, primer párrafo, del CP– (150/156)

Resulta igualmente claro en el fallo n°16 los elementos del discurso jurídico ante un delito de “*difícil recolección de prueba*”, cuyas constancias deben ser valoradas “conforme la lógica y la experiencia” para reconstruir lo sucedido. La calificación legal estuvo modificada cuando confirmada la sentencia:

Fallo n° 16 [...] En consecuencia, *las constancias acumuladas que deben ser evaluadas en forma conjunta conforme la lógica y la experiencia* (artículo 241 del Código Procesal Penal de la Nación), *tornan estéril* en este estadio el esfuerzo defensivo. Se sostuvo reiteradamente que en este tipo de delitos, de difícil recolección de prueba, deben valorarse los aspectos relevantes de la instrucción para arribar así a un fallo que resulte abarcativo de todos los elementos de juicio colectados y que, en definitiva, permitan reconstruir lo acontecido [...] Por ello, el Tribunal RESUELVE: I) Confirmar el punto I del auto de fs. 147/161 vta., *debiéndose modificar la calificación legal* asignada por resultar en principio el indagado autor de los delitos de abuso sexual, integrado por actos con y sin acceso carnal, *agravado por el vínculo*, en concurso ideal con el delito de corrupción de menores, calificado por haber sido cometido por un ascendiente. [...]

A raíz de lo expuesto cabe subrayar en el fallo n°16 algunos particulares desafíos para la justicia penal vinculados al debido acceso a la justicia en cuanto a la reconstrucción de contextos de abuso sexual infantil. El primero, según Myers es que “el abuso sexual infantil es difícil de probar, en general no hay evidencia médica, pero aún es admisible cuando tal evidencia no existe.” (Myers, 2010, p.56). No obstante, para el distinguido especialista en materia de juicios de abuso sexual y maltrato infantil²⁴ de los cuales afirma haber leído “cientos de decisiones de los tribunales de apelación cada año”. (Myers, 2010, p.56), pese a que la mayoría de las veces el desempeño de esos tribunales sea admirable Myers considera que “este tipo de caso se erige y se cae sobre la espalda del niño.” (p.56). En este sentido, dada la característica del delito, el peso del proceso sobre el niño se debe a que no solo que se trata de un “delito que ocurre en secreto, pero que en la mayoría de las veces los únicos testigos son el niño y el perpetrador.” (Myers, 2010, p.3). Por esas mismas razones

²⁴ John E.B. Myers, J.D. es Profesor Distinguido en la Facultad de Derecho McGeorge de la Universidad del Pacífico en Sacramento, California, autor y/o editor de ocho libros, más de 100 artículos y capítulos sobre maltrato infantil. Su redacción ha sido citada por más de 140 tribunales, incluido el Tribunal Supremo de los Estados Unidos..

la Suprema Corte en Estados Unidos ha observado: “el abuso sexual es uno de los delitos más difíciles de detectar y procesar, en gran parte porque a menudo no hay testigos, excepto la víctima.”²⁵(Citado por Myers, 2010, p.4). Siendo así, las definiciones judiciales a partir de criterios como “lógica y experiencia” en el análisis de los fallos tienden a reforzar lo desarrollado por Villalta (2000) respecto a la administración de la justicia para los menores de edad, queda “atravesada por distintas metáforas que operan de modo eficiente, y sobre la base de ellas los distintos agentes se ven habilitados para actuar a partir de diferentes "ficciones organizativas", formas en que la realidad es organizada dotándola de significado y de este modo la tornan inteligible.” (Villalta, 2000, p.1).

Lo observado por Villalta nos permite matizar en el fallo n° 24 respecto a que distintas “ficciones jurídicas” suelen ser aplicadas en la doctrina del derecho tal como la idea de *presunción* que opera en cuanto “concepto ficticio” de la justicia, la cual se establece a través de un mecanismo legal automático en el derecho penal. Dicho mecanismo considera que un hecho determinado entendido como probado simplemente por los presupuestos para ello, puede restringir el argumento jurídico acerca de la inmadurez del niño víctima a la presunción *iuris et de iure*, una presunción absoluta, de hecho y de derecho, que se establece por ley y que no admite prueba en contrario:

Fallo n° 24 [...]En este sentido, la ley resta significación al consentimiento al presumir *iure et de iure* la inmadurez de la víctima para comprender suficientemente el sentido de su comportamiento. *La doctrina destaca*,²⁶ aunque con relación a la figura de estupro, que el aprovechamiento de la inmadurez sexual “...se relaciona, sin dudas, con el estado de inocencia derivado de la falta de experiencia sexual, que determina que [la víctima] no pueda prestar un consentimiento válido que involucre las consecuencias de aquello que consiente o el significado del acto²⁷” (Así, el Tribunal se RESUELVE: I. CONFIRMAR el punto I del auto traído a estudio que decretó su procesamiento como autor del delito de abuso sexual con acceso carnal, en cuanto fuera materia de recurso.

La objetividad jurídica expresa a través de la presunción identificada en el fallo n° 24 al mismo tiempo que justifica una comprensión del tribunal sobre del comportamiento de la víctima, también confirma el procesamiento del imputado como autor de delito sexual, a través decodificaciones de un conocimiento penal tradicional y fragmentado. Sin lugar a dudas el análisis cualitativo de las sentencias enuncia un formato jurídico recurrente, de fácil detección.

²⁵Pennsylvania v. Ritchie, 480 U.S. 39, 60 (1987).

²⁶ Ver Baigún, David y Zaffaroni, Eugenio Raúl, Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. 1ª edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2008, Tomo IV, pág. 498

²⁷Código Penal Comentado y Anotado Dirigido por Andrés José D’Alessio y coordinado por Mauro A. Divito, Parte Especial, Editorial La Ley, pág. 186, 1ª edición.

Ante las escasas estadísticas en Argentina sobre procesos penales sobre delitos contra la integridad infantil el informe *La aplicación de la justicia penal ante casos de violencia sexual perpetrados contra niñas, niños y adolescentes* hecho por la Defensoría del Pueblo en Perú nos ha brindado particular claridad de sentidos en base a 215 procesos de Juzgados Especializados en lo Penal de las seis regiones del país. Los procesos fueron seleccionados para analizar “el funcionamiento del sistema de administración de justicia penal en aquellos procesos por delitos sexuales en agravio de niñas, niños y adolescentes, el nivel de eficacia en la prevención de estos delitos y el grado de tutela de los derechos de las víctimas.”(2007, p.18). Además, consideramos algunas especificidades entre Argentina y Peru que tienen en común el modelo acusatorio de sistema penal. Aclaremos no haber pretensión de detenernos exhaustivamente en el informe, pero si remarcar configuraciones relevantes al debate propuesto en oportunidad de acceso a resultados oficiales consistentes de un estudio de enfoque cuantitativo y cualitativo que compone elementos de la cultura jurídica en la región.²⁸

Concerniente a los resultados en el informe sobre las *sentencias absolutorias* se ha invocado el principio de presunción de inocencia como fundamento de la absolución en la mitad de expedientes que contienen sentencias absolutorias. A pesar de existir elementos de pruebas del hecho delictivo en algunas resoluciones los jueces no utilizaron criterios como la *ausencia de incredibilidad subjetiva*, *verosimilitud*, *persistencia en la incriminación* establecidos en la doctrina y jurisprudencia comparada para evaluar la consistencia y verosimilitud del testimonio de la víctima, como prueba contra el acusado, los elementos de prueba no fueron considerados suficientes o idóneos para afirmar con certeza la responsabilidad del acusado. El estudio cualitativo de casos detectó que un “porcentaje significativo de casos de manera reiterada considera que la sola declaración de la víctima es insuficiente para demostrar la responsabilidad del acusado” (2007, p.256). En menor proporción se invocó el principio de *in dubio pro reo*, la falta de pruebas y la atipicidad de la conducta.

Ahora bien, la idea de “ficciones jurídicas” como la presunción absoluta o la presunción de inocencia nos ha permitido una particular observación acerca del tratamiento jurídico que reciben los niños víctimas de delito en el cual, por un momento se ha hecho visible la homologación del procesamiento del imputado, “haciendo posible visualizar definiciones e imágenes a partir de las cuales se construyen diversas correlaciones.” (Villalta, 2000, p.1) No obstante, entre las correlaciones más recurrentes sobre procesos penales sobre delitos sexuales contra niñas y niños se

²⁸ Burbano, Carolina Villadiego (2012). Implementación del sistema penal acusatorio en América Latina. VIII Curso Internacional de Capacitación en Prevención Comunitaria del Delito para Jóvenes Profesionales de América Latina Nicaragua, Octubre 2012

ha identificado en los fallos analizados contenido sobre *archivo y sobreseimiento*, quizás por el choque entre el sistema de valoración jurídico, volcado a la materialidad de los hechos ante las dificultades y especificidades del delito en cuestión, la violencia sexual infantil.

5. b. Cristalización de la doctrina y la jurisprudencia: la naturalización del archivo y el sobreseimiento en los procesos sobre delitos sexuales contra la integridad infantil

Uno de los principios de mayor trascendencia en la evolución histórica de la teoría del delito sin lugar a dudas ha sido el reconocimiento del *principio de culpabilidad* - “*nullum crimen sine culpa*”. “La culpabilidad es el juicio necesario para vincular en forma personalizada el injusto a su autor y, en su caso, operar como principal indicador del máximo de la magnitud de poder punitivo que puede ejercerse sobre éste.” (Zaffaroni, Aliaga, Slokar, 2005, p.326). Este principio comprende el presupuesto y fundamento de la pena y por lo cual no se considera admisible que haya pena sin culpa. Es considerado un pilar del Estado de Derecho una vez que sólo puede ser reprimido quien sea culpable y de ese modo representa un límite a la potestad punitiva del Estado. (Zaffaroni, 1987-1986)

La discusión sobre la culpabilidad en base a nuestro acervo de fallos de 2ª instancia sobre delitos contra la integridad sexual infantil figura en cuanto tensión permanente entre los argumentos dogmáticos “lógicos y racionales” contruidos por la doctrina jurídica y el debido acceso y administración de la justicia ante un delito de compleja “culpabilidad” bajo la lupa de la ciencia del derecho: la violencia sexual infantil. En esta perspectiva, cierto es que las “formas jurídicas” presentan una historia fragmentada en los expedientes catalogados por distintos actores, registrados en distintas etapas, historia que a menudo debe ser “reconstruida.” (Villalta y Ciordia, 2010, p.112). En este caso particular, que puede ser reconstruida a través de elementos dogmáticos como la “correcta ponderación de la situación fáctica para buscar la verdad procesal - que se compone de una verdad fáctica y la verdad jurídica, y a tal fin efectuar juicios de valor con el objeto de verificar el sustento fáctico y el carácter jurídico del caso”, fragmento que se observa a seguir:

Fallo n°22 [...]En primer lugar es oportuno recordar que en toda decisión de mérito el tribunal debe buscar la verdad procesal -que se compone de una verdad fáctica y la verdad jurídica, y a tal fin efectuar dos juicios de valor con el objeto de verificar el sustento fáctico y el carácter jurídico del caso.-La primera se verifica a través de los elementos probatorios, de la que surge la hipótesis delictiva objeto de imputación; y la segunda se comprueba con la interpretación del significado de los tipos penales que clasifican el hecho imputado como delito.-*En suma, toda conclusión jurídica debe basarse en la correcta ponderación de la situación fáctica bajo análisis, en cuanto a la materialidad objetiva, y debe ser valorada mediante principios lógicos que gobiernan la sana crítica racional.* Al respecto, el sistema de la sana crítica establece la más plena libertad de convencimiento de los jueces para lograr sus conclusiones de los hechos

de la causa, siempre y cuando las mismas sean el producto de la valoración racional de las pruebas en que se apoyan y que se adviertan las razones que sustentan el juicio de valor efectuado.[...]En ese sentido, el representante de la vindicta pública obró guiado por el criterio de objetividad que se concibe como profesionalismo, lealtad y buena fe hacia las partes (el “fairplay” o “juego limpio”).[...]En definitiva, la sala considera que corresponde desvincular definitivamente del proceso al encausado en razón a las alegaciones de las partes, que este tribunal corroboró al compulsar la prueba acumulada en el legajo.

La decisión del tribunal de “desvincular definitivamente del proceso al encausado” en base a un discurso jurídico tradicional, mediante *criterios de objetividad*, (*dos*) *juicios de valor* para un *análisis lógico y objetivo* sobre la *materialidad de los hechos* de modo a *verificar y sostener el carácter jurídico del caso* nos llama a la reflexión acerca del alcance de la ciencia del derecho ante problemáticas complejas como la violencia sexual infantil. Por otra parte, si “no hay delito sin culpabilidad” y eso representa una garantía del Estado de Derecho ante el derecho de las personas, la insuficiencia probatoria sobre la existencia del delito que caracteriza los procesos contra la integridad infantil tensionan los modos de producción de verdades fundados por el derecho, como lo plantea Morin (1993), reflejan incertidumbre y confusión del “saber penal” ante su principal consecuencia en estos casos particulares, la impunidad reiterada para ese tipo de delito.

Los datos de los expedientes recopilados por la Defensoría del Pueblo en Perú aportan precisión sobre el argumento en el cual ha prevalecido la imposibilidad de imputar al procesado sobre el hecho delictivo de la violencia sexual infantil ante la ‘insuficiencia’ de pruebas para acusar. Características particulares del informe de la Defensoría revelan que de la totalidad (100%) de los procesos sobre delitos sexuales contra niñas, niños y adolescentes (215) para el 56.7% hubo sentencia de las cuales la mayoría que compone el universo (36%) es *absolutoria* sobre los procesos. Los autos de *sobreseimiento* constituyeron la mayor forma de conclusión de este tipo de proceso, aproximados 30% (64), cuyos motivos de la decisión han sido *no haber pruebas suficientes para acusar*, en 6% de los casos *no haber información*, base de la notoria ausencia de elementos de prueba que permitan la continuación de muchos procesos penales de esa naturaleza (2007, p.257). Una escasa actividad probatoria originada “en la práctica estandarizada de algunos medios de prueba de parte de los órganos del sistema” ha sido apreciada en el análisis cualitativo, como la interpretación valorativa de parte del poder judicial así como “la falta de interés de la víctima en el proceso y, por consiguiente, de la inconsistencia o inverosimilitud del testimonio preciso, claro y directo de la víctima”.

