

**REFLEXIONES SOBRE EL TESTIMONIO DEL NIÑO,
NIÑA Y ADOLESCENTE COMO TESTIGO
DE UN HOMICIDIO MUY ESPECIALMENTE AGRAVADO
EN LA MODALIDAD DE FEMICIDIO A PARTIR
DE UN CASO JURISPRUDENCIAL**

SOME REFLECTIONS ON THE TESTIMONY OF CHILD WITNESSES
TO A VERY AGGRAVATED HOMICIDE (FEMICIDE)
BASED ON CASE LAW

REFLEXÕES SOBRE O DEPOIMENTO DA CRIANÇA COMO
TESTEMUNHA DE UM HOMICÍDIO MUITO ESPECIALMENTE
AGRAVADO (FEMICÍDIO) A PARTIR DE UM CASO JURISPRUDENCIAL

NATALIA CARABAJAL (*)

RESUMEN. El presente trabajo pretende abordar la pertinencia del testimonio del niño, niña o adolescente (NNA) como posible testigo de un femicidio, en el acceso a la justicia, mediante un estudio de caso concreto, teniendo en cuenta los fallos jurisprudenciales de primera y segunda instancia, a la luz de los DDHH y del control de convencionalidad.

PALABRAS CLAVE. Prueba Anticipada. Revictimización. Acceso a la Justicia. Deber de diligencia reforzada. Control de convencionalidad.

ABSTRACT. This paper aims to address the relevance of child testimonies as a possible witness of femicide in access to justice, through a specific case study, taking into account first and second instance judgments, in the light of human rights and conventionality control.

KEY WORDS. Advance Evidence. Revictimization. Access to Justice. Duty of enhanced diligence. Conventionality control.

RESUMO. Este trabalho tem como objetivo abordar a relevância do depoimento da criança como possível testemunha de femicídio no acesso à jus-

(*) Maestranda en Derechos Humanos Facultad de Derecho UCLAEH. Correo electrónico: carabajalnatalia662@gmail.com.

tiça por meio de um estudo de caso específico, levando em consideração as decisões jurisprudenciais de primeira e segunda instância, à luz dos direitos humanos e controle convencional.

PALAVRAS – CHAVE. Evidência Antecipada. Revitimização. Acesso à Justiça. Dever de diligência reforçada . Controle de convencionalidade.

Fecha de recepción: 15 de julio 2024.

Fecha de aceptación: 18 de agosto 2024.

I. Introducción

El caso en estudio parte de considerar la Sentencia N° 482/2023 de fecha 31 de agosto de 2023 del Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 4° Turno(1) quien revoca el Fallo de primera instancia del Juzgado Penal de 37° Turno, Sentencia Interlocutoria N.º 2503/2023 de fecha 31 de julio de 2023, haciendo lugar a la prueba anticipada solicitada por el Ministerio Publico.

Se trata de analizar la participación en un proceso penal acusatorio de una niña de 10 años de edad como víctima-testigo del acuerdo entre sus padres para ejecutar un homicidio muy especialmente agravado en la modalidad de femicidio. El mismo fue perpetrado contra la madre de su hermano, quien fuera ex pareja de su padre.

Ello nos coloca frente a una categoría compleja de análisis, la categoría de víctima y testigo. En tal sentido parece interesante la cita a una sentencia del Tribunal Supremo Español que realiza el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 3° Turno en Sentencia N.º 14/2024 del 21 de marzo de 2024 sobre lo complejo de la categoría en análisis, así señala:

En Sentencia del Tribunal Supremo de España N° 2182/2018 de 13 de junio de 2018 se sostiene que la víctima es un testigo privilegiado o cualificado en la medida en que ha sufrido y presenciado el hecho: En estos casos, la víctima se encuentra procesalmente en la situación de testigo, pero a diferencia del resto de los testigos, es víctima y ello debería tener un cierto reflejo diferenciador desde el punto de vista de los medios de prueba, ya que la posición de victima en la categoría de mero testigo desnaturaliza la verdadera posición (...),Y esto es relevante cuando estamos tratando de la declaración de la víctima en el proceso penal y sobre todo en casos de crímenes de genero (...) por lo que la visión que

(1) Sentencia N° 482/2023 de fecha 31 de agosto de 2023 del Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 4° Turno, disponible en Base de Jurisprudencia Nacional.

