

Argumentos para la audiencia ante Juez de Control para la solicitud del desahogo de testimonial de niños y niñas mediante prueba anticipada.



Oficina de Defensoría de los
Derechos de la Infancia a.c.

Una vez citado a la audiencia de solicitud de prueba anticipada este documento le será de utilidad para exponer en audiencia, las razones por las cuales se debe realizar el desahogo de la testimonial **de la niña/niño víctimas/testigos** mediante prueba anticipada, así como aquellas por las que ello se torne indispensable, además le dará información sobre los instrumentos internacionales que recomiendan esta figura en casos de **niñas/niños víctimas/testigos**, y algunas recomendaciones para la adecuada y exitosa obtención de testimoniales mediante prueba anticipada.

Solicitud de la prueba anticipada

Se encuentra prevista en el artículo 304 del Código Nacional de Procedimientos Penales, el cual señala que puede ser solicitada por alguna de las partes cuando se torne indispensable en virtud de que el testigo no podrán acudir a la audiencia de juicio, por vivir en el extranjero, por existir motivo que hiciere temer su muerte, o por su estado de salud o incapacidad física o mental que le impidiese declarar, cuando ello se base en motivos fundados y de extrema necesidad y para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio.

Momento para solicitar la prueba anticipada

El artículo 305 del Código Nacional de Procedimientos Penales señala que la prueba anticipada puede solicitarse desde que se presenta la denuncia, querella o equivalente y hasta antes de que dé inicio la audiencia de juicio oral. En ese entendido, podrá solicitarse que se desahogue, incluso, aunque no exista todavía una causa penal, vinculando su utilización a la Carpeta de Investigación, cualquiera que sea la causa o causas penales en las que derive.

Si el procedimiento se encuentra aún en etapa de investigación inicial y no hay persona imputada, el CNPP permite que se recabe la prueba anticipada con la intervención de una defensora/or de oficio. Dependiendo del caso y la necesidad que exista de guardar secrecía en la investigación puede valorarse por la fiscalía

–y justificarse ante el órgano jurisdiccional de control– la presencia de la persona imputada y su defensa.

La gestión oportuna de la prueba anticipada (idealmente durante la investigación inicial) permite, además, disminuir el tiempo que transcurre entre el hecho victimizante y la participación válida **de la niña/niño víctimas/testigos**, reduciendo el estado de incertidumbre y resolviendo la “situación pendiente, sin resolver” que en el caso de niñas y niños resulta particularmente angustiante y que les impide trabajar en la recuperación de su salud mental y emocional.

Utilidad de la prueba anticipada para la participación de la niña/niño víctimas/testigos del delito de homicidio.

Cuando un niño o niña tiene que participar en el procedimiento penal como víctima o testigo de un hecho, se asume que puede hacerlo casi en las mismas condiciones que un adulto, en este aspecto la única salvaguarda que prevé la legislación procesal de México es que su recepción se haga con el auxilio de familiares o peritos especializados y la posibilidad de usar técnicas audiovisuales. Sin embargo, nada se señala respecto a la cantidad de veces que deba presentarse a participar ni de las condiciones en las que debe participar, tal omisión resulta indirectamente discriminatoria porque invisibiliza los efectos negativos agravados que tiene la participación de niños y niñas en procedimientos penales en virtud de sus características de desarrollo.

En el caso de niñas y niños, todas las opiniones especialistas en el tema han sostenido la necesidad de reducir al mínimo, la reiteración de participaciones de personas menores de edad víctimas de delitos, debido a sus habilidades para el control de emociones aún se encuentran en desarrollo. El Comité de los Derechos del Niño ha señalado que ningún niño o niña debe ser entrevistado con más frecuencia de la necesaria, en particular cuando se investiguen acontecimientos dañinos o que puedan causar efectos traumáticos al niño o niña debiendo evitar la revictimización.¹

¹ ONU, Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 12, El derecho del niño a ser escuchado, 20 de julio de 2009, párrafos: 24; 134-d.



La figura de prueba anticipada permite tomar en cuenta tanto las características inherentes a la infancia como la necesidad de adecuar el proceso a fin de garantizar el acceso a la justicia y la no revictimización de las víctimas y, al mismo tiempo salvaguardar el derecho a la defensa de los imputados.

Justamente, la testimonial obtenida mediante prueba anticipada evita la revictimización al servir una misma entrevista como dato de prueba y prueba. Esta además potencia sus beneficios si se evita realizar una entrevista previa ante la fiscalía, pues ello necesariamente incrementaría la revictimización de los niños y niñas, ya que al tener que ir nuevamente ante un juez o jueza a narrar lo sucedido, en un lapso de tiempo indeterminado, genera regresión en los avances logrados por la terapia y daños a su salud física y mental.