Sabemos que se trata de un enorme desafío profundizar el debate olvidado acerca de niños y niñas víctima de las pautas políticas así como la discusión sobre la culpabilidad de los delitos sexuales. Según Sposato (2011) quien ha propuesto una teoría de responsabilidad penal del adolescente, en la teoría dominante de la culpabilidad se encuentra el presupuesto de la libre decisión del hombre estrictamente relacionada con la posibilidad de actuar distinto, [...] en base a un juicio de reprobación ante aquel que se ha desviado de la media en el momento de decidir”. Afirma Sposato tratarse de un concepto normativo, no psicológico en el cual reprobación y censura ante las conductas consideradas socialmente dañinas componen un juicio de culpabilidad, que a su vez funcionan como justificación de la punición ante el comportamiento del agresor. (2011, p.183).

Los elementos señalados por Sposato (2011) nos ayudan a indagar, no sin lapsos en materia jurídica, pero desde un lugar político y humano, la necesidad de trasladar algunos de los elementos discursivos de la cultura jurídica sobre el adolescente que comete un acto infraccional hacia la niña o el niño cuando son víctima de delitos. Siendo así, como sugiere la autora si por un lado en la teoría de la culpabilidad juicios como censura y reprobación llevan consigo el mensaje de que determinadas conductas hacen daño, no son deseadas y también son pasibles de punición (p. 184) - como es el caso de la violencia sexual infantil - ¿ por qué razón el discurso de los jueces expreso en las sentencias se muestra ausente en cuanto a la aprobación o desaprobación de conductas legalmente reguladas como delitos contra la integridad sexual infantil?

No por casualidad, según Carla Villalta “el acceso a la justicia para los niños y adolescentes víctimas de un delito, es sinónimo de examen e indagación. Lejos de la posibilidad de participar en la resolución del conflicto o de demandar justicia, lo que se les ofrece es “protección.”²⁹ (2000, p.10). No obstante, es importante señalar en el informe de la Defensoría cuatro casos para los cuales hubo sentencia condenatoria cuya sentencia estuvo motivada únicamente en el solo testimonio de la víctima a partir de criterios de valoración del testimonio.

Desde el enfoque preventivo de la culpabilidad enunciado por Roxin (citado por Sposato, 2011) que remite entre otros aspectos a una cuota de reprobación calificada de la conducta, como la vinculación entre política criminal y sistema penal (p.184), la necesaria interrelación entre política criminal y dogmática penal reforzada por Muñoz Conde (citado por Sposato, 2011) quienes proponen “un

²⁹Villalta aclara que “el ofrecimiento es selectivo, ya que en virtud de su perfil claramente clasista y de la actitud “salvacionista” de sus operadores, la justicia de menores “protegerá” a los niños víctimas que se hallen en una situación de riesgo, es decir, a los niños pobres” (p.10).

concepto de culpabilidad que contemple una dimensión social acerca del imputado.”(p.185) en relación a las condiciones sociales, “[...] la idea de responsabilidad como elemento que integra la culpabilidad, con el concepto de exigibilidad, sea con relación a la capacidad de motivación por la norma, respecto a accesibilidad normativa o aun en cuanto criterio de necesidad de la pena.” (Sposato, 2011, p 185).

En este sentido la complejidad en la cual se basa Morin, el desorden, la confusión e incertidumbre actúan como precursoras, no como fin. Para nosotros, la complejidad aquí es entendida como reto a una reforma de pensamiento ante el *sujeto niña/niño*, el *principio de culpabilidad*, el *delito sexual*, el *poder*, las *instituciones*, para así ampliar las posibilidades de indagación, reunión de nuevos saberes que logren captar la diversidad de la unidad, lo multidimensional (Morin, 1993) sobre los cambios reflexivos en la cultura jurídica en materia de acceso a la justicia para niñas, niños y adolescentes víctimas de violencia sexual.

5.c.Los peritajes: interacción y fragmentación de saberes

Según los principios de la lógica jurídico-burocrática la autoridad judicial para formar convicción necesita la interacción con distintos sujetos, discursos y configuraciones haciendo de “la fragmentación un componente inherente al trabajo con expedientes judiciales por tratarse de una historia contada por diferentes voces institucionales que catalogan, dan forma a las voces sobre quienes se está interviniendo. (Ciordia y Villalta, 2011, p.115). De ser así, si por un lado la doctrina jurídica penal aun expresa un paradigma objetivo en la producción de saberes volcados a la interpretación y aplicación de la ley, *los peritajes* se han consolidado como elementos racionales claves para las resoluciones judiciales.

Cierto es que a través de un discurso diferenciado, la especialidad del perito cobra peso en la resolución del proceso sobre la decisión del juez. Según AdriannaVianna puede el perito incluso brindar una imagen menos agresiva, “en algunos de esos, la imagen de acogida [...] puede ser aún más evidente, por asumir la forma de escucha de distintos especialistas de los servicios demandados por los que allí llegan, pero aun así responsables por juzgar y sentenciar”. (2009, p.2).Asumiendo esta perspectiva, mediante la interpretación racional especializada el perito le brinda al tribunal “certezas expertas” acerca del contexto en un entramado de relaciones que a raíz del “saber penal” se configuran imprescindibles en el proceso de convicción y de toma de decisiones.

Si para la decisión judicial la convicción forma parte del universo jurídico dogmático los conocimientos especializados desde el discurso médico tradicional al estudio de las subjetividades en el ámbito de la psicología fueron incorporados al proceso de construcción del saber jurídico a partir de contrastes entre respectivas áreas de conocimiento. En ese proceso, se ha instalado una relación dialógica cuya interacción entre el discurso jurídico y discurso especializado (de los peritos) ha marcado la perspectiva racional e instrumental del uso del conocimiento (Habermas, 1987).

En este sentido, los conocimientos especializados aplicados de forma abarcativa en búsqueda por la “verdad fáctica” de los procesos penales merecen dos reflexiones: primero cierta paradoja sobre la lógica jurídica cuya objetividad dogmática estricta y autocentrada que rige el saber penal, utilice la fragmentación y la dispersión entre distintos saberes arreglados en la naturaleza político social típica en las instituciones para apoyarse en un formato de autoridad – aquella de los especialistas. (Boltanski, 2013, p.455). En segundo lugar, si esa misma diversidad de conocimientos – jurídico, médico, psicológico entre otros es condición para objetivar los elementos probatorios de una sentencia, el discurso de los jueces tiende a variar simultáneamente entre objetividad y subjetividad. De la realidad “objetiva” de los tribunales rescatamos lo expresado en el capítulo anterior acerca del pensamiento complejo de Morín en cuanto un necesario reconocimiento de la complejidad sobre el problema de la objetividad, cuando el proceso autoproducido del conocimiento científico parte de la participación de múltiples intervinientes y actores. (Morin, 2002, p.17)

Desde la perspectiva penal objetiva, es notorio que la materialidad de los relatos de niñas, niños o adolescente debe ser corroborada en forma de evaluación especializada acerca de su contenido. De parte de los magistrados la valoración del discurso-perito se destaca por el énfasis en los informes de facultativos especializados cuyo lenguaje corriente a lo largo de las sentencias destaca criterios médicos como exámenes ginecólogos, psiquiátricos, así como de la psicología que utilizan valoraciones especializadas como *verosimilitud*, *fabulación* y *estrés post traumático*, seguidos de *consistencia/precisión del relato*. Los fallos n°1 y n° 7 revelan con claridad tratarse de informes especializados aquellos instrumentos que en la percepción del juez generan credibilidad sobre los dichos del niño víctima. Ante “víctimas particulares como las abusadas”(sic) el “beneficio de la duda” sobre esos mismos dichos se ha configurado a través del concepto también conocido como el “razonamiento inverso” que según Carlos Rozanski, “es producto de un imaginario de siglos con el cual se resolvía sencillamente el problema cuando aparecía la posibilidad de alguna criatura abusada la respuesta era, “*los niños mienten, durante siglos eso resolvía el problema, si consideramos que los niños mienten, está cerrado el caso*”.(Entrevista a Carlos Rozanski, mayo 2018).

De ser así la imperiosa tarea de los expertos psicólogos y psiquiatras en ejercer juicios de valor a través de instrumentos especializados que descuartizan el relato testimonial del niño bajo el formato de “dictámenes sobre la credibilidad de los dichos”. A partir de herramientas que transitan entre criterios lingüísticos como “estructura lógica, coherencia interna y sentido” y/o de diagnósticos médicos se convierten en sentencias sobre “posibilidades de fabulación” ante “patologías de índole psicótica, retraso madurativo o deterioro de las funciones básicas de la personalidad”. Que además, según la percepción de los jueces esos juicios deben ser profundamente valorizados por los magistrados encargados de operar el derecho:

Fallo n° 1 [...] Ello nos lleva a analizar el agravio defensivo en torno a la credibilidad de los dichos del menor. c) Acerca de la verosimilitud del testimonio de [...] la licenciada [...], del servicio de psicología del Cuerpo médico forense informó a fs. 393/394 que “... el relato tiene estructura lógica, coherencia interna y sentido. Posee rasgos de elaboración no estructurada y aporta una cantidad de detalles suficientes en forma espontánea y otros como respuestas a intervenciones. *También aporta detalles inusuales, superfluos y característicos.* [...] Por estos criterios de contenido o de realidad la valoración de este resalto, señala la categoría de verosimilitud.[...] No presentó en su procesamiento psíquico fenómenos de índole psicótica, ni acentuación imaginaria y/o fabulatoria patológica. [...] *Los informes señalados no permiten dudar de la credibilidad de los dichos del damnificado, en tanto entrevistar víctimas tan particulares como las abusadas, y dictaminar sobre la credibilidad de sus dichos o posibilidad de fabular de las mismas es sin duda tarea de expertos psicólogos y psiquiatras, que los jueces deben valorar profundamente* y, cuando no encuentran críticas científicas deben contentarse con ellas.

Fallo n° 7 [...]Entendemos prudente destacar que en la niña “... no se detectan elementos que den cuenta de una ideación de corte patológico”, verificándose verosímil su relato (fs. 89/90). El peritaje practicado a [...] surge que “*Se trata de una personalidad en la que no se observa actividad de índole psicótica, ni organicidad, ni retraso madurativo o deterioro de las funciones básicas de la personalidad* (...)Estos extremos permiten visualizar un cuadro de situación donde el relato de la víctima no se encuentra teñido por fabulaciones ni por influencia externa.

De nuestra parte, es prudente aclarar no haber dudas sobre los avances técnicos en términos de acceso a la justicia a partir de la incorporación de profesionales de diferentes disciplinas en procesos judiciales para la evaluación de los casos, transponiendo así las fronteras meramente jurídicas. Sin embargo, si miramos hacia la víctima que en este caso se tratan de niñas, niños y adolescentes en doble condición de vulnerabilidad, lo que se discute es el enfoque, el modelo, el paradigma en el cual se ha consolidado ese intercambio de saberes. A partir del discurso observado en los fallos lo que se percibe es una tendencia del juez a ejercer juicios de valor para formar convicción, no sobre el contenido de la declaración testimonial de una situación brutal de violencia contra una persona, sujeto de derecho a la protección absoluta y prioritaria según el tratado de protección más ratificado del planeta, la Convención Internacional de los Derechos del Niño, pero si cobra relevancia la evaluación plasmada en los informes elaborada por diferentes especialistas a partir de indicadores,

taxonomías que “advienten” patologías médicas, en gran mayoría de salud mental, bajo el formato de certidumbres oficiales como lo indica Morin (1993, p.30), muy a menudo vinculadas a ese tipo de víctima, como se puede visualizar fácilmente en los distintos fragmentos:

Fallo n° 5 [...] *La víctima introdujo con sus comentarios cierta duda sobre la verosimilitud de su imputación al dar como probable que su relato pueda responder a su imaginación. Adviértase que esa duda también se ve plasmada en el informe del Cuerpo Médico Forense de la Justicia Nacional de fs. 38/40 al sostener que: “correlacionadas a la información brindada en el informe pericial ya remitido se infieren indicadores compatibles de secuelas psíquicas reactivas postraumáticas de naturaleza sexual”.*

Fallo n° 8 [...] *La licenciada [...] del Cuerpo Médico Forense, luego de evaluar a [...] coincidió con la conclusión detallada en el párrafo precedente y agregó que “Es posible concluir que la estructura psicológica de la menor posee, en esta fase exploratoria, la presencia de signos compatibles con secuelas psíquicas de experiencias traumáticas de naturaleza*

Fallo n° 13 [...] *Los relatos descriptos cobran relevancia ante los informes elaborados en el Cuerpo Médico Forense. En efecto, a fs. 118/122 obran las conclusiones de la licenciada en psicología [...], quien señaló que no se registraron en la menor “indicadores de productividad de índole psicótica ni alteraciones en la sensopercepción. Tampoco se advierte en su discurso ideación fabulatoria” y que “los indicadores compatibles con victimización en el área psicosexual”.*

Fallo n°22 [...] *Concluyó que, del relato brindado por aquélla, respecto a la naturaleza voluntaria de sus relaciones sexuales con el imputado resultan verosímiles. No presentó signos de ideación psicótica ni de incremento patológico de la imaginación. sexual”, siendo el mismo resultado el de su hermana [...] -ver fs. 37/40 y 42/45*