puede ofrecer del episodio vivido es de gran relevancia, pero no como un testigo visual, sino como un testigo privilegiado(...). (2)

A ello se agrega, que quien reviste esa doble condición de víctima -testigo, testigo privilegiado o calificado, es una niña de 10 años. En razón de lo expuesto corresponde abordar el estatuto complejo de un sujeto calificado por su condición de víctima testigo y menor de 18 años de edad en el escenario del proceso penal acusatorio(3). Esto nos lleva a recorrer un camino donde adquieren gran relevancia los estándares internacionales en materia de derechos humanos. Debemos comenzar por señalar los cambios que se han producido respecto de la concepción de niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA) que determinan un nuevo régimen de protección integral, ahora como sujeto de derecho.

II. Cambio de paradigma respecto a la concepción de niño, niña o adolescente

A) Desde el punto de vista normativo

Para analizar el tema de marras resulta imperioso hacer un recorrido somero sobre la evolución normativa que ha implicado el cambio de paradigma donde se abandona la concepción tutelar del niño para pasar a ser considerado sujeto de derecho. Así la Convención Internacional de los Derechos del Niño aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 entrando en vigor en 1990. Es ratificada por Uruguay el 28 de setiembre de 1990 a través de la Ley 16.137. Al tiempo que, en setiembre del año 2004 se sanciona el nuevo Código de la Niñez y la Adolescencia por Ley 17823, retomando así los nuevos estándares internacionales en la materia.

Es imperioso destacar que una vez aprobada las normas de derechos humanos se hacen exigibles internacionalmente y son auto - ejecutables, conforme señala el “Bloque de constitucionalidad” reconocido a través de los art. 7, 72 y 332 de la Constitución Nacional, donde las garantías estable-

(2) Citado en Sentencia N.º 14/2024 del 21 de marzo de 2024 Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 3º Turno disponible en Base de Jurisprudencia Nacional.

(3) Es necesario destacar que la concepción de víctima de la niña de 10 años en el caso, es en el sentido amplio del término, ya que lo es por el actuar de sus padres y las consecuencias que de allí derriban. Atento a ello se hizo seguimiento del caso a través de Unidad de Víctimas y Testigos de la Fiscalía. Pero su participación en el proceso, será en calidad de Testigo (ya que no se invocó el art 80 del Código del Proceso Penal (CPP), donde se señala un orden de prelación de los legitimados para representar a la víctima y que permitiría el uso del art 79 CPP, esto es de participar en el proceso, para el cual se exigiría representación legal -aunque la víctima no es parte en el proceso penal acusatorio-. Tratándose de testigo no se requiere comparecer con Abogado.

cidas en materia de DDHH no dejan de aplicarse por falta de reglamentación interna, por lo que sin perjuicio de que recién en setiembre de 2004 se sancionó el CNA, sus estándares internacionales ya eran aplicables desde la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, por el Estado Uruguayo.

Es a través de este nuevo corpus normativo que opera un cambio de paradigma, pasando de una concepción tutelar de la infancia y la adolescencia, a un sistema de protección integral, más garantista, donde el NNA adquiere un nuevo estatus jurídico y pasa a ser considerado como sujeto de derecho. Aquí es donde cobran importancia las categorías, tales como: “*autonomía progresiva de la voluntad*” que analizaremos en el apartado 3 del presente trabajo; el “*derecho a ser escuchado*” y el “*interés superior del NNA*”.

Veamos en que consiste el “Interés superior del NNA”, el mismo aparece consagrado en diversos instrumentos internacionales, entre ellos en la Convención Internacional de los Derechos del Niño, allí se señala en el Art 3° párrafo 1° que:

En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.(4)

Se trata de un concepto jurídico indeterminado que otorga al juez un espacio para fundamentar su fallo en función de su concepción. Sin embargo, aquí el NNA es el protagonista fundamental para decidir en función de dicho principio, esto es el NNA tiene derecho a ser escuchado conforme a su grado de madurez evolutivo.

B) Desde el punto de vista jurisprudencial

Mucho se ha discutido sobre el valor del testimonio del NNA en el proceso penal acusatorio. Existe aún hoy mucha resistencia que encuentra fundamentos en un paradigma perimido y mitificado por el régimen tutelar.