En ese sentido, la misma Suprema Corte de Justicia ha reconocido en el Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que involucran a Niñas, Niños y Adolescentes que esta forma de desahogar la prueba permite:

- Garantizar la inmediatez y conservación de la declaración de la niño o niña para uso en posteriores fases del proceso.
- Permitir conocer los hechos con anticipación y evitar la angustia de la niña o niño ante la posibilidad de declarar de nueva cuenta.

Adicionalmente, se trata de un mecanismo que permitirá:

- Evitar que los niños y niñas víctimas o testigos reviva los hechos delictivos de manera innecesaria e injustificada.
 - Reducir al mínimo su exposición a experiencias que le causan temor, angustia y miedo.
 - Reducir el tiempo entre el hecho delictivo y su participación en el proceso.
 - Mejorar las posibilidades de acceso a la justicia y sanción a los responsables.
- 

Interpretación conforme del artículo 304 del Código Nacional de Procedimientos Penales

Si bien es cierto que la redacción de esta figura, de manera inicial no indica su utilización para personas con alguna condición de vulnerabilidad, también lo es que su aplicación debe realizarse en una interpretación armónica con los derechos humanos previstos en la Constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos que resulten aplicables al caso concreto. De hecho, estas interpretaciones sobre la figura son cada vez más frecuentes en la práctica procesal del sistema acusatorio.

En ese sentido se estima que una interpretación conforme a la Constitución implica considerar en la interpretación de las figuras jurídicas, los efectos diferenciados que estas tienen sobre las personas que se encuentran en situación de desventaja o vulnerabilidad. Lo que implica la consideración de la figura de “prueba anticipada” como un mecanismo de protección a las víctimas que se encuentran en evidentes situaciones de vulnerabilidad.

De conformidad con el artículo 304 del Código Nacional de Procedimientos Penales la prueba anticipada puede ser solicitada por alguna de las partes cuando “se torna indispensable en virtud de que el testigo no podrá acudir a la audiencia de juicio, por vivir en el extranjero, por existir motivo que hiciere temer su muerte, o por su estado de salud o incapacidad física o mental que le impidiese declarar, cuando ello se base en motivos fundados y de extrema necesidad y para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio”

Sin embargo, una interpretación más amplia permite considerar no sólo ese tipo de imposibilidades, sino también aquellas que se derivan de la obligación de proteger a las víctimas que requieren de ese tipo de medidas excepcionales, es decir, como una imposibilidad jurídica de los juzgadores que ante el riesgo se encuentran obligados a proteger, la cual de incumplirse podría generar afectaciones desproporcionadas en la **niña/niño víctimas/testigos**.

Debe tenerse presente que la mayoría de las disposiciones que norman el procedimiento penal, se encuentran diseñadas bajo una perspectiva

adultocéntrica, es decir, que considera casi como únicos actores a las personas adultas, previendo solo en algunas ocasiones disposiciones especiales para la participación de niños y niñas.

En ese sentido, es necesario que se realice una interpretación conforme de las disposiciones que componen al proceso penal y, particularmente del artículo 304 del Código Nacional de Procedimientos Penales, auxiliándose para ello del Interés Superior de la Infancia como norma de procedimiento, según lo ha dispuesto la tesis con registro 2010602 de la 1ª Sala de la SCJN,² a fin de lograr la armonización del proceso penal con la protección más amplia los niños y niñas víctimas o testigos y sus derechos fundamentales.

Así, la interpretación conforme del procedimiento penal para la participación de niños y niñas, implica la consideración de la figura de “prueba anticipada” como un mecanismo de protección a las víctimas/testigos que se encuentran en evidentes situaciones de vulnerabilidad, a través del siguiente método:

- **“NO PODRÁ.” (1)** En primer lugar, es necesario interpretar la expresión no podrá acudir a la audiencia de juicio contenida en el artículo 304 del Código Nacional de Procedimientos Penales, a fin de que permita su utilización para el cumplimiento de obligaciones de protección y garantía de derechos de niños y niñas que ha asumido el Estado mexicano.

Una interpretación más amplia permite considerar no sólo las imposibilidades previstas, sino también aquellas que se derivan de la obligación de proteger a las víctimas/testigos que requieren de ese tipo de medidas excepcionales, es decir, como una imposibilidad jurídica de las y los juzgadores que ante el riesgo se encuentran obligados a proteger, la cual de incumplirse generaría afectaciones desproporcionadas en los niños y niñas víctimas/testigos.

² Primera Sala de la SCJN de rubro: “INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. DIMENSIONES EN QUE SE PROYECTA LA APLICACIÓN DE ESTE PRINCIPIO.” Con datos de localización: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 25, Diciembre de 2015, Tomo I, Materia(s): Constitucional, Tesis: 1a. CCCLXXIX/2015 (10a.), Página: 256, Registro: 2010602

- **INTERPRETACIÓN DE LAS CAUSALES DE PROCEDENCIA. (2)** En segundo lugar, es necesario hacer una interpretación protectora de las causas de procedencia de la prueba anticipada. En el caso concreto de la causa que refiere que el testigo no podrá acudir a la audiencia de juicio “por su estado de salud o incapacidad mental”.

Dentro de esta causal cabe considerar, por un lado, las afectaciones a la salud física y emocional que genera la participación reiterada de niños y niñas en procedimientos penales, especialmente cuando su testimonio versa sobre hechos dolorosos o difíciles de relatar, como puede ser el presenciar el homicidio de una persona. Y, por otro lado, la “incapacidad” o falta de herramientas cognitivas y emocionales de niños y niñas para expresar de forma repetida hechos dolorosos o difíciles de relatar

Si bien es cierto que, respecto al primer punto suele interpretarse que la persona debe estar, al momento de la solicitud del anticipo de prueba, en un estado de salud grave que la justifique, no deben descartarse los efectos perjudiciales que pueden ocasionarse sobre su salud después de participar en el proceso y que deben disminuirse al mínimo para evitar mas efectos negativos que puedan afectar su recuperación, para lo cual la reducción al máximo posible del tiempo que transcurre entre los hechos y su participación en el proceso juega un papel fundamental.

El estrés y la ansiedad que genera en niños y niñas su enfrentamiento con el procedimiento legal, y la falta de herramientas neurológicas para afrontarlas, generan afectaciones no solo a la salud mental (que para niños y niñas en desarrollo implica mucho) sino, incluso, a la salud física.

Por otro lado, se estima que la aludida “incapacidad mental” puede incluir en una interpretación pro persona, el estado de desarrollo cognitivo, neurológico y emocional de los niños y niñas, pues de acuerdo con ello, las y los niños aún se encuentran desarrollando habilidades que les permitan tanto realizar el manejo adecuado de sus emociones, como comprender la importancia de los procedimientos.

En ese sentido, es muy posible que, por sus características, los niños y niñas víctimas/testigos lleguen a una etapa de juicio en la que deban declarar y ya no quieran hablar de lo ocurrido, se sientan vulnerables y no creídos al tener que repetir lo que ya le han dicho a otras autoridades que prometieron protegerles, sus recuerdos sean más imprecisos por el tiempo transcurrido, etc.

- **NECESIDAD DE EVITAR REVICTIMIZACION. (3)** En tercer lugar, resulta relevante considerar en la interpretación de esta figura la obligación de la autoridad jurisdiccional de tomar medidas para evitar al máximo posible la re victimización que pueden sufrir personas en situación de vulnerabilidad.

En el caso de niñas y niños, todas las opiniones especialistas en el tema han sostenido la necesidad de reducir al mínimo, la reiteración de participaciones de personas menores de edad víctimas de delitos.

Las Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos señalan, que:

32. ... los profesionales deben aplicar medidas para:

- a) Limitar el número de entrevistas, aplicando procedimientos especiales para diligenciar las pruebas de los niños víctimas y testigos a fin de reducir el número de entrevistas, declaraciones, audiencias y, concretamente, el contacto innecesario con el proceso de justicia;

Cada una de las participaciones de niñas y niños en procedimientos jurisdiccionales para declarar sobre hechos traumáticos y dolorosos ocasiona que revivan el trauma, y ello aunado a la falta de habilidades para manejar la angustia (que en esas etapas aún se encuentran en desarrollo), puede ocasionar que se actualice un trauma o que se generen nuevas afectaciones a su bienestar psicológico y emocional que pueden llegar a desencadenar en afectaciones incluso físicas.

Ejercicio de ponderación: derecho de defensa y derecho de protección especial de niños y niñas víctimas o testigos.

Es claro que la utilización de la prueba anticipada como mecanismo de participación de niños y niñas víctimas o testigos, implica una restricción del derecho de defensa de los o las imputadas, sin embargo, se estima que la aplicación de la figura de prueba anticipada resulta proporcional en relación al derecho a una defensa adecuada y el derecho de protección especial y no re victimización de niños y niñas, en atención al siguiente juicio de proporcionalidad:

- **Finalidad.** La finalidad de aplicación de la prueba anticipada es utilizar esa figura como mecanismo de protección a la infancia, lo cual representa un fin válido y deseable constitucionalmente conforme al artículo 1º y 4º constitucional.
- **Idoneidad.** Se considera también que la medida propuesta es idónea. En ese sentido, es cierto que existen otras alternativas como que llegado el juicio y el niño o niña no pueda o no quiera declarar se justifique la lectura o reproducción de su entrevista para su introducción excepcional en el juicio, sin embargo, la figura de prueba anticipada permite que el imputado/a ejerza de mejor forma su derecho de defensa, pues no obstante que se restringe el derecho a que se desahogue en juicio, mantiene su derecho de contradicción y control de la producción probatoria, lo que en el caso de incorporación por lectura, no.
- **Necesidad.** Como se ha señalado, esta medida se estima necesaria, ya que, ante la simple existencia de un riesgo de afectación a la integridad física, psicológica o psiquiátrica de los niños y niñas, se actualizan las obligaciones de protección de esta autoridad jurisdiccional, para reducir al mínimo esas posibilidades.
- **Proporcionalidad en estricto sentido.** Finalmente, la medida se estima proporcional en estricto sentido, cuando se refiere al desahogo anticipado únicamente de quienes tienen esos derechos especiales, es decir, de los niños y niñas víctimas o testigos que se encuentren preparados para declarar, en el entendido que el resto de las probanzas se desahogaran en la etapa correspondiente de juicio. Aunado a que la producción anticipada de esas testimoniales, permitirán que las partes

puedan producir prueba sobre la prueba, a través de periciales u opiniones expertas que estimen convenientes.

En las condiciones expuestas se considera que la prueba anticipada resulta un mecanismo pertinente y proporcional de protección a niñas y niños, toda vez que permite evitar su sometimiento a diligencias inapropiadas o innecesarias que puede generar efectos de regresión y revictimización durante el momento de angustia, al mismo tiempo que permite el ejercicio de los principios más relevantes que rigen el derecho de defensa en un sistema acusatorio, como son la contradicción y la refutación, es decir, la posibilidad de producir prueba en contrario.

En esas condiciones, resulta claro que la prueba anticipada no representa sólo un mecanismo que evita la pérdida de la prueba para juicio, sino también un mecanismo de protección a la infancia y a víctimas altamente vulnerables por sus condiciones particulares o por la naturaleza del hecho vivido. Resultando un mecanismo efectivo para el cumplimiento de las obligaciones del Estado frente a la infancia.

Finalmente es pertinente señalar que la utilización de este mecanismo es recomendada por distintos instrumento y organismos como:

- La regla 37 de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad, las cuales recomiendan el uso del Anticipo jurisdiccional de la prueba de las personas en condición de vulnerabilidad, para evitar la reiteración de declaraciones.³
- La Directriz IX sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos, que conmina a las autoridades a tomar medidas para evitar sufrimientos a los niños durante el proceso de instrucción y enjuiciamiento a fin de garantizar el respeto de su interés superior y su dignidad.⁴
- La Guía 5 de Santiago sobre la Protección de Víctimas y Testigos, que recomiendan que: se valore la práctica de la prueba anticipada para que, con garantías para todas las partes, se evite que el proceso se

³ Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad, aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, que ha tenido lugar en Brasilia durante los días 4 a 6 de marzo de 2008

⁴ Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delito, E/2005/INF/2/Add.1, 36ª sesión plenaria, 22 de julio de 2005

convierta en causa de victimización secundaria, así como el riesgo de ineficacia para el propio proceso.

- La Opinión Técnica Consultiva N° 001/2014, de la Oficina Regional de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, que reconoce que la revictimización tiene un efecto especialmente dañino para niños, niñas y adolescentes, por lo que recomienda la utilización para ello través de la utilización del anticipo de prueba en el marco del Sistema Penal Acusatorio.

En virtud de lo antes expuesto y con la finalidad de impulsar el uso del mecanismo de anticipo de prueba para la recaudación de las testimoniales de personas en situación de vulnerabilidad, se señalan algunas recomendaciones para la adecuada y exitosa obtención de testimoniales mediante prueba anticipada:

- La fiscalía deberá solicitar un informe o valoración psicológica sobre la existencia de riesgo de afectación psicológico o emocional de la víctima o testigo, por su participación en el proceso, cuando se encuentre en alguno de los supuestos que pueda hacerla vulnerable a sufrir victimización.
- Una vez obtenida la opinión sobre la existencia de riesgo, solicitará una audiencia ante juez de control⁵ a efecto de justificar la procedencia del desahogo anticipado de su testimonial. En caso de que la persona probable responsable no se encuentre identificada, solicitará la presencia de un defensor/a público/a.
- Previo al desahogo de la testimonial anticipada, la fiscalía se cerciorará de que existen las condiciones pertinentes⁶ para el desahogo (espacios adecuados, personal de asistencia especializado, etc. según lo requiera la persona de la que se trate).

5 Anexo X: Solicitud del desahogo de testimonial de niños y niñas mediante prueba anticipada.

6 Anexo X: Requerimientos técnicos para el desahogo de testimonial mediante prueba anticipada de niñas, niños y adolescentes víctimas o testigos