De la mano del juez que controla el poder punitivo del Estado, como dispuesto en el fallo n°16 el especialista comparte el poder de incriminar, enjuiciar y sentenciar a través de las calificaciones deterministas de los peritajes en el conjunto de pruebas reunidas en los procesos autorizando así su avance en el sistema de justicia:

Fallo n°16 [...] *Compartimos el temperamento incriminatorio adoptado pues las pruebas reunidas ameritan el avance del proceso. II.a) [...] y [...] relataron como el indagado abusó sexualmente de ellas, describiendo detalladamente las circunstancias de modo, tiempo y lugar que rodearon tales eventos (ver fs. 5/9, 10/13, 66/7 y 75/76). Sus versiones fueron calificadas por diferentes especialistas como verosímiles (ver fs. 30/31, 34/35, 45/46, 47/48, 86/95 y 101/108). Son determinantes, los peritajes efectuados por el Cuerpo Médico Forense donde se concluyó que las nombradas están afectadas por un cuadro psíquico conformado por un Estrés Postraumático compatible con el abuso sexual denunciado (ver fs. 94 y 107). No se detectó fabulación patológica (ver fs. 95 y 107/108)*

Así el poder del informe por acreditar responsabilidad en el conjunto de pruebas tiene poder para autorizar el avance de las etapas procesales:

Fallo n° 27 [...]Del informe psiquiátrico realizado a la niña por la Dra. [...] se desprende que *“Presenta indicadores de estrés post traumáticos verosíblemente asociados a los eventos que relata como padecidos, surgiendo (...) del análisis integral de su discurso, reacciones emocionales/afectivas y cognitivas. Su relato presenta indicadores de credibilidad por ser coherente (...). El estudio psicológico de fs. 96/99 añadió que “(...) Se registró que los hechos denunciados en autos han tenido un impacto emocional en [...] y han producido una modificación en su vida cotidiana.” Las pruebas reseñadas acreditan su responsabilidad y autorizan el avance de las actuaciones hacia la próxima etapa procesal.*

Resulta importante precisar no ser excepcional que fiscales y defensores a veces recurran testimonio de expertos en un esfuerzo por fortalecer o debilitar al niño en el proceso (Myers,2010, p.4). Según el especialista que ha evaluado decisiones de tribunales de apelación en Estados Unidos “algunas formas de testimonio experto son directas y sin controversias, otras son complejas, controvertidas de dudosa confiabilidad”. (p.56) Agrega que la poca confiabilidad de testimonios de expertos pueden escapar de la evaluación de jueces en primera instancia e incluso no llegar a ser atrapados en la fase de apelación”, configurando un entramado complejo acerca de la participación de expertos en procesos penales sobre delitos sexuales. De otra parte, se suma a nuestro análisis los datos empíricos recopilados de los expedientes de la Defensoría del Pueblo en Perú que revelan como fundamento principal de las sentencias condenatorias la “combinación de dos o tres medios de prueba: (i) la declaración de la víctima con el examen psicológico de esta”, sobre todo por el valor que se le otorgó al examen psicológico como elemento que aporta verosimilitud a su testimonio capaz”; (ii) las sentencias se fundamentaron en la declaración de la víctima y el examen clínico de esta; por último, (iii) la declaración de la víctima y los exámenes clínico y psicológico de ella. (2007, p. 257). Si volvemos a Myers, la integridad de los juicios puede estar amenazada ante la admisibilidad de “testimonios expertos de dudosa confiabilidad que pueden ayudar al defensor a ganar el caso ante la comprensión superficial que tienen los abogados acerca de la complejidad del testimonio de expertos con respecto al abuso sexual infantil.”(2010, p.57)

Así, la interacción hegemónica entre el discurso jurídico y experto tiende a fortalecerse en cada sentencia las cuales niñas y niños a través de sus testimonios aparecen de modo controvertido a partir de interpretaciones “especializadas”. El propio lenguaje de las sentencias parte de una lectura lineal de los hechos. Ahora bien, si en los informes psiquiátricos y psicológicos se ha enfatizado los criterios de salud mental, en los informes médicos ginecológicos se ha buscado la literalidad de la “mecánica del hecho”, es decir, los indicios sobre el cuerpo que solo pueden ser confirmados a partir consecuencias sobre la condición física de la niña, niño o adolescente cuando sometidos a una

situación de violencia física/sexual. Veamos a través de las explicaciones médicas descritas por los jueces en las propias sentencias:

Fallo n° 4 [...] A las dudas señaladas se adiciona que el menor no tiene lesión, hematoma, raspón o signo alguno que permita dar crédito a su versión (ver informe médico de fs. 32)

Fallo n° 13 [...]A dicha circunstancia se suma que, en efecto, del examen ginecológico practicado en agosto de 2010, surgió que el himen presentaba “desgarros antiguos (cicatrizados)” y que “el mecanismo narrado en la denuncia es idóneo para la producción de los mismos” –fs. 144/145. [...]La ponderación conjunta de tales elementos conduce a concluir en que se han comprobado tanto los abusos reiterados relatados como el episodio consistente en la penetración por vía vaginal.

Cabe razonar que los casos de violencia sexual infantil cuyos elementos de prueba disponen de evidencia médica que facilitan la comprobación de una situación de violencia se configuran mucho más la excepción que regla en procesos de esa naturaleza, especialmente en casos de abuso sexual reiterado caracterizado como delito de difícil detección por no dejar huellas. Las escasas estadísticas sobre los procesos que involucran delitos sexuales contra niñas y niños lamentablemente confirman esa realidad.

Como hemos visto anteriormente, no solo pocos procesos sobre delitos sexuales llegan a juicio como de los que llegan, la mayoría de las sentencias tiende a ser absolutoria, sea por falta de información, sea por insuficiencia de pruebas. Esta última a su vez figura en segundo lugar entre las causas para el proceso no avance, luego para la impunidad para ese tipo de delito: el sobreseimiento del proceso por insuficiencia probatoria junto al poco interés en la víctima en el proceso. Asumiendo esta perspectiva, Beloff(2010) subraya las “dificultades de superar los modelos inquisitivos clásicos en los que la víctima no tiene ninguna participación, concretamente expresadas por la imposibilidad de implementar de forma definitiva modelos adversariales que marcan un mayor protagonismo para las víctimas.(2010, p.22). Sin embargo, cabe mencionar que las cifras negras sobre los índices de violencia sexual contra niñas, niños y adolescentes han disparado procesos de movilización en la sociedad cuyos esfuerzos han sido propuestos de modo a transformar culturas jurídicas adultocéntricas que en gran mayoría transformaban la experiencia del testimonio en un penoso sacrificio. (Dos Santos; Viana y Batista, 2017, p.25).

A diferencia del sacrificio para niñas, niños y adolescentes víctimas de delitos contra la integridad infantil que caracteriza ‘acceder a la justicia’ a través de una experiencia revictimizante en el sistema de justicia, los nuevos dispositivos de protección infantil regulados por el artículo 250bis y ter del CPPN a raíz de la ley 2585 han cambiado el paradigma de escucha judicial para víctimas infantiles de violencia sexual. Sin dudas la “Ley Rozanski” ha marcado una divisoria de aguas entre el discurso dominante lógico-burocrático de los tribunales que hasta hoy insiste en permear las sentencias hacia una mirada más amplia que lo atraviesa en dirección a un sistema de justicia penal multidimensional, es decir, con capacidad transdisciplinar de intervenir de forma no revictimizante, humana, justa y equitativa ante la diversidad y la percepción sobre las distintas ‘asimetrías’. Resta indagar si el panorama inaugurado por la ley N°25852 en cuanto notorio avance normativo dentro del sistema de justicia penal goza de un factible potencial democratizador de acceso a la justicia para niñas, niños y adolescentes víctimas de violencia sexual.

Capítulo 6: ‘Cambios’ en la protección de niñas, niños y adolescentes víctimas - análisis de los Fallos de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal

6.a. Modelos de “escucha” en sede judicial: aspectos controversiales sobre el cambio de paradigmas

Se puede decir, no sin controversias, que la reforma en el CPPN concerniente a la incorporación del artículo 250bis y ter a partir de la Ley 25852 ha consolidado avances normativos con un enorme potencial democratizador del acceso a la justicia para niñas, niños y adolescentes víctimas de violencia sexual. No obstante, lo controversial se relaciona al panorama en el cual ha sido construida la reforma, un ambiente jurídico tradicional cuya justicia en casos de delitos contra la integridad sexual infantil se ha caracterizado por la actuación burocrática de los jueces como “porta-vozes” del poder estatal. Antes de la aprobación de la ley 25852, a diferencia de lo consensuado en la Convención Internacional de los derechos del Niño, las niñas, niños y adolescentes eran interrogados de forma tradicional como testigos adultos, lo reafirma el ex juez de Cámara Carlos Rozanski, especialista en temas de violencia y maltrato infantil y autor de la ley 25852:

“[...]Era llevar adelante juicios con la aplicación no solo de las normas tradicionales que no protegían a los niños, sino además con la mentalidad tradicional que era la que avalaba esta norma, es decir, los niños eran simplemente testigos, más peticitos, más bajitos y punto.”
(Entrevista a Carlos Rozanski, mayo de 2018)

Además, pese a que en Argentina un complejo entramado normativo reconozca una cantidad de derechos a las víctimas de delito menores de edad, en distintas jurisdicciones, como a nivel federal, las transformaciones en la justicia penal han ocurrido de forma lenta, con retrocesos en el intento de compatibilizarse con los compromisos internacionales asumidos por el país. (Beloff, 2010) Ahora bien, si las medidas de protección infantil en Argentina son recursos jurídico-legales vigentes con rango constitucional nos queda pendiente la indagación ¿Qué componentes reflexivos tienden a generar obstáculos en la práctica judicial para que no se plasme una cultura jurídica acorde a los marcos avanzados de Derechos Humanos?

De ese modo, este análisis tiene su mirada sobre las *medidas de protección* infantil a partir de los diferentes sistemas políticos de dominación en los cuales las instituciones son las responsables por mantener la realidad, siempre entendida en cuanto “una realidad socialmente construida por una red de formatos, rutinas, formas simbólicas y objetos que figuran representados, luego, que no pueden abarcar todo lo que sucede.” (Boltanski, 2013, p.444). El autor las describe a las instituciones, tal como los sistemas de justicia, como instancias de confirmación. Se les atribuye una función semántica que defiende y refuerza la relación entre “formas simbólicas” y el “estados de las cosas”. Para nuestro análisis tomamos como *forma simbólica* los enunciados de los fallos, como el *estado de las cosas*, la orientación ético política que refuerza o confirma el estado de cosas en procesos sobre delitos contra la integridad sexual infantil.

De ahí, asumiendo elementos teóricos de Boltanski acerca del modelo de *dominación gestonaria* el cual entre otros aspectos se refiere a la contradicción inmanente de la vida institucional, a “la tensión entre la naturaleza obligadamente incorpórea de las instituciones (que son entes sin cuerpos) y la naturaleza necesariamente corporal de los porta-vozes que permiten a la instituciones intervenir en la realidad” (p.445), lo trasladamos al modelo gestionario de intervención de los jueces como porta-vozes del poder judicial en cuanto institución que materializa el poder estatal. La perspectiva reflexiva de Boltanski sugiere los términos de uno de los varios sistemas de dominación, cómo, a partir de diversos mecanismos de control jurídicos, la utilización tradicional de la ciencia jurídica o la incorporación fragmentada de la especialización en el sistema construye “arreglos” para mantener su sistema de gestión y dominación.

Consideramos esta perspectiva para analizar el escenario formal institucional en el cual ha ganado notoriedad el avance normativo materializado por la inclusión de los artículos 250*bis* y *ter* en el Código de Proceso Penal de la Nación que le otorga valor de prueba y establece estrictas medidas para tomarla junto a niñas, niños y adolescentes víctimas de delitos contra la integridad infantil. Sin embargo, controversialmente o lo que dispone la norma en el momento de los juicios, algunos de los procesos judiciales que tienen a los niños como víctimas no la respeta. (Abad, 2016). La tensionada relación entre el niño/niña sujeto de derechos en condición de víctima de delitos ante el sistema de justicia ha sido referenciada ante la dificultosa producción de pruebas en materia de delitos sexuales en Argentina sumada a la impunidad de delitos de esa naturaleza expresa por escasas estadísticas cuya relación entre denuncia/condena de los delitos de agresión sexual no supera en general el 3% (Rozanski, 2005, p.100).

A todo eso se suma una aparente confusión en el marco interpretativo de los jueces acerca del contenido de la ley cuya literalidad en términos de procedimientos sobre las garantías del debido proceso ha sido remarcada anteriormente. Pese al rango constitucional del Código de Proceso Penal, si dividimos en tres partes iguales el análisis de los fallos, tres aspectos llamaron particularmente la atención: (i) en un tercio de las sentencias analizadas *ninguna referencia ha sido hecha* a los artículos 250 bis y ter en el CPPN que rigen obligatoriamente las condiciones de acceso y participación de niñas, niños y adolescentes como víctimas y testigos en casos que involucran delitos contra la integridad sexual infantil inscriptos en el capítulo del Código Penal; (ii) otro tercio de las sentencias menciona el artículo 250 bis como *mero recurso jurídico disponible* sobre el procedimiento para la toma de testimonio de niños y niñas; (iii) en cuanto la última tercia parte atribuye “sentidos” a la reforma del artículo 250bis a partir de una nueva perspectiva hacia la protección del niño que será trabajada más adelante.