Sin embargo, en la Sentencia N° 83/2021 de 4 de mayo de 2021 la Suprema Corte de Justicia(5) realizó un análisis a la luz de las nuevas concepciones académicas y estándares internacionales, reivindicando el valor del testimonio de niños y niñas. Si bien el análisis de la Suprema Corte de Justicia se realiza para el caso del testimonio de niño o niña que sufrieron

(4) Convención sobre los derechos del Niño (1989), <http://www.impo.com.uy/bases/leyes-internacional/16137-1990>.

(5) Sentencia de la Suprema Corte de Justicia N° 83 del 4 de mayo de 2021, disponible en Base de Jurisprudencia Nacional.

abuso sexual infantil, el mismo se propone desmitificar ciertas visiones y pe-conceptos que se tiene a la hora de contemplar su testimonio y que por tanto es trasladable al testimonio de NNA víctimas de otros delitos. Según el máximo órgano judicial anteriormente primaba:

(...)aquella consideración invertebrada de la imagen de un niño como testigo o víctima poco creíble debido a su tendencia a la fantasía, a su vulnerabilidad a la sugestión, a su dificultad para distinguir entre lo real y lo ficticio y por tanto con tendencia intencionada o ingenua a la falsedad en su declaración porque su inteligencia o memoria se encuentran en proceso de maduración (...).(6).

Sin embargo, para la Suprema Corte de Justicia:

(...)no se dispone de datos científicos que indique que los niños difieren de los adultos en su capacidad para distinguir sucesos reales de los imaginarios y ha quedado demostrado por la psicología experimental que los niños no son más sugestionables que los adultos(...)(7)".

Se trata de un fallo memorable que parte de considerar al NNA como sujeto de derecho y que recoge los más altos estándares internacionales en la materia.

III. Análisis del caso concreto

Para entrar de lleno en el análisis del caso veamos en el siguiente cuadro los principales argumentos expuestos por los fallos jurisprudenciales de primera (deniega la prueba anticipada), y segunda instancia (revoca el fallo de primera instancia y hace lugar a la misma) respecto del caso concreto:

(6) IDEM.

(7) IDEM.

<p>Jurisprudencia se pronuncia sobre la pertinencia de la declaración de una niña de 10 años víctima y testigo de un Homicidio muy especialmente agravado en la modalidad de femicidio donde los imputados son sus padres:</p>	
<p>Fallo de primera instancia Juzgado Penal de 37° Turno, Sentencia Interlocutoria N.º 2503/2023 de fecha 31 de julio de 2023.</p>	<p>Fallo de segunda instancia y Argumentos: Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 4° Turno, Sentencia N° 482/2023 de fecha 31 de agosto de 2023.</p>
<p>Niega la declaración argumentando entre otros: a) <i>“Las consecuencias de diversa índole que podría acarrear la declaración de un aníña de 10 años de edad en contra de sus padres y de su hermana, la mas preocupante a juicio de la Sede, la emocional en cuanto a medida que vaya creciendo y tenga la plena capacidad, tomara real conciencia de las consecuencias de brindar un testimonio contrario a los intereses de sus familiares”</i></p>	<p>Revoca por unanimidad y hace lugar a la declaración anticipada de la menor contrastando los argumentos de primera instancia: a) <i>“El a-quo parte de pre-conceptos, en particular que la niña dispondrá en forma contraria a los intereses de su familia. Se trata de una especulación que no corresponde formular en el estadio en que atraviesan las actuaciones pues lo que aquí corresponde son certezas y estas recién se tendrán cuando preste testimonio”.</i></p>
<p>b) <i>“Ambiente hostil que representa para un niño declarar en un proceso”.</i></p>	<p>b) <i>“es un pre-concepto que el ambiente sea hostil, pues a todos, lo que incluye al Juez de garantía les corresponde arbitrar medidas para que ello no sea así y en consecuencia que el testimonio se lleve a cabo en las mejores condiciones posibles para lo cual deberán agotarse los esfuerzos”.</i></p>
<p>c) <i>“La decisión de la niña de abstenerse de declarar debe ser adoptada en escasos segundos”.</i></p>	<p>c) <i>“otro pre-concepto es que la decisión relativa a la facultad de abstenerse, la niña deba adoptarla en escasos segundos. Esto no puede ni debe ser así. Deberá llevarse a cabo a través de pasos seguros y con la máxima disponibilidad de tiempo para permitir la respuesta”.</i></p>

* Fuente: Sentencia TAP 4 Sentencia N° 482/2023 de fecha 31 de agosto de 2023, disponible en Base de Jurisprudencia Nacional.