De momento quedémonos con la presentación del primer ítem, aquellos fallos cuyos jueces en algunos casos aplicaron la norma describiéndola a partir de las evaluaciones sobre el relato del niño en Cámara Gesell con elementos más cercanos a los peritajes, lejos de cualquier referencia al relato en su estado puro, tal como ha brindado la víctima (menor de edad). Como dicta la ley se recibe el testimonio infantil en los términos del artículo 250 bis a través del dispositivo designado para este fin - Cámara Gesell, luego el discurso del juez se enfoca exclusivamente en la evaluación psicológica especializada sobre los dichos del niño que textualmente enfatiza “ser de suma importancia lo expresado por la licenciada en psicología”, como se puede observar en el fallo n° 8, con aún más brevedad los fallos n° 22 y n°27:

Fallo n° 8[...]*Recibido el testimonio y practicada una evaluación psicológica en la Cámara Gesell a [...] no presentó en su pensamiento psíquico fenómenos elementales psicóticos ni ideación fabulatoria y/o imaginativa patológica, su relato tuvo una estructura lógica, es decir coherente y con sentido, con rasgos de elaboración no estructurada aportando detalles en forma suficiente.[...]De suma importancia es lo expresado por la licenciada en psicología [...] luego de entrevistar al menor en una nueva Cámara Gesell para constatar la intervención de la imputada y el conocimiento de ésta respecto de las maniobras abusivas perpetradas por su hijo.*

Fallo n°22 [...] Examinada la menor por la Lic. [...] del Servicio de Psicología del Cuerpo Médico Forense, en virtud del art. 250 bis del C.P.P.N., concluyó que, *del relato brindado por aquella, respecto a la naturaleza voluntaria de sus relaciones sexuales con el imputado resultan verosímiles. No presentó signos de ideación psicótica ni de incremento patológico de la imaginación.*

Fallo n° 27 [...]Este relato coincide con lo explicado por la menor en la entrevista prevista por el artículo 250 bis del Código Procesal Penal, *el que se calificó“(...) Como verosímil”* (fs. 84/87).

Los ejemplos sugieren un tipo de discurso en transición, distinto al modelo jurídico tradicional llevado a cabo antes de la reforma, en el cual, a partir del poder discrecional el juez interrogaba de forma directa al niño víctima y solo cuando consideraba necesario, en un segundo plano indagaba al perito experto sobre la confirmación o no de un supuesto delito. En este sentido, los fragmentos recién presentados anuncian en las sentencias el nuevo panorama normativo las cuales algunos fallos ya mencionan las disposiciones textuales establecidas por el artículo 250 bis que regula los términos para la interlocución junto al niño a cargo exclusivo del psicólogo responsable y que al mismo momento prohíbe cualquier tipo de pregunta o interrogatorio al niño de parte del juez, fiscal o defensor.

Una de las principales diferencias en ese discurso de transición tal vez sea el cambio entre el discurso predominantemente jurídico sobre la valoración del relato de la víctima junto a todos los elementos de prueba y la valoración de pruebas a partir de un discurso entre expertos, también discrecional ante el poder del juez sobre la credibilidad de los contenidos relatados en las testimoniales, pero en el cual relato de la víctima pasa a ser criteriosamente evaluado desde la expertise, este es el trato dispensado a niñas, niños y adolescentes víctimas de violencia sexual.

Con la reforma en el CPPN a raíz de la ley N° 25852 podríamos decir que se ha instalado ese contexto de transición entre modelos de escucha judicial en el cual la niña, niño o adolescente pasa a no más ser interrogado por el juez y las partes en una audiencia tradicional delante del imputado. De ahí, la Cámara Gesell emerge en las sentencias como recurso, dispositivo para el procedimiento en casos que involucran para delitos de esa naturaleza. Una primera impresión sería de que en el proceso de transición los sentidos más substanciales de la reforma en cuanto al derecho a ser efectivamente escuchado de modo no revictimizante en procesos judiciales a raíz de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño parecen no haber sido incorporados en términos de mentalidad, quedando relegados a una mera cuestión formal, procesual.

6.b.Artículo 250bis: el “derecho a ser oído” a raíz del artículo 12 de la Convención como mero recurso formal entre las partes

Como se desprende de la sección anterior, la incorporación de los artículos 250bis y ter ha configurado un antes y un después en el procedimiento de escucha judicial junto a niñas, niños y adolescentes víctimas de violencia sexual. Sin embargo parece hacerse configurado en el excesivo formalismo jurídico presente en los fallos cuya énfasis figura sobre los nuevos derechos de niñas, niños y adolescentes en referencia a los marcos normativos de protección infantil en el plano internacional como el “interés superior del niño” o el “derecho a ser oído”, así como en las leyes con rango constitucional de protección de la niñez. Del fallo n° 9 emergen juicios de los operadores del derecho sobre cómo adaptar los intereses jurídicos, en este caso la “conveniencia” en realizar una entrevista con la niña víctima a partir de las disposiciones obligatorias previstas en el artículo 250 por leyes nacionales e internacionales:

Fallo n°9 [...]Así, a los efectos de determinar la posible existencia de intereses contrapuestos de la madre, lo que permitiría habilitar la intervención oficiosa del Ministerio Público Fiscal en la acción contra [...] y [...], *entendemos que resulta conveniente realizar una entrevista a [...], conforme los recaudos establecidos en el art. 250 bis del ordenamiento adjetivo, la cual, como bien lo señalara la Sra. Defensora de Menores, no sería revictimizante, atento a que debe prevalecer el interés superior del niño y su derecho a ser oído y manifestar su opinión* (conf. arts. 1, 24 y 27 de la ley 26.061 y 12, 19 y ctes. de la Convención sobre Derechos del Niño)

Es interesante señalar cierta contradicción que permite el excesivo formalismo jurídico. Por tratarse de un fallo de apelación de parte de la fiscalía, el fallo n° 9 muestra un argumento de parte de la defensa del imputado estructurado en base a los “recaudos establecidos por el artículo 250bis” para que la víctima sea entrevistada de un modo “no revictimizante en consonancia con los principios de protección internacional”. Según la perspectiva teórica de Boltanski (2008) dicho panorama ilustra el “*proceso permanente de seguimiento de los cambios que surgen de aquellas intervenciones cuyo principal objetivo es cambiar procedimientos para escapar de ser acusada de un deseo de dominación*”.(p. 445).La descripción del fallo n° 10 sugiere una pluralidad de sentidos que claramente expresa la intencionalidad de los operadores del derecho en búsqueda de un parámetro objetivo, en este caso principios imperativos en la actualidad a ser aplicados para la resolución de ese tipo de conflicto como el *interés superior del niño*:

Fallo n°10 [...]Cabe destacar que *la necesidad de una protección especial a los niños enunciada en el preámbulo de la convención, así como la atención primordial al interés superior de aquéllos - entendido como la plena satisfacción de sus derechos- plasmada en el artículo 3ro. de esa normativa, proporcionan un parámetro objetivo que ha de tenerse en cuenta a la hora de resolver las situaciones en las que existan*

conflictos entre los intereses de niños menores de edad y de los adultos.[...]El interés superior del niño y la especial protección que ellos requieren, constituyen una prescripción de carácter imperativa que obliga a los jueces, como funcionarios del Estado, a una reinterpretación de la legislación nacional a la luz del texto de la convención con el riesgo, en caso de ignorarlos, de incurrir en responsabilidad internacional.

Cierto es que la necesidad de una reinterpretación de los nuevos principios y las leyes de protección en base al interés superior del niño de parte de jueces, estos como funcionarios del Estado se ha enunciado en algunas sentencias (fallo n°10), así como la responsabilidad internacional asumida ante los tratados de derechos humanos ya ratificados. Si miramos el contenido del fallos n°20, a seguir, se puede observar algunas sentencias elaboradas en este sentido con impecable argumentación normativa, como plantea Boltanski, que parecen haber incorporado el cambio y los nuevos dispositivos, pero que en realidad no lo hicieron realmente como cambio, solo de forma anunciada (2008, p.456):

Fallo n.º 20 [...] En el ámbito internacional, la Convención sobre los Derechos del Niño impone la necesidad de respetar su “interés superior” (art. 3.1 del Convención), en su resguardo y para prevenirlo de quedar expuesto a situaciones que atenten contra “...el desarrollo armonioso de la personalidad de aquéllos y el disfrute de los derechos que les han sido reconocidos” (Corte Interamericana de Derechos Humanos Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva 17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 53 y 137). De este modo, el interés superior de [...], entendido en el particular como el respeto a su voluntad de no declarar, debe prevalecer ante una norma de carácter procesal de menor jerarquía, por lo que la investigación debe procurarse mediante otros medios que no violenten el derecho de la niña frente al interés de la justicia de arribar a la verdad.

Acerca el *Interés Superior* de la niña víctima en juicio descrita en las carillas finales del fallo n°20 la interpretación que se presenta es controversial, una vez que parte de un argumento basado en el “respeto a su voluntad de *no declarar*” según las disposiciones de una “norma de carácter procesal de menor jerarquía” previstas por el artículo 250bis y ter, como utiliza la propia dogmática jurídica penal (a la inversa) para recomendar en cuanto “deber” de la investigación, llevada a cabo por la fiscalía, “procurarse mediante otros medios que no violenten el derecho de la niña frente al interés de la justicia de arribar a la verdad”. Estas contradicciones operan como obstáculos del acceso a la justicia para niñas, niños y adolescentes.

La forma como los nuevos derechos de niñas y niños aparece interpretada en el fallo n° 20 nos remite nuevamente a Boltanski (2013), quien afirma como una de las características los *sistemas políticos de dominación gestonaria*, la garantía de una forma de dominación que insista en el cambio pero que “subsista tácitamente por un conjunto de repeticiones y diferencias”(p.445):

“Una de las características de los dispositivos gestonarios es garantizar, si es posible por medios formalmente pacíficos, una forma de dominación que no solo no impide el cambio, pero que es ejercido a través del cambio. Ellos no actúan intentando impedir el cambio con el fin a todo costo de mantener una ortodoxia, como en las sociedades en las cuales el orden es mantenido por el terror o el martillazo ideológico. Al contrario, ellos intervienen valorizando, acompañando y orientando el cambio”. (Bourdieu & Boltanski, 2008 [1976],p.452; Boltanski, 2008).

En este sentido, tanto para la apelación del fallo en la perspectiva de los defensores, como en diámetro opuesto, de los fiscales el discurso de operadores del derecho, sugiere la necesidad manifiesta de intervenir según las “reglas del juego”, dentro de los estándares determinados; paradójicamente aún lejos de una nueva y multidimensional cultura jurídica de protección infantil. Cuando mencionada por la defensa del imputado la Cámara Gesell que se materializa a partir del artículo 250 bis en el CPPN, ciertas particularidades han sido observadas(fallo n°1 y n° 3), es decir, así como se cuestiona el relato del niño en casos de abuso en términos de credibilidad del contenido, el dispositivo, la Cámara Gesell, el ambiente amigable en el cual el niño declara, o mejor dicho, es entrevistado, también se transforma en blanco de credibilidad en relación a criterios jurídicos como precisión y objetividad, que a su vez pueden contaminar las informaciones, favorecer errores de procedimiento como la ausencia de notificaciones o el control de la prueba por las partes que por ende viola el derecho de defensa:

Fallo n°1 [...] Al respecto refieren que *ni la Cámara Gesell, ni el informe de fs. 643/644 aportan algún dato preciso y concreto* acerca de en qué habría consistido el abuso sexual cometido por [...], situación que no se ve subsanada con los dichos de la psicóloga [...]Por otra parte *aducen que la declaración efectuada por el menor ante la licenciada [...], por el sistema de Cámara Gesell carece de objetividad, y se vio inducida por juicios impropios efectuados por la psicóloga y a su vez se ha visto contaminada por las reiteradas entrevistas previas ante diversos profesionales.* También invocan los trastornos psicológicos del menor para restarle credibilidad a sus dichos. En torno a la Cámara Gesell, refirió, no se notificó a la defensa de su realización, razón por la que se vio imposibilitada de fiscalizar la labor pericial de la Licenciada [...], *circunstancia que, a su criterio, viola el derecho de defensa.*

Fallo n° 3[...] Limitado el Tribunal en los términos del art.445 del Código Procesal Penal de la Nación, *debe puntualizarse que la asistencia técnica de la imputada fundó su agravio en la circunstancia de que al haberse cumplido la entrevista en los términos del artículo 250 bis del Código Procesal Penal sin control ni examen por parte de ese ministerio, debido a la ausencia de notificación del acto, se vulneraron los derechos a la defensa en juicio y el debido proceso y se violentó la presunción de inocencia, ya que se privó a esa parte de controlar la prueba, al haberse llevado a cabo sin su intervención.*

Marcado por severas críticas de parte de la defensa, cierto es que por tratarse de una disposición obligatoria, el artículo 250 bis del Código Procesal Penal comenzó a figurar en los fallos que involucran delitos sexuales, pero junto a ellos surgen críticas hacia las nuevas competencias establecidas que les quita al juez y las partes el poder de intervención directa sobre niñas y niños víctimas y testigos en el proceso, por lo cual se refleja en la validez del relato que sigue cuestionada por la defensa (fallo n°10):

Fallo n° 10 [...]La cuestión planteada por la defensa radica en determinar la validez de la declaración brindada por el menor de edad [...] a través del procedimiento establecido en el artículo 250 bis del código adjetivo, en el que relató las acciones disvaliosas que su padre habría realizado en contra de la integridad sexual de su hermana.

No casualmente los fallos n°20 y n°22 revelan en común la crítica de los defensores sobre posibles equívocos de interpretación y aplicación del artículo 250bis.

Fallo n° 20 [...]En efecto, si bien la denunciante en autos [...] se presentó ante la seccional policial y relató detalladamente lo que su hija le contara respecto del hecho que la damnificara, lo cierto es que no contamos con el testimonio de la niña de modo de reconstruir el acontecer histórico de lo sucedido. *Cabe señalar, que más allá de que el Ministerio Fiscal insista con la declaración de la damnificada, bajo los recaudos del art. 250 bis del CPPN, lo cierto es que la denunciante se ha negado sistemáticamente a que se exponga a su hija a tal acto. Incluso, fue la misma damnificada quien se manifestara ante los profesionales del Cuerpo Médico Forense (cfr. fs. 45/47), por lo que compelerla a declarar, cuando es su deseo no hacerlo, no sólo resulta estéril a los efectos probatorios, sino que violenta el derecho de la niña a ser oída en su voluntad y a no ser revictimizada por un sistema judicial.*

Fallo n°22 [...]En ese sentido, la abogada [...] expresó que [...] *declaró en Cámara Gesell, sin previamente haber recibido asesoramiento técnico de especie alguna.* En ese sentido, la recurrente agregó que la niña prestó testimonio en la causa voluntariamente, luego de haber nacido su hija, y que, pese a haber sido menor de edad al tiempo de los hechos, habría “buscado” y “perseguido” al imputado porque se sentía atraída por él y sentía que lo quería. [...] *Que el “...el reconocimiento jurisdiccional de la imputación, esto es el sometimiento a proceso del imputado aparece referido en una serie de prueba que, lejos de comprometerlo lo desincrimina”. En particular, la declaración de la menor [...] en los términos del art. 250 bis del CPPN constituye una fisura respecto de la imputación cuando dice “yo lo engañé al imputado respecto de la edad que tenía, y yo lo seduje”.*

En contraposición al marco interpretativo de la defensa, cierto es que la nueva conformación de escucha judicial en base al artículo 250 bis ha caracterizado una impronta al trabajo del Ministerio Público Fiscal que ha pasado a utilizar las garantías previstas en ley para justificar recursos de apelación con el objetivo de seguir con la persecución y actuar de oficio y de aquellos casos sobre delitos contra la integridad sexual infantil que hayan sido sobreseídos o archivados en primera instancia, como sugieren los argumentos de parte de la fiscalía presentes en los discursos a seguir:

Fallo n°12 [...]La ausencia de instancia por [...], *impide al órgano jurisdiccional promover válidamente la investigación por la posible comisión del delito de abuso sexual en perjuicio de su hija [...];* máxime cuando fue descartado un hecho de estas connotaciones por la propia joven (y por su padre, tras dialogar con ella (ver la declaración testimonial citada). *Sentado ello, la pretensión del acusador fiscal de oír en los términos del art. 250 bis del CPPN a la menor a esta altura del proceso, por la sospecha de que pudo haber sido víctima de algún otro proceder cuestionable desde la óptica penal, en tanto habría manifestado en autos que el*

imputado se comportó agresivamente, no resulta conducente si se analiza en totalidad su discurso y se lo confronta a su vez con la actitud adoptada por sus progenitores tras dialogar con ella, para continuar con el asunto.

Fallo n°17[...]Lo que motivó al fiscal de la primera instancia a requerir la *promoción oficiosa de este proceso*, en protección de los intereses superiores del menor, consagrados en el artículo 19.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño a la que el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional otorgó jerarquía constitucional (fs. 18/19 y 22/vta.)

En términos del acceso a la justicia para niñas, niños y adolescentes en condición de víctima y testigo en procesos penales, más bien de una posible democratización del acceso, los panoramas de incertidumbre encuentran substancia sobre la efectividad de la reforma de la ley N° 25852. Eso porque aun cuando se trata de cambios sectorizados, procedimientos como es el caso de la reforma de un código procesual una parte significativa de jueces parece resistirse a incorporar nuevos paradigmas interpretativos sobre las prácticas judiciales y con eso transformar la cultura jurídica ante una nueva condición de sujetos sociales. Desde su contacto con la actividad de juez en tribunales colegiados junto a otros jueces Rozanski brinda elementos reflexivos de extrema importancia como la necesidad de empatía junto a las víctimas:

[...] El Impacto que claramente ocasiona la criatura delante de extraños contando, tratando de contar como contando lo que había sucedido. Pero no en todos los jueces, ese impacto solamente se produce en aquellos jueces que tienen empatía con las víctimas. [...]y hay una cantidad importantísima de jueces que no tienen empatía con la víctima. (Entrevista a Carlos Rozanski, mayo de 2018)

El conservadurismo dogmático que sostiene el discurso tradicional de los jueces parece resistirse a una interpretación más acorde a las complejidades de los nuevos paradigmas de protección infantil, así como el paradigma de escucha e intervención judicial a raíz del artículo 250 bis. Subyacen resistencias identificadas a partir de interpretaciones exclusivamente jurídicas, como las que emergen del fallo n° 19 cuando para no seguir con la acción penal pública, el juez restringe su argumento a cuestiones procesuales como las “garantías al debido proceso” o “la defensa en juicio”.

Sin llevar en consideración una reconfiguración de los saberes necesarios para afrontar procesos sobre delitos son contra la integridad sexual infantil junto a la interpretación de marcos normativos de protección infantil como la Convención de los Derechos del Niño, el juez se limita comparar jerarquías legales entre tratados de derechos humanos cuyo enfoque es garantizar meras cuestiones procesuales, quedando relegadas las especificidades de la problemática de la violencia sexual infantil:

Fallo n.º 19[...]el mantenimiento de la acción penal pública en estos actuados no puede encontrar favorable acogida de nuestra parte pues colisiona con los mandatos detallados en esta resolución y su aceptación redundaría en una clara violación a las garantías de debido proceso y la defensa en juicio. Por lo demás, es de mencionar que la Convención sobre los Derechos del Niño citada por el apelante para apuntalar su postura, incorporada al cuerpo constituyente luego de la reforma de 1994 (artículo 75, inciso 22) goza de igual jerarquía que la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que en sus artículos 9 y 15.1 consagran la garantía de la irretroactividad de la ley.

Desde un modelo de intervención penal tradicional y conservador que se sostiene a través de los siglos los fragmentos de las sentencias buscan señalar posibles nudos, trabas que deben ser reconsideradas desde una nueva perspectiva paradigmática compleja, tanto del Derecho Humano en sí mismo, como desde la óptica penal. Lejos de abarcar las diversas configuraciones que emergen del modelo tradicional de tratamiento judicial hacia niñas, niños y adolescentes víctimas de violencia sexual, lo que esperamos es construir estrategias (políticas) con vistas a un cambio que transite entre modelo jurídico tradicional de intervención hacia un consistente cambio de mentalidad y de la cultura jurídica en material de protección infantil ante toda y cualquier forma de violencia, incluyendo aquella cometida por el propio sistema de justicia.

6.c. La nueva “escucha” en Cámara Gesell: esfera de acción política en sede judicial en consonancia con el paradigma de protección infantil

En el marco de construcción del proceso de una nueva escucha judicial no revictimizante de niñas, niños y adolescentes víctimas de violencia sexual, varios aspectos se mostraron limitados o mismo controversiales como hemos tratado de presentar en secciones anteriores. Sin embargo, también se ha revelado bastante productivo, fructífero si por un lado consideramos las históricas y rígidas estructuras de poder vinculadas a la actuación del poder judicial.

El desglose de las sentencias ha sido abundante en presentar ventajosos elementos respecto a la práctica judicial junto a niños víctimas en el sistema penal, en el cual nuevos sentidos atribuidos al artículo 250 bis del CPPN pudieron ser extraídos de las sentencias. A fines de presentación en este estudio seleccionamos algunas descripciones de los fallos acerca de esos nuevos sentidos, de las cuales se mantuvo su estructura original sobre lenguaje de los jueces, a seguir:

- “*Recurso jurídico disponible para garantizar el derecho a ser oída y que el testimonio sea tomado en cuenta*”;
- “*Método que genera mayor precisión en el conjunto de informaciones*”;
- “*Énfasis en la víctima no en la pericia*”;
- “*Espacio en el cual la niña pudo hacer alusión al abuso sexual*”;
- “*Inaugura un modo distinto de producir prueba testimonial*”;
- “*Conserva la facultad de examinar el testimonio en otras etapas*”;
- “*Fortalece el argumento de la Cámara Gesell*”;
- “*Ofrece beneficios sobre la salud física mental, no se confunde con peritaje*”.

A primera vista las descripciones podrían configurar dos grupos principales acerca de los nuevos sentidos atribuidos por los jueces a partir de la incorporación de los artículos 250 bis y ter en el CPPN: (i) *procesual en cuanto recurso jurídico* cuyas características básicas que fortalecen la utilización de la Cámara Gesell comprenden un nuevo modo de producir prueba testimonial y no se confunde con peritaje, al mismo momento que ofrece posibilidades, recursos administrativos, como la videograbación, conservando así la facultad de examinar el testimonio en distintas fases del proceso; (ii) en cuanto *recurso metodológico* que tiene su énfasis en la víctima, no en el peritaje. El método no revictimizante incorpora el ambiente amigable con el niño, el espacio de acogida para que la intervención goce de impactos positivos y beneficios sobre su salud física y mental de la víctima.

A diferencia del sentido tradicional dogmático en el cual el juez forma convicción del contenido extraído en diferentes fallos, sugieren cierto un cambio en el abordaje e interpretación de algunos jueces acerca del testimonio junto al niño víctima y testigo bajo los recaudos del artículo 250 bis.

Dentro de una perspectiva procedimental el fallo n° 1 presenta un argumento cuyo pragmatismo jurídico es utilizado para explicar minuciosamente las especificidades procesuales que ubican el nuevo procedimiento para el avance de proceso, así como los sentidos metodológicos junto a la víctima:

Fallo n°1 [...]Los puntos centrales de los argumentos de los defensores ha radicado en la ausencia de comprobación del cuerpo del delito y en diversas objeciones que han efectuado respecto de la Cámara Gesell [...] efectuada en los términos del artículo 250 bis del Código Procesal Penal de la Nación, por las que consideran que debe ser invalidada. Por un lado, se manifiesta que la realización del acto sin haber sido notificado a los defensores, habría privado a éstos de la posibilidad de controlar la prueba.[...]En efecto, *no puede perderse de vista que los artículos 250 bis y 250 ter fueron incorporados al Código Procesal Penal, en el capítulo atinente a los testigos y no al vinculado a los peritos, con la finalidad de resguardar la salud física y mental de la víctima, evitando la interrogación directa del tribunal o las partes*, en los casos de menores, que pudieran haber sufrido hechos que importen lesiones y delitos contra la integridad sexual, para hacerlo a través de facultativos especializados. De ello, se infiere la imposibilidad de realizar preguntas directas, no puede perjudicar a la defensa, en torno al ejercicio de su ministerio, en tanto ello, constituye una restricción para todas las partes, incluso el juez. [...] Por otra parte, *los informes previstos en dichos artículos no revisten la calidad de peritaje, y en consecuencia, no resulta aplicable la normativa que regula estrictamente la prueba de peritos. Tampoco ello ha alterado en nada el conocimiento de los suscriptos acerca del contenido de la prueba reunida, en tanto al momento de resolver, se han tenido a la vista, las grabaciones de dichas entrevistas, en VHS, el DVD aportado por la defensa.*

Además de aclarar los sentidos procesuales de los artículos 250 bis y ter a raíz de la ley N° 25852 mencionada en el fallo n° 3, así como el fallo n°10 señalan un primer impacto de la reforma sobre un nuevo sentido de discurso que se desprende del fallo, que comparte aprendizajes y saberes sobre la toma especial de testimonio en casos de delitos contra la integridad sexual infantil. De ese modo la reforma gesta un cambio genuino sobre el discurso construido sobre el relato del niño en el cual, jamás antes visto gana lugar de importancia la declaración de la víctima como elemento de prueba de imputación contra el procesado equilibrando asimetrías de poder:

Fallo n°3[...]Cabe puntualizar que esta Sala del Tribunal ha sostenido, aunque con otra composición, que “los artículos 250 bis y ter que incorporó al Código Procesal Penal la ley 25.852 fueron incluidos en el capítulo atinente a los ‘Testigos’ y no al siguiente vinculado a los ‘Peritos’ y como emerge de la primera de las normas, se pretende evitar la interrogación directa del tribunal o las partes en los casos de menores que han sufrido hechos que importen lesiones y delitos contra la integridad sexual, para hacerlo a través de facultativos especializados” (causa n° [...], del 30 marzo de 2005).

Fallo n° 10 [...] Por último, tampoco debe pasarse por alto que *quien prestó declaración en los términos del artículo 250 bis del código de rito, también es un menor de edad -que además de que no pueda descartarse que se viera perjudicado por la situación traumática que le tocó presenciar-, goza del derecho a ser oído y que su testimonio sea tenido en cuenta en función del artículo 12 de la convención antes citada y de todo lo expuesto en los párrafos anteriores.* Por ello, en mérito a lo expuesto, se RESUELVE: CONFIRMAR contra la resolución de fs. 8/14 por la que se rechazó el planteo de nulidad articulado por la defensa de [...]