El fallo de primera instancia en el caso de marras fundamento su denegatoria al testimonio de la niña de 10 años por razones de afectación emocional, no cabe duda que se encuentre afectada, sin embargo, parte del pre-concepto de adoptar tal decisión sin consultar a la niña, considerando que no es conveniente que declare. Adoptando de este modo la vieja concepción tutelar de un paradigma ya perimido, como hemos señalado a través de la normativa, la concepción académica y jurisprudencia expuesta.

El magistrado omite que el “*interés superior del NNA*” bajo el nuevo paradigma integral se realiza a través de la escucha. En este sentido la obligación básica del Estado para la protección de los mismos es la de asegurar la declaración espontánea y libre sin vicios del consentimiento en ambientes propicios y bajo ciertas garantías. Se trata de una escucha racional y franca de su testimonio.

IV. Mecanismo para que el NNA aporte su testimonio de manera que no se vulneren sus derechos

A) Prueba anticipada

Es preciso señalar que en el marco de un proceso penal acusatorio la regla es que la prueba debe ser producida en juicio oral y público. Sin embargo, están previstas excepciones por las cuales se puede adelantar la producción de prueba, lo que se conoce como prueba anticipada.

En el caso de análisis, se cumple con los presupuestos de la prueba anticipada conforme art art.213 literales b) y d) del CPP(8).

Por lo que es pertinente la realización de la prueba anticipada para recabar el testimonio de la niña de 10 años ya que el transcurso del tiempo puede causar un perjuicio y/o poner en riesgo la calidad de su testimonio en el marco de un juicio oral. Asimismo, para su realización se deberá cumplir con ciertos requisitos tratándose de testigos menor de 18 años, como se desarrollará más adelante en el presente trabajo.

Se trata de un mecanismo que impide la re -victimización en la medida que se lleva adelante mediante un conjunto de garantías estrictas que protegen la salud emocional del NNA ante la posible afectación que le pueda acarrear la declaración.

Ante ello cabe preguntarnos ¿Puede la NNA negarse a testificar, en qué momento y hasta cuándo? Conforme al art. 150.1 (CPP(9)) se dispone de la posibilidad de abstenerse de testificar contra el imputado, siempre que no sean denunciadores o damnificados entre otros los parientes consanguíneos hasta el segundo grado. Por lo que la niña podría manifestar su decisión de no testificar. Asimismo, el art. 150.2 (CPP) establece que: “*Antes de iniciarse*

(8) Código del Proceso Penal, Ley 19293. <https://www.impo.com.uy/bases/código-proceso-penal-2017/19293-2014>. Ver art. 213 CPP.

(9) Código del Proceso Penal, Ley 19293. <https://www.impo.com.uy/bases/código-proceso-penal-2017/19293-2014>.

la declaración y bajo sanción de nulidad, las personas mencionadas serán informadas de su facultad de abstenerse”(10).

¿Cómo debería ser recabado el consentimiento del NNA para no vulnerar sus derechos? En este sentido el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 4° Turno Sentencia N.º 482 de 31 de agosto de 2023 dispuso:

El testimonio de la niña no se encuentra prohibido y la ley exige que se le informe previamente de la facultad de abstenerse, lo que así deberá suceder. Dado que se trata de una niña de 10 años de edad, la información deberá hacerse efectiva en presencia de quien detenta su tenencia” (11).

Cabe señalar que, si bien el CPP no prevé como requisito, que el testigo menor de edad deba prestar su consentimiento en presencia de quienes son sus responsables, puede entenderse que el Tribunal como una forma de brindar con mayores garantías la participación del NNA como testigo, determina que se realice en presencia de quienes detentan su tenencia(12). Sin embargo, ello no debe dar lugar a confusiones ya que está claro que quien debe ser consultado es el NNA y no su representante legal. Su presencia será a los solos efectos de dotar el acto de mayores garantías.

El consentimiento debe obtenerse de modo libre e informado teniendo en cuenta el “*principio de autonomía progresiva de la voluntad*”. Veamos en que consiste, respecto del mismo, El Comité de los Derechos del Niño ha señalado en la Observación General Nro. 12 de Naciones Unidas que:

Dicho principio parte de la base que el niño es capaz para formarse sus propias opiniones y reconocer que tiene el derecho de expresarlas. Se consagra el derecho de todos los NNA a ser escuchados, constituye un

(10) IDEM.

(11) Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 4° Turno N.º 482 de fecha 31 de agosto de 2023, disponible en Base de Jurisprudencia Nacional. En el caso la niña manifestó su voluntad de no abstenerse en presencia de representantes del Instituto del Niño y el Adolescente del Uruguay (INAU), quienes en ese momento se encontraban a cargo de la misma.

(12) Como acaba de señalarse nada prevé el CPP respecto a que el NNA testigo en las causales previstas por el Art.150 CPP deban brindar su consentimiento en presencia de su adulto responsable. Tampoco el CPP en SECCIÓN II de la Prueba Testimonial dispone en su Art.149 “(capacidad) Toda persona puede atestiguar, sin perjuicio de las facultades del tribunal de apreciar el valor de su testimonio”. En cambio, si pueden encontrar fundamentos en tal sentido en el CNA. Así bajo el acápite de Concurrencia para la efectividad y protección de los derechos de niños y adolescentes en su artículo 7 inc 1º CNA dispone “la efectividad y protección de los derechos de los NNA es prioritariamente de los padres o tutores en su caso”. Por otro lado, se observa en CNA Capitulo IV bajo el acápite de los deberes de los padres o responsables, señala en su art 16 lit D el de: “colaborar para que sus derechos sean efectivamente gozados”.

valor esencial de la convención colocándole en el mismo plano que el derecho a la no discriminación. (13).

Es imperioso destacar que la referencia a la madurez del NNA implica un análisis caso a caso, no se trata de un concepto abstracto de madurez, sino una frontera móvil. Esto es, no hay vínculo automático entre edad y madurez. Sin embargo, está claro, que en el estadio actual de evolución jurisprudencial, la incapacidad no puede ser más el fundamento de su protección, el NNA debe ser protegido a la luz de su opinión, donde es esencial, su escucha para lograr consagrar su protección como sujeto de derecho de un modo integral.

Ahora bien, ¿qué sucede si en el curso del testimonio la NNA manifiesta no querer responder la pregunta o continuar con su declaración? El art. 150.2 in fine del (CPP), señala respecto de la facultad de abstenerse que *“Ellas podrán ejercer dicha facultad aun durante su declaración, incluso en el momento de responder determinadas preguntas”*(14). Esto es, podrá no responder o solicitar poner fin a dicha declaración si en el curso de la misma el NNA se siente afectado y entiende que no puede continuar.

B) ¿Cómo debe llevarse a cabo el interrogatorio de NNA para evitar la re victimización y la vulneración de sus derechos?

El legislador previó una regulación específica para los testigos menores de 18 años. Así señala el art. 160.1 Código Proceso Penal (CPP):

El interrogatorio de los testigos menores de 18 años será conducido por el tribunal sobre la base de las preguntas presentadas por el fiscal y la defensa. Podrá recurrirse al asesoramiento de un psicólogo forense u otro profesional especializado. Por regla general no podrán ser interrogados directamente por las partes.(15)

Asimismo, se dispone en el art.160. 2 (CPP):

A los efectos de contemplar sus derechos y brindar su testimonio en el proceso, deberá adoptarse una o más de las siguientes medidas.

a) A través de una pantalla de cristal para ocultar al testigo del imputado u otros elementos que constituyan barreras físicas con el mismo efecto.

(13) Observación General No.12 de Naciones Unidas.(2009) El derecho del niño a ser escuchado. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdf>

(14) Código del Proceso Penal, Ley 19293.<https://www.impo.com.uy/bases/código-proceso-penal-2017/19293-2014>

(15) IDEM.