Particularmente sobre el fallo n°10 arriba presentado, más allá de que el reconocimiento de la situación de trauma a que está sometida ese tipo de víctima se pueda considerar un avance en el cambio de mentalidad de los jueces. Cabe resaltar el rechazo del pedido de nulidad de la sentencia de primera instancia por los jueces de ese tribunal de apelación cuya respuesta fue elaborada en los términos del artículo 12 de la Convención en cuanto al derecho a ser oído, respetando el mérito y confirmando el procesamiento del imputado. Por otro lado, si la producción de pruebas para ese tipo de delito encuentra particular dificultad en razón de las características de la violencia sexual infantil ante asimetrías de poder entre adulto y niños, cuando debidamente valorado el relato del niño este debería ser suficiente para eventualmente para superar la presunción de inocencia del imputado que a menudo caracteriza ese tipo de proceso, para así dar continuidad a la causa:

Fallo n°1 [...]:1.- Cabe señalar en primer término, *lo dificultoso que resulta la recolección de prueba directa en los delitos que atentan contra la integridad sexual, debido a que generalmente ocurren en un ámbito de privacidad, de imposición del más fuerte sobre el más débil, con complejas interacciones, difíciles de reconstruir históricamente. Es por ello que, ante la ausencia de testigos u otras probanzas, la prueba indiciaria cobra una situación de privilegio. Esto es unánime en doctrina y jurisprudencia.* Mediante las tareas de investigación efectuadas en un principio a partir de esos datos, luego reforzados mediante los dichos del menor en la entrevista efectuada en el marco del artículo 250 bis del Código Procesal Penal de la Nación se logró identificar fehacientemente a los cuatro imputados, determinar los lugares en que, éstos generalmente se reunían con la víctima [...]Ese día, habrían concurrido al Shopping “Abasto”, oportunidad en que [...] le habría obsequiado un teléfono celular, según le manifestó al menor, “porque me caes bien” (ver fs. 620 de transcripción de Cámara Gesell)[...]Sobre ello, Carlos Alberto Rozanski refiere “cada etapa evolutiva presenta características particulares que son tenidas en cuenta por los especialistas en el momento de las entrevistas y que luego van a permitir validar o no el relato. Por otra parte, estos expertos tienen en cuenta una serie de características que aparecen sólo en los relatos verdaderos de las víctimas.

El fallo n°1 enmarca unanimidad en la jurisprudencia acerca de las complejidades históricas en el proceso de producción de evidencias de esa naturaleza. No obstante, la opacidad del panorama probatorio aparece mediada por el impacto positivo del artículo 250 bis en la identificación de los imputados, el desmenuzamiento de detalles sobre el contexto de violencia que solo puede ser ofrecido a partir de la experiencia de quien ha sido testigo directo. En este sentido es notorio el impacto significativo del relato directo de niñas y niños, sin filtros a través de la Cámara Gesell o mediante interpretaciones entre jueces y peritos *hiperespecializados* sobre el conjunto de pruebas construidas a partir de argumentos consistentes de distintas áreas de conocimiento sobre el abuso sexual infantil (Rozanski, 2004).

Arriesgaríamos a decir que de las sentencias ha emergido un nuevo proceso en el cual jueces han inscripto su sentencia en base en el relato del niño en su estado bruto impactado por ese nuevo lenguaje primordial, la propia versión relatada por el niño como fuente de energía para la interacción entre los distintos saberes, es lo que nos muestra a seguir el fallo n°7:

Fallo n°7 [...] Además, al realizarse la Cámara Gesell, la menor hizo alusión a las diversas oportunidades en que su progenitora habría sido víctima de golpes, insultos y maltrato por parte del imputado (fs. 109/112). Puntualmente refirió que “...*que papá le pegaba a mamá a la noche cuando yo estaba dormida, en el día yo no dormía ...(!)... me hacía la dormida pero yo miraba y la golpeaba (...) mi mamá salió como, el la agarró no se de donde y la tiró contra el suelo, como una cosa que tiras al suelo (...) la mayoría de las veces que mi papá se peleaba, a veces era en el auto y en el auto mi papá le pegaba ...(!)...la pierna, le pegaba así en el pierna.*”

Fallo n°8 [...] Finalmente, de la degrabación de la entrevista de [...] y concretamente en cuanto al conocimiento por parte de [...] de las maniobras abusivas de su hijo con el niño, se subraya como antes se explicara en los párrafo precedentes, *que al serle preguntado sobre si recordaba que ésta hubiera hecho algo al advertir la situación que se dio en la terraza de la finca donde él estaba a su cuidado, éste afirmó: ...subió, miró, se rió y bajó... ella no hizo nada ¿ y esta señora [...] podía escuchar que vos gritabas? Si estoy seguro, casi cien por ciento que sí”* -ver fs. 415/419-

Cabe aún remarcar un cambio radical entre el discurso formalista e hiperespecializado presente en los fallos que resisten al nuevo paradigma de escucha judicial a raíz de la ley N° 25852 con aquellos señalados en los fallos n° 7 e n° 8 que en virtud de las nuevas disposiciones de protección infantil para procesos penales previstas por los artículos 250 bis generaron un particular protagonismo de niñas, niños y adolescentes víctimas en el proceso judicial en base su relato. A título de conclusión dos aspectos en materia del avance en el acceso a la justicia merecen destaque: la importancia, el valor atribuido a la posibilidad de *registro y reproducción del relato*, de la entrevista en distintas etapas del proceso, así como tras la reforma en el CCPN llevada a cabo con la aprobación de la ley n° 25852 se ha iniciado una *jurisprudencia en materia de juicios contra la integridad sexual infantil*:

Fallo n° 13[...]En efecto, a fs. 118/122 obran las conclusiones de la licenciada en psicología [...], que *lo manifestado por [...] coincidía con lo relatado por ella en los términos del art. 250 bis del Código Procesal Penal. La transcripción de esa entrevista luce agregada a fs. 134/137, cuya versión en soporte digital fue observada por el Tribunal. [...]*La Sala estima que *corresponde homologar el procesamiento decretado y revocar el sobreseimiento recurrido por la fiscalía, ampliando el auto de mérito en orden al delito de abuso sexual con acceso carnal* (art. 119, tercer párrafo, inciso “f” del Código Penal).

En refuerzo a lo expuesto en el fallo n° 13 ha sido crucial para la incorporación de la Cámara Gesell en el procedimiento de entrevistas no revictimizantes los recursos para el registro, documentación del testimonio y soporte digital, que habilitan la evaluación del relato en las distintas etapas del proceso sin tener que someter a la víctima a reiteradas entrevistas. Para completar, en términos de información cuantificable el informe hecho por la Defensoría del Pueblo ofrece contrastes significativos cuando resalta que los cuatro casos en que los jueces encontraron responsabilidad

penal en el acusado e impusieron una condena, han sido fundamentados únicamente en el testimonio de la víctima. Si la poca cantidad de fallos tomados a partir de ese criterio corrobora la idea de un proceso incipiente de cambio de cultura jurídica en esa materia que aún no ha completado la transición entre los paradigmas de escucha judicial junto a niñas, niños y adolescentes víctimas, cabe señalar que una de las principales recomendaciones en el informe de la Defensoría del Pueblo ha hecho hincapié para que las disposiciones correspondientes se dicten, entre ellas, la implementación de la Cámara de Gesell, a fin de garantizar la eficacia de la diligencia en el proceso de entrevista judicial junto a las niñas, los niños y los adolescentes víctimas de delitos contra la integridad sexual (2007, p.214).

Para concluir, nos hemos enfocado en este capítulo a analizar los cambios el proceso de escucha judicial junto a niñas, niños y adolescentes víctimas de delitos contra la integridad sexual infantil en base a la ley 25.852 que reformó el Código de Proceso Penal de la Nación (CPPN) en materia de testimonio infantil a través de un análisis sociopolítico de 27 sentencias judiciales de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, tribunal penal de segunda instancia que integra el Poder Judicial en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Fueron especialmente considerados los elementos racionales en el procedimiento jurídico legal instituido por el poder judicial que implica directamente sobre la decisión de las sentencias para delitos de esa naturaleza cuya impunidad es un dato más en el complejo panorama de la violencia sexual infantil. En este sentido, a raíz de la contribución de Boaventura de Souza Santos (1996) sobre la perspectiva de los tribunales como instancias de decisión política que componen un subsistema de un sistema global (p.197) fue llevada a cabo una caracterización sucinta de los procesos analizados. A ellas sumamos categorías reflexivas para profundizar nuestra mirada sobre el discurso construido en las sentencias a partir de las nociones de *poder* y *legitimidad* de Weber tradicionalmente asignada al poder judicial, sobre la *dogmática jurídica* y su incidencia sobre formas de administración judicial estatal sobre la infancia, la noción de *sistema de dominación* a partir de sus modalidades de intervención. En este capítulo de investigación cualitativa, desde la perspectiva epistemológica de la complejidad de Morin buscamos transitar entre las estructuras judiciales tradicionales, las condiciones sobre las cuales ha sido administrada la justicia en materia de delitos contra la integridad sexual infantil y los paradigmas de protección infantil en sincronidad, así como los efectos de la reforma del CPPN a partir de la ley N° 25852 para el cambio de la cultura jurídica y el acceso a la justicia para niñas, niños y adolescentes víctimas de violencia sexual.

Capítulo 7. Conclusiones

"Donde hay poca justicia es un peligro tener razón"

La célebre afirmación del escritor y poeta español³⁰ “sensibiliza, llama la atención a concientizarnos, señala la existencia de problemas sin resolver, asuntos importantes y pendientes en las sociedades”, tal como ha descrito la Organización de Naciones Unidas (ONU) en sus fundamentos sobre el Día Mundial de la Justicia Social³¹, establecido para generar conciencia de la necesidad de respeto a los Derechos Humanos y el reparto equitativo de los bienes sociales. Nuestra reflexión se inscribe en este marco, pensar las condiciones para el acceso a la justicia para niñas, niños y adolescentes víctimas y testigos de delitos dentro de una perspectiva de justicia social. En este sentido hablar de acceso a la justicia en los días de hoy implica ante todo una profundización reflexiva conceptual sobre el acceso a la justicia, como lo comprendemos, lo aprehendemos.

Si en su acepción general el acceso a la justicia ha sido relacionado al problema de las desigualdades económicas ante la justicia, mucho se ha reflexionado en la actualidad haciendo posible un análisis más actual de acceso a la justicia por la cual se han reivindicado derechos o solucionado conflictos a partir del Estado. En Argentina, particularmente desde el Pacto de San José de Costa Rica ratificado en 1984³² constan las disposiciones en cuanto al derecho que “toda persona tiene a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”. Este hecho ha marcado transcendencia sobre el acceso a la justicia dentro de una perspectiva más amplia volcada a las instituciones y sus modos jurídicos. En esa perspectiva, sin lugar a dudas el acceso formal representa una conquista social en cuanto condición previa para el ejercicio de las libertades, sin embargo, no debe restringirse a eso, siendo fundamental una evolución

³⁰ Francisco de Quevedo (1580-1645)

³¹ Disponible: <http://www.un.org/es/events/socialjusticeday/> [Consultado en septiembre de 2018]

³² La Argentina aprobó la Convención Americana sobre Derechos Humanos por Ley No 23.054, del 1o de marzo de 1984. Disponible: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/derechoshumanos_publicaciones_colecciondebolsillo_10_convencion_americana_ddh_h.pdf [Consultado en septiembre de 2018]

conceptual que acompañe la complejidad de los problemas sociales aún pendientes de resolución. Asumiendo el acceso formal en cuanto punto de partida se nos presenta el reto de brindar elementos hacia una evolución más abarcativa del concepto de acceso a la justicia originalmente vinculado con las desigualdades económicas en la búsqueda de una justicia menos asimétrica, más equitativa y acorde a los principios que rigen el Estado Democrático de Derecho. De ser así, adoptamos como disparador en esta tesis el concepto de acceso a la justicia *en sentido amplio*, vinculado al proceso, su dimensión técnica y procedimental, sobre cómo niñas, niños y adolescentes víctimas de delitos contra la integridad infantil han accedido a la justicia a partir del marco normativo inaugurado por la Ley N° 25852. No obstante, por tratarse de un concepto que fácilmente se restringe al proceso, sin detenerse a la calidad del acceso, ni la calidad del resultado, entendimos que para pensar el acceso (debido) a la justicia para ese grupo vulnerable es necesario ampliar el enfoque reflexivo de un entramado complejo que se nos presenta a lo largo del análisis en esta tesis, expreso por asimetrías de poder, de saber, de gestión, de género, sobretodo asimetrías humanas.

La relevancia de una (re) apertura del debate sobre el acceso a la justicia se confirma ante la búsqueda por la resignificación de los sentidos atribuidos al acceso a la justicia en procesos penales contra la integridad sexual infantil. De la mano de una perspectiva compleja y transdisciplinar en la cual nuevas formas institucionales actúan en igualdad de oportunidades, en condiciones de un tratamiento digno y comprensivo en consonancia con los tratados internacionales de Derechos Humanos y protección infantil, se vislumbra en los objetivos propuestos, una justicia comprometida con la legitimidad del derecho material legítimo volcado a la realización de la justicia social. En ese sentido la solución de los problemas sociales debería ir de la mano con la plena realización del Derecho de parte de la administración del Estado que debe estar en sintonía con la sociedad de la cual hace parte y de ese modo hacer efectivo el acceso a la justicia disminuyendo la brecha entre igualdad formal y la justicia social.

Cuando trasladamos nuestra mirada a los procesos penales sobre delitos contra la integridad sexual infantil, los cuales niñas, niños y adolescentes son al mismo tiempo víctimas y testigos, muchos de los obstáculos y desafíos se plasman en el análisis de las sentencias como la falta de preparación de los operadores del derecho sobre el fenómeno de la violencia sexual, las tensiones normativas entre los Derechos Humanos del niño-(víctima) junto a las garantías constitucionales de todos aquellos involucrados en el proceso así como la distancia entre los magistrados y el niño en condición de ciudadano.

En contra de la conflictividad como afirma Rozanski, que trata el derecho a ser oído previsto en el artículo 12 de la CIDN meramente como si tratase de “*sentá y hablá...(silenciándola)*”, el paradigma no revictimizante de escucha judicial junto a niños inaugurado por la Ley N° 25852 surgió al mismo momento como indagación y posibilidad de efectivizar el derecho a ser oído en procesos judiciales de niñas, niños y adolescentes víctimas de violencia sexual, a la luz de la Convención pero no a través de ella, sino en sincronidad entre paradigmas..