- b) Prestar testimonio desde una sala adyacente al tribunal a través de un circuito cerrado de televisión u otra tecnología con similar efecto.
- c) La recepción del testimonio debe ser en privado, excluyéndose al público y a los medios de prensa de la sala del tribunal.
- d) El examen del testigo debe ser a través de un intermediario designado por el tribunal, con la función de ayudarlo a comprender el interrogatorio. Esta medida será tenida especialmente en cuenta tratándose de menores de 12 años de edad.
- e) En presencia de un acompañante como apoyo emocional mientras el testigo presta testimonio. Este puede ser cualquier adulto en quien él confía, mientras que no sea parte, testigo u otro sujeto del proceso.(16)

Veamos qué otras garantías disponen los instrumentos normativos para la protección del testimonio del NNA. En el ordenamiento interno entra en vigencia en el año 2018 la ley 19580 declarada de orden público e interés general y que en su art 9, establece los derechos de los NNA en los procesos administrativos y judiciales.

Mencionemos a título simplemente enunciativo parte de los derechos que el mismo reconoce: derecho a ser informados; que su relato sobre los hechos sea recabado por personal técnico, en lugares adecuados; a la restricción máxima posible de concurrencia a la sede judicial; de ser protegido en su integridad física y emocional; a no coincidir en lugares comunes con las personas denunciadas; en las audiencias no podrá estar presente la persona denunciada; el respeto de la privacidad de la víctima; recibir información previa accesible a su edad y madurez y podrá ser acompañada por persona de su confianza.

Existe también en la materia otras disposiciones que no tienen carácter vinculante pero que pueden servir para motivar los fallos jurisprudenciales y en consecuencia generando practicas más garantistas, conocidos como soft law: entre ellas se puede citar las Guías de Santiago sobre Protección de Víctima y Testigo: En el art. 22 se prevé Reglas especiales para la atención, trato procesal y protección de los niños, niñas y adolescentes víctimas de delito, particularmente conforme a nuestro análisis se señala en el art.22 numeral 7:

Cuando los niños, niñas o adolescentes sean víctimas de violencia intrafamiliar se pondrá especial cuidado en evitar la influencia del investigado y su entorno familiar en su declaración, vigilando especialmente que no haya contacto con el antes de sus declaraciones; evitando de forma singular cualquier coincidencia física o confrontación visual; e

(16) IDEM.

instando cuando proceda, las medidas de alejamiento o incomunicación prevista en el art 18. En el caso en que los agresores sean sus progenitores, se procurará que los NNA sean asistidos por un representante legal y, en todo caso, que aquellos no tengan las competencias propias de esta figura en el procedimiento. (17).

Asimismo, Las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, reglas que tienen como objetivo garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad. Particularmente, se destaca la regla (78) que regula la participación de niños, niñas y adolescentes en actos judiciales, así establece:

En los actos judiciales en los que intervengan personas menores de edad, se tendrá en cuenta su edad y desarrollo integral. A tales fines los actos judiciales: a) Se realizarán en espacios amigables, incluyendo la posibilidad de que puedan ser escuchados sin estar presentes en la sala mediante tecnologías de la comunicación b) Se facilitará la comprensión utilizando un lenguaje sencillo c) Se evitaren todos los formalismos innecesarios tales como la toga, la distancia física con el tribunal y otros similares.(18)

En tal sentido teniendo en cuenta la armonización de derechos en juego, el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 4° Turno en Sentencia que nos ocupa N.º 482/2023 de fecha 31 de agosto de 2023:

Dispone la admisibilidad de la declaración de la niña de 10 años, en la modalidad de prueba anticipada, en sala adyacente al tribunal a través de un medio tecnológico, aplicable por medio de intermediario y en presencia de un acompañante emocional. (19)

Puede observarse que en el fallo de segunda instancia se ha cumplido con el control de convencionalidad en la medida en que se hizo lugar a la declaración anticipada de la niña de 10 años, dotándola de una serie de garantías que permiten su protección de un modo integral, conforme a los estándares internacionales, permitiendo al mismo tiempo el acceso a la justicia.

(17) Guías de Santiago sobre protección de víctimas y testigos. <https://eurosocial.eu/biblioteca/doc/guías-de-santiago-sobre-protección-de-victimas-y-testigos/>

(18) 100 REGLAS DE BRASILIA DE ACCESO A LA JUSTICIA XIV Cumbre Judicial Iberoamericana Brasilia, 4 a 6 de marzo de 2008. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf>

(19) Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 4° Turno N.º 482 de fecha 31 de agosto de 2023, disponible en Base de Jurisprudencia Nacional.

V. Pertinencia probatoria del testimonio de la niña en el caso jurisprudencial a estudio y el acceso a la justicia

Es imperioso destacar que la niña declarara sobre aspectos que no son secundarios. Muy por el contrario, el testimonio es propuesto para aspectos manifiestamente útiles, en lo atinente al descubrimiento de la verdad sobre los hechos investigados.

Se trata de una testigo clave ya que su declaración puede dar cuenta del acuerdo entre los imputados para cometer el homicidio. Así el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 4º Turno en Sentencia que nos ocupa N.º 482/2023 de fecha 31 de agosto de 2023 ha señalado que *“negar la diligencia de la Declaración anticipada de la niña obsta al acceso a la justicia”*. (20)

Es que en los delitos como el que nos ocupa Homicidio muy especialmente agravado en la modalidad de Femicidio, rige el principio y la obligación por parte del Estado de investigar mediante la “debida diligencia reforzada”: ello implica aplicar los más altos estándares internacionales a la hora de investigar, adoptando la “perspectiva de género”, reconociendo que esta violencia se erige sobre la base de un sistema de dominación patriarcal, fuertemente arraigado en estereotipos de género y que constituye una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres. Veamos algunas puntualizaciones de la Corte IDH en referencia a este punto.

En informes de la Comisión de Derechos Humanos (CIDH) se ha señalado que la investigación:

Debe llevarse a cabo de manera inmediata, exhaustiva, sería, imparcial y debe estar orientada a explorar todas las líneas de investigación posibles que permitan la identificación de los autores del delito, para su posterior juzgamiento y sanción. El Estado puede ser responsable por no “ordenar, practicar o valorar pruebas” que puedan ser fundamentales para el debido esclarecimiento de los hechos. (21)

Asimismo, la Corte IDH ha destacado en el Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú que:

En aras de garantizar la efectividad de la investigación de violaciones a los derechos humanos, se debe evitar omisiones probatorias y en el

(20) Sentencia N.º 482/2023 de fecha 31 de agosto de 2023 del Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 4º Turno, disponible en Base de Jurisprudencia Nacional.

(21) CIDH, Informe de acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas 2007, Capítulo I, B, Párrafo 41. https://ieechihuahua.org.mx/sistema/archivos/interno/módulos/UIG/leyes_internacionales/acceso_a_la_justicia_para_las_mujeres_victimas_de_violencia_en_las_am%C3%A9ricas.pdf

seguimiento de líneas lógicas de investigación. La Corte IDH ha especificado los principios rectores que son precisos observar en la investigación penales relativas a violaciones de los DDHH que pueden incluir inter alia: recuperar y preservar el material probatorio con el fin de ayudar en cualquier investigación la identificación de los responsables, identificar posibles testigos, obtener sus declaraciones y determinar la causa, forma, lugar y momento del hecho investigado(...). (22)

Así el testimonio de la niña no puede ser negado a la luz de viejos preceptos. La Corte IDH también ha señalado en Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú:

Que los prejuicios personales y los estereotipos de género afectan la objetividad de los funcionarios estatales encargados de investigar las denuncias que se le presentan, influyen en su percepción para determinar si ocurrió o no un hecho de violencia, en su evaluación de credibilidad de los testigos y de la propia víctima. Los estereotipos “distorsionan las percepciones y dan lugar a decisiones basadas en creencias preconcebidas y mitos en lugar de hechos”, lo que a su vez pueden dar lugar a la denegación de justicia(...). (23)

Aquí es donde cobra relevancia analizar la temática a la luz del Control de convencionalidad(24). Por su parte en el fallo de segunda instancia se observa un caso concreto de diversidad de enfoques en la medida que logra armonizar los derechos en juego dotándolos de las mayores garantías. Asegurando así el cumplimiento de los instrumentos internacionales y los más altos estándares internacionales de protección de los derechos humanos.