A través de la reforma ocasionada por la Ley N° 25852 hemos observado no ser posible hablar de acceso (debido) a la justicia junto a niñas, niños y adolescentes víctimas de violencia sexual sin las garantías formales para el acceso a la justicia, como los artículos 250 bis y ter incorporados al CPPN a raíz de la referida norma. Aun cuando la Convención Internacional sobre los Derechos del Niños haya configurado un hito sin precedentes en la historia sobre los Derechos Humanos de niñas, niños y adolescentes, también por su poder vinculante con las cartas constitucionales, lo que hemos identificado en esta tesis ha sido el uso limitado y fragmentado de parte de la justicia penal ante un marco normativo de tamaño magnitud, como es la CIDN.

Las reflexiones presentadas en esta tesis cobran valiosa contribución y por eso proponemos la ampliación política del debate sobre el acceso a la justicia penal para niñas, niños y adolescentes víctimas y testigos más allá de necesarias mejorías en las prácticas judiciales a partir de las garantías previstas en los Artículos 250bis y ter, además de la incorporación de instrumentos normativos de relevancia temática como las Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos aprobada en 2005 por Naciones Unidas en materia de prevención del delito y justicia penal, marco práctico para establecer prácticas adecuadas y eficaces en conformidad con la legislación nacional y los procedimientos judiciales pertinentes.

La sociología de las sentencias de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires adoptada para la presentación de los resultados nos ha permitido permear escenarios socio institucionales vivenciados por niñas, niños y adolescentes víctimas de delitos sexuales, tanto la actuación burocrática de los jueces como “porta-vozes” del poder estatal, como en términos de los actores involucrados en los contextos delictivos. Fueron enmarcadas algunas de las composiciones del poder judicial argentino en términos de recursos normativos utilizados, tipos de delitos recurrentes en segunda instancia, género de los magistrados, profesionales que actúan en delitos de esa naturaleza, y dimensiones de la intervención.

Sobre los sentidos atribuidos por los jueces en la resolución de los procesos algunos matices pudieron ser observados sobre los obstáculos recurrentes para el acceso a la justicia como cierta naturalización del sobreseimiento de los procesos sobre delitos sexuales contra niñas, niños y adolescentes por insuficiencia de pruebas. Dato que no es menor ante la impunidad que caracteriza el delito de la violencia sexual infantil, ya mencionada previamente. Ahora bien, si la certidumbre oficial, se ha vuelto incierta ¿cómo pensar el acceso a la justicia en casos de esa naturaleza cuando el control jurídico en las decisiones judiciales reitera la tradición, la jerarquización poderes y la fragmentación de los saberes?

Desde una perspectiva teórica si el Poder Judicial representa un formato de autoridad característico de los sistemas de dominación, la reforma en el CPPN disparada por la ‘Ley Rozanski’ vino a echar la luz sobre el oscurantismo de las prácticas judiciales tradicionales limitadas tanto por su forma de hacer la ciencia jurídica como para resolver sus múltiples problemas. Se hacen necesarias reformas que nos permitan acceder a estrategias que relacionan en el problema del acceso a la justicia con la complejidad de los problemas como la violencia sexual infantil junto a los actores que allí buscan resolver sus conflictos. Es ahí que la noción de sincronidad entre paradigmas gana su lugar en esta tesis.

Cierto que el análisis de los fallos ha señalado un lugar original en las prácticas judiciales penales junto a niñas y niños víctimas con posibilidades reales de escucha directa sobre lo que una niña, niño o adolescente tiene para decir respecto a una situación de violencia vivenciada. Junto a eso, ha ofrecido al propio sistema de justicia una herramienta de trabajo innovadora y potente sobre cómo seguir el desenlace de la justicia ante los hechos, así como ante la impunidad. En este sentido fueron también observados los avances sobre cómo los tribunales han decidido los casos en 2ª instancia sobre delitos sexuales contra NNAs a partir de los cambios en el procedimiento de escucha obligatoria por un psicólogo en Cámara Gesell junto a NNAs víctimas de violencia sexual introducidos por la Ley 25852 prohibiendo audiencias tradicionales en las cuales los jueces y las partes interrogaban niños como testigos adultos re victimizándolos de forma reiterada.

El análisis en los expedientes nos ha señalado con relevancia el proceso de transición entre la toma de decisiones judiciales tradicionalmente asignadas a los peritajes especializados sobre el relato del niño que aún resiste en rutina de los tribunales, ante una nueva convicción formada a partir del relato del niño extraídos en fragmentos en su estado puro. o, tal como se ha revelado (y registrado) en la entrevista hecha en Cámara Gesell, cambio que emerge de las sentencias como elemento contundente para formar convicción, de parte del juez.

No obstante, lo controversial en el análisis de los fallos también se refiere a que pese a la prohibición del modelo tradicional de escucha judicial junto a niños según disposiciones del artículo 250 bis y los recursos no revictimizantes contenidos en la normativa, a través de nuevos modelos de dominación, puede observarse que jueces muestran resistencia en términos de la cultura jurídica, es decir, aplican la norma vigente en el momento de la intervención, pero de modo fragmentado e especializado mediante peritajes.

Entre los sentidos enunciados destacamos la necesidad urgente de reubicación del debate sobre la niña, el niño bajo la condición de víctima y testigo en procesos penales a partir de una discusión jurídica, pero sobre todo política que profundice elementos sobre la *impunidad versus culpabilidad*, en la cual la impunidad se relacionaría al tipo de delito cuyas víctimas son mayoritariamente niñas, niños y adolescentes, mientras que la (no) culpabilidad del delito ante la insuficiencia probatoria justificada en base exclusiva a una descalificación del relato del niño víctima como testigo, o de la forma en la que el relato fue realizado (Cámara Gesell como medios de prueba).

No se trata de reducir el debate a la impunidad o la punición de los delitos sexuales contra niños a partir del nuevo procedimiento regulado por la Ley N° 25852. Tratase de enunciar en los fallos analizados la posibilidad de una resignificación conceptual del acceso a la justicia penal para niñas, niños y adolescentes víctimas de violencia sexual que pueda contemplar nuevos enfoques como la culpabilidad, desde una perspectiva preventiva con elementos que relacionen conceptualmente *responsabilidad, culpabilidad, exigibilidad y accesibilidad de la norma* enunciados anteriormente, así como un nuevo abordaje entre política criminal, dogmática penal y sistema de justicia que contemplen una dimensión social acerca de las condiciones de la víctima, como del imputado.

Pese el esfuerzo y resultado de la ley N° 25852 en cuanto matices de pensamiento complejo, diverso, plural y transdisciplinar, el énfasis identificado en los peritajes especializados de parte de los magistrados reafirma una 'ciencia jurídica' limitada, fragmentada entre distintas especialidades divididas en campos académicos restringidos. Por esa misma razón los datos ponen en cuestión la calidad de los sistemas educativos responsables por la formación de los operadores, dimensión a ser considerada de parte del sistema de justicia ante los modos institucionales de aplicación de los saberes al momento de escuchar, evaluar y sancionar.

Dichas racionalidades precisan ser rediscutidas teniendo en vista una reestructuración del sistema de justicia penal a raíz de los sistemas educativos de derecho hacia las afueras de las fronteras jurídico dogmáticas, más bien desde una óptica transdisciplinar y multidimensional , de ese modo “sacudir” y transformar las estructuras del modo jurídico tradicional de elaborar ‘verdades’ en procesos penales a partir de saberes limitados, fragmentados e hiperespecializados evitando injusticias sobre la víctima, pero también sobre el imputado.

Bibliografía:

ADORNO, T.W. (1975). *Dialéctica negativa*. Madri: Taurus.

AGÜERO G, GORRA D, LIC. SAHARREA J (2016) *Una consideración pragmatista de la práctica jurídica: la apelación a criterios extrajudiciales en casos difíciles*. I Congreso de Filosofía del Derecho para el Mundo Latino, Alicante 2016. Disponible: http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/Pragmatismo%20jurídico%20como%20teoría%20de%20la%20decisión%20judicial_Daniel_Gorra.pdf [Consulta: 2018, septiembre 10].

ALASUUTARI, P. (1995) *Researching Culture: Qualitative Method and Cultural Studies* 1st Edition, Thousand oaks: Sage Publications, 208 pages.

ASOCIACIÓN POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC) - Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de Argentina (JUFEJUS) - UNICEF (2010). *Acceso a la Justicia de Niños/As Víctimas. Protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes víctimas o testigos de delitos de violencia*. Buenos Aires, ADC - JUFEJUS – UNICEF.

BELOFF, M. (2010). *El menor de edad víctima en el proceso judicial: garantías procesales y deberes de prestación positiva del Estado*. En AA. VV., *Acceso a la justicia de niños/as víctimas. Protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes víctimas o testigos de delitos o violencia*. Buenos Aires: JUFEJUS, ADC, UNICEF__

BELOFF, M.(2008)__*El acceso a la justicia de niños, niñas y en Igualdad, no discriminación y acceso a la Justicia: Actualización jurídica y nuevos mecanismos de protección*. Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo; Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, Secretaría de Derechos Humanos. Primeras Jornadas celebradas en la Ciudad de Buenos Aires, 1 y 2 de Julio de 2008.

BELOFF, M; GARCÍA MÉNDEZ, E. (1998) *Infancia, ley y democracia en América Latina*. Bogotá-Buenos Aires: Temis-Depalma.

BIANCHI, A. B.(1997). *El enigma jurídico de la C.A.B.A.*, en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública (R.A.P).*, marzo, pp. 5 a 7.

-----*Análisis de la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires*. Disponible: <http://www.adminpublica.org.ar/Publicaciones/AnalisisAutonomiaCiudadBuenosAires.pdf>. [Consultado en septiembre 2018]

BIELSA, R. (1961), “*Metodología Jurídica*”, editorial Castell ví S.A., Santa Fe. Argentina, pág. 69 y 70.

BIRGIN, H., y KOHEN, B., (2006) Introducción. *El acceso a la justicia como derecho*, en Birgin, Haydée y Kohen, Beatriz (comp.), *Acceso a la justicia como garantía de igualdad. Instituciones, actores y experiencias*

comparadas, Buenos Aires, Biblos, p. 15 y Birgin, Haydée, y Gherardi, Natalia, “Introducción”, en Birgin, Haydée, y Gherardi, Natalia (coord.), *La garantía de acceso a la justicia: aportes empíricos y conceptuales*, México, Fontamara, 2011, p. X.XI,

BOBBIO, N. (1995) *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone.

BOLTANSKI, L.. & CHIAPELLO, E. (1999). *Le nouvel esprit du capitalisme*. Paris: Gallimard.

BOURDIEU, P. & BOLTANSKI, L. (2008 [1976]). *La production de l'idéologie dominante*. Paris: Demopolis/Raisonsd'Agir.

BOVINO, A. (2005). *Principios políticos del procedimiento penal*, pág. 93 y ss., Ed. Estudios del Puerto.

BOVINO, A. (1992) *Contra la legalidad*; Revista "No hay derecho", año III, N° 8, diciembre.

BURBANO, C. V. (2012). *Implementación del sistema penal acusatorio en América Latina*. VIII Curso Internacional de Capacitación en Prevención Comunitaria del Delito para Jóvenes Profesionales de América Latina Nicaragua, Octubre 2012

BRUÑOL, M. C. (2001). *El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*. In OVIEDO, Mauricio G.; ULATE Elieth V. (Compiladores): *Derechos de la Niñez y la Adolescencia Antología*. CONAMAJ, ESCUELA JUDICIAL, UNICEF, COSTA RICA. 2001. Disponible en: https://www.unicef.org/costarica/docs/cr_pub_Antologia_derechos_NNA_Escuela_Judicial.pdf

CANTÓN, F.,D. (2010) *Las manifestaciones de la víctima menor de edad como prueba en los delitos contra la integridad sexual y física. ¿Es posible conciliar el ejercicio del derecho fundamental del imputado a interrogarla con la necesidad de evitar la revictimización?* Disponible en: www.unicef.org/argentina/spanish/OriginalLibroVictimas.pdf [Consultado en septiembre 2018]

CAPPELLETTI M; GARTH, B. (1981). *Access to justice and the welfare state: an introduction*. In: CAPPELLETTI, M. (ed.). *Access to justice and the welfare state*. Alphenaan den Rijn: Sijthoff; Bruxelles: Bruylant; Firenze: Le Monnier; Stuttgart: Klett-Cotta , p. 03.

DAHL, R. (1996) *La poliarquía. Participación y oposición*. REI. México, (Selección. Capítulo 2.)

D'ALESSIO y Divito, *Código Penal comentado y anotado*, pp.265-274 o Núñez, *Manual de Derecho Penal – Parte Especial*, Ob. Cit, p. 266)

ECONOMIDES, K. (1999) *Lendo as ondas do movimento de acesso à justiça: Epistemologia versus metodologia?* In: PANDOLFI, Dulce, [et al]. (orgs). *Cidadania, justiça e violência*. Rio de Janeiro: Ed.

Fundação Getulio Vargas, p. 61-76. Disponible: <http://www.comunidadessegura.org.br/files/lendoasondasdomovimentodeacessoajusticaepistemologiaversusmetodologiakimeconomides.pdf> o <www.cpdpc.fgv.br>. [Consultado en septiembre 2018]

FERNÁNDEZ, S. L. (2013) *Protecciones Debidas. Ciudadanía y gobierno de la infancia en Santa Fe* –Tesis Doctoral en Trabajo Social - Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales Universidad Nacional de Rosario (2008-2012)

FLIN, R., STEVENSON, Y., & DAVIES, G. (1989). *Children's knowledge of court proceedings*. British Journal of Psychology, 80, 285-297.

FOUCAULT, M. (1975/1992). *Vigilar y castigar: Nacimiento de la prisión*. Madrid: Siglo XXI.

FRAGOSO, H. C.(1977), *Lecciones de Derecho Penal*, editor José Buchatsky, 2a. edición San Pablo, Parte General, pág. 14.

FREEDMAN, D, TERRAGNI, M (2010) *Los derechos de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos y su recepción en el Derecho argentino. Acceso a la justicia de niños/as y adolescentes víctimas*, Protección de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes Víctima o Testigos de Delitos o Violencia. Jufejus ADC/Unicef.

GARCÍA MÉNDEZ, E.(1998). *Infancia, ley y democracia: una cuestión de justicia*. In: GARCÍA MÉNDEZ, E.; BELOFF, M. (Orgs.). *Infancia, ley y democracia en América Latina*. Bogotá: Temis.

GRINBERG, J. (2013). *La recepción de “los derechos del niño” en Argentina: trayectorias de activistas y conformación de una nueva causa en torno a la infancia*. Revista de Antropología y Sociología Virajes, 15 (1), 299-325

_____ (2008). *Transformaciones en el tratamiento de la niñez en riesgo: reflexiones sobre un dispositivo de protección a la infancia en la ciudad de Buenos Aires*. Cuadernos de Antropología Social, Buenos Aires, n. 27 p. 155-174, jul.

_____.

GIBERTI, E. (2015) *Abuso sexual contra niñas, niños y adolescentes Un daño horroroso que persiste al interior de las familias*. Buenos Aires, Ediciones Noveduc, 389 páginas.

GOODMAN, G., Taub, E. P., Jones, D. P. H., England, P., .Port, L. P., Rudy, L., & Prado, L. (1992). *Testifying in criminal court: Emotional effects on child sexual assault victims*. Monographs of the Society for Research in Child Development, 57, Serial No. 229.

- GOODMAN, G. S., Tobey, A. E., Batterman-Faunce, J. M., Orcutt, H., Thomas, S., Shapiro, C., & Sachsenmaier, T. (1998). *Face-to-face confrontation: Effects of closed-circuit technology on children's eyewitness testimony and jurors' decisions*. *Law and Human Behavior*, 22, 165-203
- HABERMAS, J. (1987). *Teoría de la acción comunicativa*. Tomos I y II Madrid: Taurus.
- HERNÁNDEZ, L. M.; CASTAÑEDA, A. y DEL CASTILLO, A. (2000). *La Transdisciplinariedad: una Acción prioritaria para la Educación Superior en el Tercer Milenio*. *Revista Pedagogía Universitaria*. [Revista en línea] (5) 1. 13-18 Disponible: <http://revistas.mes.edu.cu/Pedagogia-Universitaria/articulos/2000/1/189400102.pdf/view> [Consulta: 2008, Junio 30].
- HITTERS, J.C. (2014) *La reforma de la Constitución Argentina de 1994 y los Tratados sobre Derechos Humanos a 20 años de su vigencia*. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.U.N.L.P.* Disponible en: http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/43512/Documento_completo.pdf?sequence=1)Último acceso: 03/04/2018
- HOROWITZ I.L.(1977) *Fundamentos de Sociología Política*, Barcelona, España, Editorial Fondo de la Cultura Económica p. 25.
- INTEBI, I.(1998), *Abuso Sexual Infantil, en las mejores familias*. Editorial: Ediciones Granica S.A.
- KUHN, T., (2004 -1962). *The Structure of Scientific Revolutions* 1 Ed., Univ. of Chicago Press, Chicago & Londres, Primera edición en inglés, 1962. *La Estructura de las Revoluciones Científicas*, Primera edición en español (FCE, México), 1971, Octava reimpresión (FCE, Argentina), Título original: *The structure of scientific revolutions*,1962, University of Chicago Press.
- LUGO, L. (2010) *Análisis del discurso en el paradigma de la investigación transcompleja*. Documento adaptado a la asignatura Cosmovisiones de la Educación en el contexto de la transcomplejidad del Doctorado en Educación de la Universidad Internacional del Atlántico, USA Disponible en: <http://www.monografias.com/trabajos81/analisis-del-discursoen-paradigma-investigacion-transcompleja/analisis-del-discursoen-paradigma-investigacion-transcompleja.shtml>[Consultado en septiembre 2018]
- MACCISE, R. L. (2011). *La importancia del acceso a la justicia. Apuntes sobre su regulación e interpretación en México*, Destacado, Dossier, 0 Distintas Latitudes (o DL). Disponible: <https://distintaslatitudes.net/author/regina-larrea>, [Consultado en septiembre 2018]
- MANNHEIM, K. (1993 [1928]) *Ideología e utopía: introducción a la sociología del conocimiento*.Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1993 [1928].

MARTÍNEZ, G. V et al. (2015) *VICTIMOLOGÍA: Un acercamiento a través de sus conceptos fundamentales como herramientas de comprensión e intervención.*

MINYERSKY, N.(2009) *La capacidad progresiva: El acceso a la justicia de niños/as y adolescentes víctimas. Protección de sus derechos.* Acceso a la justicia de niños/as y adolescentes víctimas, Protección de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes Víctima o Testigos de Delitos o Violencia. JufejusADC/Unicef.2010.www.unicef.org/argentina/spanish/OriginalLibroVictimas.pdf. 55 -70

MORIN, E. (2002)*La Transdisciplinariedad-Manifiesto.* Editorial Multiversidad Mundo Real . Edgar Morin, A.C. México.

------(2002).*O problema epistemológico da complexidade.* Coleção: BIBLIOTECA UNIVERSITARIA, Ed Europa – Lisboa, America, 3ª Edição,

_____ (2000). *Los siete saberes necesarios a la educación del futuro.* IESALC-UNESCO/Ediciones FACES-UCV-CIPOST, Caracas.

_____ (1993) *Epistemología de la Complejidad* (citado por FRIED SCHNITMAN, D., Nuevos paradigmas, cultura y subjetividad, Buenos Aires: Paidós.

MORIN, E. (1991) *.O método IV. As ideias: a sua natureza, vida, habitat e organização.* Lisboa: Europa-América,

MYERS, J.E.B. (2010).*Expert Testimony in Child Sexual Abuse Litigation: Consensus and Confusion*, 14 U.C. Davis J. Juv. L. & Pol'y 1

O'DONNELL, G.(1998) *Accountability horizontal*, en *Ágora*, Bs. As., N° 8 [“Horizontal Accountability and New Polyarchies”, en Schedler, Andreas, et. al. (ed.), *The Self-Restraining State: Power and Accountability in New Democracies*, Lynne Rienner, Boulder and London, 1999, págs. 29-52]

O'DONNELL, G. (1998) *.Poliarquías e a (in) efetividade da lei na América Latina.*, *Novos Estudos*, 50, São Paulo, Cebrap. Disponible: <https://unpabimodal.unpa.edu.ar/bibliografia/00-A0190/00-A0190.pdf> [consultado en octubre 2018]

------(1989) *.Transiciones, continuidades y algunas paradojas*, en *Cuadernos políticos*, México, ed. Era, no. 56, enero-abril,

PEATF. D (1995) *Sincronicidad: puente entre mente y materia.* Editorial Kairós, - 290 pages

RODRIGUES, H. W. (1994). *Acesso à justiça no direito processual brasileiro.* São Paulo: Acadêmica,

- ROZANSKI, C. A. _____(2010) *La intervención del Estado y la protección de los derechos en los casos de abuso sexual infantil*. Acceso a la justicia de niños/as y adolescentes víctimas, Protección de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes Víctima o Testigos de Delitos o Violencia. Jufejus ADC/Unicef.2010.www.unicef.org/argentina/spanish/OriginalLibroVictimas.pdf. 157-162
- A menina abusada diante da justiça* in Volnovich, J (2005) *Abuso sexual na Infância*. Rio de Janeiro, Lacerda, Ed.
- (2003) *Abuso sexual infantil denunciar o silenciar*. Buenos Aires, Colección: CRONICA ACTUAL, Editorial: B Ediciones.
- RUNCIMAN W. G.: (1966). *Sociología y Política*, México. 259 págs. rústica. Colección Popular Ed. Fondo de Cultura Económica Ciudad de México.
- SANTOS, B. de S., (2007). *Para uma revolução democrática da justiça*. 120 p. São Paulo: Cortez ,
- SANTOS, B. de S., (1996). *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade* 3 ed., São Paulo: Cortez, p. 168-171.
- SANTOS, Boaventura de Sousa (1991): *Estado, derecho y luchas sociales*. Bogotá, ILSA.
- Dos SANTOS, B. R; VIANA, V.N; GONÇALVES, I.B (2017) *Crianças e Adolescentes vítimas e testemunhas de violência sexual: metodologias para tomada de depoimento especial*. Curitiba, Appris 1ed.
- Dos SANTOS, B.R.; GONÇALVES, I. B. (2008) *Depoimento sem medo(?): Uma Cartografia das Experiências de Tomada de Depoimento de Crianças e Adolescentes*. Culturas e práticas não-revitimizantes. 1ª Edição São Paulo: Childhood Brasil (instituto Wcf-brasil).
- SARMENTO, M. J. (2005) *Gerações e alteridade: interrogações a partir da sociologia da infância*. Educ. Soc., Campinas, vol. 26, n. 91, p. 361-378, Maio/Ago. 361. Disponível em <http://www.cedes.unicamp.br>
- SARTORI, G. (1969): *From de sociology of politics to political sociology*, en S. M. Lipset (ed): *Politics and the Social Sciences*, Oxford University Press, New York.
- SARTORI, G. (2002). *La política. Lógica y método en las ciencias sociales*, Tercera edición, Fondo de Cultura Económica, México, D. F.
- SAUTU R., BONIOLO, P, DALLE, P Y ELBERT, R (2005) *Manual de Metodología. Construcción del marco teórico, formulación de los objetivos y elección de la metodología*. Buenos Aires: FLACSO.
- SAYWITZ, K., & NATHANSON, R. (1993). *Children's testimony and their perceptions of stress in and out of the courtroom*. Child Abuse & Neglect, 17, 613-622.

- SCHUNEMANN, B. (2000) *La culpabilidad: estado de la cuestión*. In: SILVA-SÁNCHEZ, JESÚSMARIA. Sobre el estado de la teoría del delito – Seminario en la Universidad Pompeu Fabra. Madrid :Cuadernos Civitas, p. 116.
- SPENCER, J. R., & FLIN, R. H. (1993). *The evidence of children* (2nd ed.) London: Blackstone.
- SPOSATO, K. B.–(2011). *Elementos para uma teoria da responsabilidade penal de adolescentes/* por karyna Batista Sposato. (tese de doutorado) 227 f.
- VALLES, M. S (2000). *Técnicas Cualitativas de Investigación Social, reflexión metodológica y práctica social*. Madrid, Ed. Síntesis, SA.
- VAN MAANEN J. (1983), *Qualitative Methodology*, Londres, Sage.
- VILLALTA, C. (2004). *Una filantrópica posición social: los jueces en la justicia de menores*. En: TISCORNIA, Sofía (comp.). *Burocracias y violencia. Ensayos sobre Antropología Jurídica*. Buenos Aires: Antropofagia. <https://www.aacademica.org/carla.villalta/54.pdf>
- VILLALTA, C (2000). *Un oráculo de conductas: la justicia de menores y los niños víctimas de delitos*. Primer Congreso Internacional. Los niños víctimas de delitos. Sus derechos y garantías. Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires.<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/05/doctrina43448.pdf>
- VITOVSKY, V. S. (2017) *O Acesso à Justiça em Boaventura de Sousa Santos*. Revista Interdisciplinar de Direito, [S.l.], v. 13, n. 1, ago. revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/download/68/48
- WARAT, L.A., (1980) *Sobre la Dogmática Jurídica*. Rev. SEQUÊNCIA Ano I 2º Semestre Pág. 33
- ZAFFARONI, E. R. (2009). *Estructura básica del derecho penal*. Buenos Aires, Argentina: EDIAR.
- ZAFFARONI, E R./ Aliaga, A./ Slokar, A. (2005) *Manual de derecho penal*. Parte general, Ediar, Buenos aires.
- ZAFFARONI, E.R. (2002) *Derecho Penal: Parte General*, 2ª edición, Buenos Aires: Ediar, , p. 128.
- ZAFFARONI, E R. (1987): *Manual de derecho penal*, Ediar, Buenos Aires.
- ZAFFARONI, E R. (1986): *Manual de Derecho penal*. Parte general, 2 tomos, Jurídicas, Lima
- ZANETTA MAGI, M., *La cámara Gesell en la investigación de delitos sexuales*, publicado en www.revistapersona.com.ar/Persona55/55Zanetta.htm.

Documentos

Código Penal “Delitos contra la honestidad” por el de “Delitos contra la integridad sexual”. La ley N° 25.087

Convención Internacional sobre los Derechos del Niño

Código Procesal Penal de la Nación Argentina (CPPN)

Código de Proceso Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Diretrizes sobre la Justicia en Asuntos concernientes a los Niños Víctimas y Testigos de Delitos del Consejo Económico y Social (ECOSOC/2005/20)

DEFENSORÍA DEL PUEBLO (2007) La aplicación de la justicia penal ante casos de violencia sexual perpetrados contra niñas, niños y adolescentes. Informe Defensorial N° 126 Primera edición: Lima, Perú, noviembre del 2007

Pennsylvania v. Ritchie, 480 U.S. 39, 60 (1987).

UNICEF (2004) La Convención sobre los Derechos del Niño: Quince años después. América Latina. Disponible en <file:///E:/niñosunicef.pdf>

Convención Americana sobre Derechos Humanos por Ley No 23.054, del 1o de marzo de 1984.