VI. Conclusión

En suma, en coincidencia con el Tribunal de Apelaciones en lo Penal 4 en Sentencia N° 482/2023 de fecha 31 de agosto de 2023, el testimonio de la niña en el caso de análisis es necesario para arrojar luz sobre el tema a decidir, pero está condicionado a que la niña no haga uso de la facultad de abstenerse en forma total o parcial respecto al interrogatorio planteado y

(22) Corte IDH. Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de marzo de 2020. Serie C No. 402, párrafo 194. https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm

(23) IDEM párrafo 199.

(24) Es de destacar que el Control de Convencionalidad se impone a través del fallo Almonacid Arellano vs Chile del 26 de setiembre de 2006 a partir de allí se destaca que los jueces no son simples aplicadores de la ley nacional, sino que tiene además una obligación de realizar una “interpretación convencional”. Ver análisis de Control de Convencionalidad en: FERRER MAC GREGOR, E. (2011) El control de difuso de Convencionalidad en el estado Constitucional, Opus Magna Tomo III. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/27751.pdf>.

que se realice bajo las condiciones previstas art 160 CPP. En efecto podría aportar información de calidad al Juez de juicio en lo atinente a la eventual planificación y acuerdo de los imputados a fin de perpetrar el delito.

Por otro lado, está claro que negar el testimonio en base a pre conceptos puede llevar a negar el acceso a la justicia en un caso de homicidio muy especialmente agravado en la modalidad de Femicidio, donde existe por parte del Estado un “deber de diligencia reforzada” en la investigación de los mismos.

Así es imperioso a la hora de fallar y motivar la sentencia tener en cuenta el Control de convencionalidad ya que los estándares internacionales manejados apuntan a remover los obstáculos culturales y jurídicos que se tenían frente al tema. No se puede acudir a la arbitrariedad de invocar un principio o un derecho para violar todos los demás. Por el contrario de lo que se trata es de armonizar los derechos en juego y lograr una protección integral de los mismos como se observa en el caso de marras.

Referencias bibliográficas

- ÁLVAREZ GIL- ALBARELLOS, L. (2022). Testimonio de Menores en el Proceso Penal, Grado en Derecho, Universidad de Valladolid, Facultad de Derecho.
- FERRER MAC GREGOR, E. (2011) El control de difuso de Convencionalidad en el estado Constitucional, Opus Magna Tomo III. <https://www.cor-teidh.or.cr/tablas/27751.pdf>.
- Investigación y litigación de femicidios. Guía de actuación para Fiscales. (2021). Fiscalía General de la Nación, Uruguay. https://www.gub.uy/fiscalía-general-nación/sites/fiscalía-general-nación/files/2022-/Res.%20190_2022_%20SOLICITUDES.pdf
- NIÑO, L. (2021). Un sistema Penal Juvenil acordes con los estándares Internacionales de Derechos Humanos, Revista de Derecho Penal N° 29, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria ps 131 a 139.
- SOBA BRACESCO, I. (2020). Proceso Penal Uruguayo, estructuras procesales y vías alternativas (actualizado a la ley 19889 de 9 de julio 2020). Montevideo. La Ley Uruguay.
- MEDELLÍN URQUIAGA, X. (2019) “Principio pro persona: Una revisión crítica desde el derecho internacional de los derechos humanos” *Estudios constitucionales* [online]. 2019, vol.17, n.1, pp.397 a 440. https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002019000100397&script=sci_abstract

Jurisprudencia nacional

TAP 4 ° Turno S. 482/2023 de fecha 31/8/23. Fuente Base de Jurisprudencia Nacional.

SCJ. S 83/2021 de fecha 4/5/2021. Fuente Base de Jurisprudencia Nacional

TAP 4° Turno S. 84/2021 de fecha 11/2/202. Fuente Base de Jurisprudencia Nacional

TAP 3° Turno S. 14/2024 de fecha 21/3/2024. Fuente Base de Jurisprudencia Nacional

Jurisprudencia Corte IDH

Corte IDH. Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C, No.216. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_216_esp.pdf

Corte IDH. Caso Espinoza González vs. Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C, No. 289. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_289_esp.pdf

Corte IDH. Caso Vicky Hernández y otras vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de marzo de 2021. Serie C, No. 422. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_422_esp.pdf

Corte IDH. Caso Azul Rojas Marín y otra vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de marzo de 2020. Serie C No. 402. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_402_esp.pdf

Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2021. Serie C No.239. https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf