

El valor de la prueba testimonial de los menores

The value of the testimony of minors

Antonella Estefanía Ruggiero*

RESUMEN

Debe darse lugar a que los menores de catorce años puedan declarar válidamente como testigos en los juicios civiles. La búsqueda debe orientarse a la verdad aun cuando el camino para llegar a ella sea más arduo. Esto es, será necesario un estudio profundo del testimonio y de la conducta de quien declara. No tenemos que perder de vista que los niños son personas en desarrollo y, por tanto, siempre debe resguardarse su cuidado físico y psíquico para evitar su revictimización.

Un niño puede declarar en forma tan precisa como un testigo adulto, siempre y cuando se respeten pautas interdisciplinarias para poder llevar adelante las correspondientes adaptaciones y trabajos de equipos

ABSTRACT

It should be place to which children under fourteen years of may validly declare as witnesses in civil trials. The search should be directed to the truth even when the way to reach it is harder. That is, an in-depth study of the testimony and the conduct of who declares will be necessary. We must not lose sight that children are people in development and therefore always his physical care must take shelter and psychic to avoid their revictimization. A child can declare as accurately as an adult witness, provided interdisciplinary guidelines are respected for to carry out relevant adaptations and equipment works

PALABRAS CLAVES

Prueba testimonial- menores- procedimiento.

KEY WORDS

Testimony-minor - procedure.

*Abogada (USAL). Especialista en Derecho Procesal (USAL). Docente auxiliar en las cátedras de Contratos y Derecho Romano (USAL).
Trabajo recibido 12/8/2014. Aprobado 29/8/2014

“Si tu hermano pecare contra ti, ve y repréndele entre ti y él solos;

mas si no te oyen, lleva aun contigo a uno o dos para que toda palabra sea testificada, por boca de dos o tres testigos”¹

I. Introducción

Como bien es sabido, en nuestro país solo gozan de capacidad para declarar como testigos, en los juicios de naturaleza civil, las personas mayores de 14 años de edad.

Reza el art. 426 de nuestro Código Procesal Civil y Comercial de la Nación: *“Toda persona mayor de catorce (14) años podrá ser propuesta como testigo y tendrá el deber de comparecer y declarar, salvo las excepciones establecidas por ley...”*.

En el desarrollo del presente trabajo, nos replantaremos el texto de la norma referida y, a partir de un método deductivo, interpretaremos su hermenéutica apuntando al análisis, no ya de la aptitud de quien debe comparecer y declarar ante el órgano jurisdiccional (el testigo), sino a la idoneidad de quien deba recibir el testimonio (el juez o tribunal y el equipo interdisciplinario que pudiera formarse al efecto).

El maestro Carnelutti ha dicho que, cuando uno se quiere persuadir del grado de imperfección de la justicia humana, basta pensar que en la mayor parte de los casos la convicción del juez se ha fundado en la narración del testigo.

Pese a aquella circunstancia, la prueba testimonial sigue resultando indispensable y admitida sin discusión. Si bien es cierto que la eficacia de un medio probatorio de esta naturaleza se debilita a medida que se aleja de su origen, no menos cierto es que es útil a la instrucción de la causa. De allí, la necesidad de su estudio.

Debemos, en este punto, dejar a un lado los prejuicios.

¿Quién puede afirmar que las palabras de un adulto valen más que las de un niño?

¿Quién puede afirmar que los adultos son portadores de verdades y los niños de mentiras?

II. Consideraciones previas

Debemos comenzar por algunas nociones algo generales, cuyos conceptos constituyen el substrato indispensable para analizar el tema que nos ocupa.

III. ¿Qué es probar?

Según algunos doctrinarios, el vocablo “prueba” deriva del latín *probe* que puede traducirse como “buenamente” o “rectamente” u “honradamente”; para otros autores, en cambio, deriva de la palabra *probandum*, que significa “recomendar”, “aprobar”, “experimentar”, “paternizar” o “hacer fe”, conforme expresan varias leyes del derecho romano.

¹ “Nuevo Testamento”, Evangelio de San Mateo, Cap. 18 v. 15 y 16.

En sentido general, “probar es tanto investigar cómo ocurrieron ciertos hechos como comprobar o verificar si son exactos hechos que se han afirmado. En un sentido general, muy general”².

Probar “es efectuar una labor de traslación. Significa trasladar un hecho o suceso producidos en unas coordenadas temporo – espaciales a las del juez, a la presencia de este último, haciendo de este modo viable su repetición histórica... Todo hecho es algo que impresiona o estampa la realidad circundante y que deja como resultado de dicha estampación lo que vulgarmente denominamos huella o rastro. En lugar de aproximar el hecho histórico trasladamos los otros objetos estampados por aquel. El juez no ve la realidad pero ve sus huellas”.³

“En sentido procesal civil la prueba, en realidad, no es una investigación. El juez civil no investiga; el juez civil no va a buscar los hechos, a ver cómo fueron; sino que va a tratar de “verificar”, valiéndose de los elementos probatorios que le suministraron las partes o que él ha logrado en los sistemas donde tiene aptitudes para proponer medios propios de comprobación, o en las medidas para mejor proveer, verificar – digo – la exactitud o inexactitud de las afirmaciones de las partes respecto de los hechos controvertidos”⁴.

“De poco puede servir a una persona hallarse en posesión del derecho más claro e incontrovertible si en el momento procesal oportuno no logra demostrar los hechos que constituyen la hipótesis legal. Por eso se ha dicho que quien no consigue convencer al juez, cuando su derecho es desconocido o negado, de los hechos de que depende su derecho, es como si no tuviera ni hubiese tenido nunca el derecho”⁵

“Sin la prueba del derecho estaríamos expuestos a su irreparable violación por los demás, y el estado no podría ejercer su función jurisdiccional para amparar la armonía social y secundariamente reestablecer el derecho conculcado. Gráficamente expresa ese concepto el viejo adagio: tanto vale no tener un derecho, cuanto no poder probarlo”⁶

IV. Distintas acepciones. Medios de prueba ⁷

Podemos dar al término “prueba” distintos sentidos: como “medio o instrumento”, testigo, documento, confesión, pericia. Así, se habla de “ofrecer pruebas”, vale decir, proponer y procurar “medios de prueba”.

Asimismo hablamos de prueba para referirnos al “procedimiento”: “durante la prueba”, “el período probatorio”.

En definitiva, el vocablo “prueba” alude al medio que se ofrece para abonar la exactitud de las afirmaciones traídas a juicio; “*prueba*” es el procedimiento. Se dice que se esta probando o debe probar refiriéndose al procedimiento. Y, finalmente, prueba también significa el “*resultado*”: se dice que algo esta probado cuando un hecho o circunstancia ha quedado debidamente acreditado como cierto.

² EISNER, Isidoro, “*La prueba en el proceso civil*”, Ed Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, p. 37

³ MUÑOZ SABATE, L. “*Técnica probatoria. Estudio sobre dificultades de la prueba en el proceso*”, Praxis, Barcelona, pp 135/7

⁴ EISNER Isidoro, “*La prueba en el proceso civil*”, Op. cit., p. 37.

⁵ MUÑOZ SABATE, L., Op. cit., p. 34.

⁶ DAVIS ECHANDIA, H. *Teoría General de la prueba Judicial en Teoría de la prueba y de los medios probatorios*, Tomo I, Zavalía, Buenos Aires, p. 13.

⁷ EISNER, Isidoro, Op. cit.

El concepto de “prueba”, por lo tanto, no es unívoco. Enseña Kielmanovich que bajo tal vocablo usualmente se comprende el *resultado* de la actividad realizada por las partes para la demostración del hecho (por ejemplo, la confesión); a las fuentes a partir de las cuales se extrae el conocimiento para intentar alcanzar aquella comprobación (Vgr., el documento, las partes o los testigos), y la *actividad, procedimiento o medio* para producir tal efecto (por caso, la declaración de terceros o la absolución de posiciones de las partes) 8.

Señala Carnelutti que “ya en el lenguaje común se produce una transposición en el significado del vocablo, en virtud de lo cual, prueba no designa tan solo la comprobación, sino asimismo el procedimiento o la actividad usada para la comprobación; la prueba no es ya la demostración de la exactitud de la operación...obtenida mediante otra operación, sino esta misma operación; prueba no es ya la comprobación de la verdad de una afirmación mediante el conocimiento del hecho afirmado, sino este mismo conocimiento cuando se obtiene para la comprobación de la afirmación. Se opera así un cambio entre resultado y procedimiento o actividad, que responde en sustancia a una función intransitiva o transitiva del vocablo...” 9

Los medios de prueba son hartamente conocidos por todos nosotros porque los usamos cotidianamente; es por ello y, a efectos de ser breve, que sólo referiré a la prueba testimonial, objeto de estudio de este trabajo.

V. El testimonio 10

“Es posible prescindir de la confesión o de los escritos, pero es más difícil de prescindir de testigos cuando se quiere saber cómo se desarrollaron los hechos” 11

Los hechos que interesan al proceso y que normalmente serán objeto de la prueba comúnmente han sucedido y se han agotado antes de la aparición del conflicto judicial, dejando a veces huellas en las cosas o en las personas que pudieron intervenir en ellos o presenciarlos.

“El testimonio es el medio de información más usual en la vida corriente; es indispensable para toda la vida social al permitir a cada uno completar indefinidamente su experiencia personal por la de los demás. Fiarse en las aserciones de los otros es una necesidad práctica, al mismo tiempo que la fuente de la certeza empírica a la que es menester acomodarse y de la cual constituye una variedad la certeza histórica” 12

El testimonio es un hecho presente mediante el cual se reproduce, se refleja, un hecho ausente. Al referirnos al mismo no sólo hablamos de testimonio de testigos, sino también de testimonio de parte haciendo mención concretamente a la confesión, es el denominado “juramento”.

En lo que aquí nos interesa, analizaremos al testimonio del tercero, distinto de la parte y, por ende, ajeno a lo que se discute.

8 KIELMANOVICH, Jorge, *Teoría de la prueba y medios probatorios*, Rubinzal Culzoni, 2001, p. 23.

9 CARNELUTTI Francisco, *La prueba civil en Teoría de la prueba y medios probatorios*, Depalma, Bs. As, p.4.

10 EISNER Isidoro, Op. cit.

11 GORPHE, *La apreciación judicial de la prueba*, en *Teoría de la prueba y medios probatorios*, p. 157.

12 GORPHE, *La apreciación judicial de la prueba*, en *Teoría de la prueba y medios probatorios*, Op. cit., p. 157.

Según Liberman el “testimonio es la narración que una persona hace de los hechos a ella conocidos, para dar conocimiento de los mismos a otros. Su función es la de representar un hecho pasado y, por decirlo así, hacerlo presente a la mente de quien escucha...”¹³

Para Carnelutti, “el testimonio es, pues, un acto humano dirigido a representar un hecho no presente, es decir, acaecido antes del acto mismo”¹⁴, lo cual no significa que no pueda subsistir al momento de la declaración.

VI. ¿Quién es considerado testigo?

“Testigo”, es aquella persona llamada judicialmente para declarar acerca del conocimiento que tuviera de los hechos que interesan a la concreta litis a la que es citada.

“Llámesese testigos a las personas físicas, distintas de las partes, que deben declarar sobre sus percepciones o deducciones de hechos pasados”¹⁵.

VII. Clasificación de los testigos

Los testigos pueden ser clasificados según su admisibilidad, como así también, de acuerdo a la eficacia o atendibilidad de su testimonio; en tal sentido es dable referirse a testigos admisibles y a testigos excluidos.

El testigo es admisible cuando la ley no prohíbe su declaración, sea con carácter general o por la concurrencia de determinadas circunstancias.

Ahora bien, en el caso de mediar una prohibición legal, estaremos frente a un testigo excluido. Estos pueden subclasificarse según que la ley prohíba que sean citados a declarar en cualquier juicio, en contra o a favor de determinadas personas o, respecto de determinados actos.

Que el testigo sea atendible implica que su declaración es idónea para crear la convicción del juez sobre la verdad de los hechos a los que aquella refiere; caso contrario, es inatendible.

Así, nuestro Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en la letra del art. 426 excluye como testigos a los menores de 14 años y el texto del art. 427 dispone que no podrán ser ofrecidos como testigos los consanguíneos o afines en línea directa de las partes, ni el cónyuge aunque estuviere separado legalmente, salvo si se tratare del reconocimiento de firmas.

VIII. Capacidad para ser testigo

El texto de nuestro art. 426 del CPCC establece que: “toda persona mayor de catorce años podrá ser propuesta como testigo y tendrá el deber de comparecer y declarar”.

Kielmanovich entiende que, por testigo, debe entenderse la persona, mayor de catorce años de edad, que es llamada judicialmente a declarar acerca del conocimiento que tuviera de los hechos que interesan a la concreta litis a la que es citado, y amplía su concepto diciendo que no sólo debe tratarse únicamente de personas distintas a las partes, sino de personas físicas que hayan cumplido la edad catorce años a la fecha en que deben prestar declaración. En la misma línea se ubican Palacio, Alvarado Velloso y Fenochietto. Con expresión más tajante, este último autor, afirma que la edad

13 LIBERMAN, *Manual de derecho procesal civil*, Ejea, Buenos Aires, p. 359

14 CARNELUTTI F, *La prueba civil en Teoría de la prueba y medios probatorios*, Op. cit., p.121.

15 PALACIO, Lino Enrique, “*Manual de Derecho Procesal Civil*”, Tomo I, 4ª edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 517,

mínima está referida al momento de la declaración del testigo aunque fuera menor de catorce años en la época del hecho sobre el cual declara.

Se ha señalado que el límite de edad fijado en catorce años, reconoce su razón de ser en la naturaleza del niño: impresionable, imaginativa y a veces proclive a la mentira.

También se ha referido que hasta los ocho años los niños mienten sin darse cuenta, siendo su mentira lúdica y ocasionada por pereza, vanidad, venganza, malicia, por placer de mentir, por sugestión, por miedo y, es difícil precisar el límite entre lo normal y lo patológico, cuando de ellos se trata.

Jurisprudencialmente el criterio es el expuesto por la doctrina.

“El testigo debe contar con capacidad o aptitud para prestar declaración testimonial, la que obviamente sólo se tiene cuando ha cumplido la edad mínima de 14 años al momento de prestar declaración (art 424 CPCCN). Consecuentemente, por vía de principio, si un menor que carece de discernimiento llega a prestar declaración, su testimonio, no es atendible”¹⁶

“Los 14 años cumplidos que se exige al testigo deben serlo en la fecha en que se produce el hecho sobre el cual presta declaración, no en la de ésta”¹⁷

“La edad exigida por el art 424 del Código Procesal está referida al momento de la declaración del testigo”¹⁸

IX. Crítica a la capacidad para ser testigo

Podríamos decir que la limitación impuesta por el texto del art. 426 del CPCC se debe, no ya a los factores antes expresados, sino más bien a la carencia de una adecuada capacidad técnica del funcionario judicial que toma la declaración testimonial para dirigir un interrogatorio adecuado a la mentalidad del niño interrogado.

Claro está que el problema no es atribuible únicamente a quienes integran el órgano jurisdiccional; a esa falta de capacidad técnica se suman otros factores que impiden la posibilidad de que las personas menores de catorce años puedan declarar como testigos en los juicios civiles.

Veamos:

- 1.- Ni legisladores ni juristas pudieron valerse de las técnicas médicas, psicológicas y lógicas, debido al predominio del empirismo y la ausencia de la investigación y de la comprobación científica de la verdad o falsedad, total o parcial, de la narración de un testigo.
- 2.- En la desconfianza que prodiga el legislador en éste campo al magistrado, sustrayendo de su sana crítica la apreciación de esa capacidad.
- 3.- El propio texto del ordenamiento legal.

En la “historia del testimonio”¹⁹ podemos referir a tres etapas.

La primera, la “era del empirismo del testimonio”, en la que existían, por supuesto, limitaciones a la credibilidad del testimonio por razones de parentesco, interés económico, amistad, odio, amor, y por inhibiciones o predisposiciones de ánimo en ciertos momentos de sentimiento o pasión.

Se ubica en la segunda etapa a la “época de Bentham y Mittermaier”.

¹⁶ C2° de La Plata, Sala I, causa B 68.176 reg. sent 301/98.

¹⁷ C5°CCom de Córdoba 11-2-87, LLC 1987-348.

¹⁸ SCJBA 14-12-77 Rep. LL XXXVII 1252 sum 1.

¹⁹ VARGAS DIAZ, Miguel Angel, “El testimonio de niños y adolescentes en el proceso civil”, trabajo publicado en www.aai.com.py. (s.d.)

Se considera a Bentham como el creador de una nueva escuela cuyo mérito es haber concebido y expuesto la disciplina procesal de las pruebas y su lenguaje sugestivo, como una ciencia que se pertenece a sí misma y no se debe sino a la verdad. Carlos Mittermaier publicó tiempo después un Tratado de la prueba en materia criminal, en el que presenta el derecho probatorio como ciencia autónoma, jurídica, orientada sociológicamente con un respaldo en la realidad de la vida y de los negocios. Esta escuela hizo hincapié en una presunción de veracidad en los hombres como fundamento lógico de la prueba testimonial.

Por último, aparece la “escuela científica”, que coordina el estudio e investigación, en cooperación con la sicología experimental y la sicopatología clínica; somete entonces a su consideración en qué medida el testimonio de una persona capaz y de buena fe puede ser considerado como expresión exacta de los hechos y, en lo que aquí interesa, se interroga acerca de si debe abolirse del todo o limitarse a menos de catorce años la edad para recibir el testimonio de un niño.

Como se advierte, los avances realizados por la escuela científica no han sido receptados en nuestra legislación. Pareciera ignorarse que la pragmática (entendida esta como disciplina que estudia el lenguaje y la comunicación) y la diagnosis (o sea, el conocimiento de los signos de las enfermedades), proporcionan medios para interrogar a las personas menores de catorce años.

Todas estas circunstancias nos llevan a sostener que resulta inaceptable hoy día seguir impidiendo a los niños declarar como testigos en sede civil, hecho este que hace bastante tiempo ha sido superado en otros países, como asimismo, en el ámbito penal.

X. El testimonio del niño

Bien es sabido que, desde siempre, el testimonio de los niños fue dejado de lado por considerar a estos no aptos para brindar un testimonio “veraz”.

Se cree que no son tan “buenos” como los adolescentes o adultos para observar y recordar acontecimientos; que son propensos a las fantasías en materia sexual (Freud, 1940); que son altamente sugestionables (Binet, 1900); que son relativamente incapaces de distinguir entre realidad y fantasía (Piaget, 1972); que son propensos a las fábulas (Saywitz, 1987).²⁰

También sabemos que los códigos, las normas, buscan una precisión, una conducta típica a la cual aplicar el derecho, con respecto a la capacidad, al discernimiento, al raciocinio, a la madurez psíquica, a la capacidad de juicio o a la capacidad moral.

La capacidad para ser testigo se entiende como la posibilidad de percibir lo que acontece en el entorno, la retención de percepciones y la reproducción en un momento posterior del conocimiento percibido. Pero, una vez que se alcanza la capacidad para ser testigo, se hace necesaria la capacidad de discernimiento, que se puede obtener antes de la pubertad por ser los menores personas en desarrollo desde su concepción.

“Niño”, según la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), es “todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de

²⁰ VITALES, Gabriel, “Del testimonio de niños y niñas. Análisis y propuestas”, publicado en la página web de la escuela de capacitación judicial de la Provincia de San Juan (s.d.)

edad". Este instrumento internacional, incorporado a nuestro plexo constitucional, les asigna a los infantes el carácter de sujeto jurídico especial y les reconoce una "autonomía progresiva en el ejercicio de los derechos de acuerdo con la evolución de las facultades del niño" (art. 5); establece un principio de garantía y prioridad de sus derechos conjuntamente al principio de interés superior y un deber especial de protección.

Concordantemente, la Convención sobre Derechos del Niño consagra, en el texto de su art. 12, inc. 1 y 2, el derecho a ser oído: "los estados partes garantizarán al niño...el derecho de expresar su opinión libremente...en función de la edad y la madurez... y se dará al niño la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo...".

Ahora bien, la pregunta es: ¿son capaces los niños de informar "adecuadamente"?

Diferentes posturas se han presentado respecto de los testimonios infantiles; el punto más discutido es el que se relaciona directamente con la fiabilidad de aquellos. Las principales objeciones al respecto expresan que:

- 1.- La memoria de los niños no es fiable.
- 2.- Los niños son egocéntricos.
- 3.- Los niños son sugestionables.
- 4.- Los niños tienen dificultad para distinguir entre realidad y fantasía.
- 5.- Los niños hacen alegaciones falsas, particularmente acerca de agresiones sexuales.
- 6.- Los niños no comprenden el deber de decir la verdad ante el órgano jurisdiccional.

Pensemos:

¿Hasta que punto podemos asegurar que sería mucho más fiable el testimonio de los adultos?

La tesis contraria ensaya algunas respuestas a los fundamentos enumerados más arriba:

- 1.- La fiabilidad de los testimonios infantiles con relación a su memoria, depende de cómo se formulan las preguntas.
- 2.- El egocentrismo, es algo natural a todas las personas, no sólo a los infantes.
- 3.- La investigación psicológica ha demostrado que tanto los niños como los adultos, pueden ser sugestionados.
- 4.- Los niños no tienden a confundir lo que han imaginado o hecho con lo percibido; lo que sucede es que los niños son inferiores a los adultos discriminando las acciones realizadas por ellos de las acciones que han imaginado que realizaban.
- 5.- Es más fácil descubrir una mentira infantil que una realizada por un adulto.
- 6.- Los niños entre tres y cuatro años, ya tienen una idea clara sobre lo que es verdadero y lo que es falso; incluso, son capaces de comprender las implicaciones de mentir.

Siendo ajenos a las objeciones que existen respecto de las distintas posturas que puedan asumirse, es harto comprobado que, en el marco del testimonio de los niños podemos valernos del apoyo de expertos, la utilización de videos y del testimonio por medio de un representante legal.

En relación al apoyo de expertos para ayudar activamente al menor, en algunos casos, sólo asumen la función de ser evaluadores neutrales que informan al juez acerca de la realidad del niño y de su entorno; en otros

supuestos, no solo informan al juez sino también, protegen y acompañan al infante.

La legislación de algunos países, por ejemplo la de Canadá y Dinamarca, permite que los testimonios infantiles sean grabados en videos, en presencia del Juez o de otros testigos por él autorizados, con lo cual se eliminaría la presencia del niño o de la niña en la sala. Sin embargo, esta utilización de videos ha sido objeto de variados debates en países como Estados Unidos, acusando que sólo sirven para mostrar versiones parciales o distorsionadas de la realidad. Tras estas afirmaciones, algunos autores sugieren la utilización de sistemas de televisión de circuito cerrado, que permiten repreguntar al niño, sin necesidad de que permanezca en la sala.

Otra propuesta relacionada es la realizada por el denominado Comité Pigot de Inglaterra, el cual propone utilizar no un video de una sola declaración, sino una serie de ellos que permita comparar la evolución de las declaraciones infantiles.

Es importante recordar siempre que el niño no debe salir traumatizado de su intervención en un proceso judicial.

Un caso paradigmático, lo constituye el actual Sistema Judicial de Menores Escocés, en el cual se crea el sistema de las audiencias infantiles, siguiendo las recomendaciones del Comité Kilbrandon. Cualquier procedimiento legal en el que intervengan menores, se sienta en tres principios básicos:

1. El principio de separación de prueba y la medida, dado que su instrumentación requiere habilidades distintas. Las audiencias infantiles actúan sólo cuando todas las partes están de acuerdo, o cuando no estándolo, sólo la policía presenta evidencias como resultado de su propio proceso de actuación independiente.
2. El principio de bienestar del niño, como orientador fundamental de cualquier decisión y medida adoptada; principio que se consolida en el interés superior de aquel.
3. El principio de participación del niño y de la familia, esta última como el contexto más próximo para atender al menor.

XI. ¿Qué tan creíbles son los niños como testigos?

Con este cuestionamiento podemos estar preguntándonos cómo son percibidos los niños por el tribunal o bien, qué tan eficazmente pueden los niños recordar y rememorar un hecho que presenciaron.

En tal sentido, no diré que los niños no mientan sino que entiendo que el énfasis debe estar en la percepción y en la habilidad del niño en recordar el evento sobre el que se le pregunta y comunicarlo a otra persona.

Los menores pueden ser testigos tan confiables como los adultos; todo depende de cómo se los entreviste y qué tan capacitado esté quien lo haga. Esto es, se debería contar con información detallada del menor, de sus necesidades, de su etapa de desarrollo, aprendizaje u otras dificultades y circunstancias. Será también de importancia conocer el estado emocional del niño, como así también, que se familiarice con el lugar (espacio físico) en que declarará.

Es de recalcar que para facilitar la declaración de los menores es importante mantener una comunicación usando el lenguaje con que estén

“familiarizados”, realizando preguntas cortas y simples y dando al niño tiempo para pensar y responder.

XII. ¿Cómo debe valorarse el testimonio?

Aparece como una constante regla, derivada de las propias características del ser humano, el hecho de que todo testigo incorpora en sus palabras cierta carga emocional y, aunada a ella, toma una posición sobre el asunto de fondo, más o menos evidenciada.

De ahí que no es tema menor la forma en que se interprete el testimonio y la capacidad de quien lo haga.

La valoración del testimonio debe ser hecha conforme las reglas de la sana crítica (conforme art 456 C.P.C.N.); el juez apreciará la prueba de testigos de acuerdo con las reglas de la lógica y las máximas de experiencia. No es posible enunciar normas abstractas de apreciación; será el juez quien determine el valor de cada uno de los testimonios en cada caso en particular.

Hay que tener en cuenta el siguiente extremo: si el juez no tuvo contacto alguno con el testigo, sea cual fuere la razón, y sólo vio las actas confeccionadas por los audiencistas, será inútil pretender una justa valoración del testimonio.

Recibida correctamente y apreciada con serenidad, la prueba de testigos es sumamente eficaz y, en ciertos casos, insustituible. Para la valoración de esta prueba son necesarios conocimientos no sólo jurídicos sino también de psicología y lógica; por ello en algunas oportunidades el juez puede utilizar como consultores a psicólogos y psiquiatras.

“Los testimonios no se cuentan sino que se pesan, es decir que su eficacia probatoria será ponderada a la luz de la razón de sus palabras y la impresión de veracidad que transmitan”²¹

"Las declaraciones de los testigos no deben mirarse con desfavor ni con exageradas aprehensiones. La aceptación del dicho de un testigo tiene que ser menos rigurosa que su examen para desecharlo. Esto ocurre por el principio de que los testigos no pueden mentir, tanto por existir una punición legal sobre falso testimonio (art. 275, Cód. Penal, y art. 449, CPCN) cuanto porque el método de interrogación judicial libre de oficio por el juez pone de resalto el sistema posible para indagar la mendacidad en que pudiera incurrir el testigo o su falta de comprensión de los hechos"²².

"Tanto el análisis de los elementos probatorios como de los contenidos y aspecto formal y de idoneidad de la prueba testimonial, deben ser formulados en una apreciación de conjunto, pues tal modo constituye la única manera de crear la certeza moral necesaria para dictar sentencia. Tiene establecido la jurisprudencia que esa certeza moral no se adquiere con una evaluación aislada de dichos elementos, tomando en consideración uno por uno, sin ser aprendidos en su totalidad. Declaraciones de testigos que individualmente consideradas pueden ser objeto de reparo, pueden ser débiles o imprecisas, en

²¹ Cám Civ y Com de Santa Fe, Sala I, Juris, Rosario, 2008, p. 49.

²² FALCÓN, Enrique M., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado, anotado y concordado, t. 2, Astrea, Buenos Aires, 2006, p. 187; CNCiv., Sala C, JA, 2003-II-363.

muchos casos se complementan entre sí, de tal modo que unidas, llevan al ánimo del juez la convicción de los hechos"²³.

"Los jueces no deben olvidar que su deber es buscar la verdad, no sólo en lo que los testigos digan, sino aun en el modo y forma como lo dicen. Con este objeto la ley de partida llegaba hasta recomendarles que al hacer la pregunta los miren a la cara para buscar en ella los signos de la sinceridad o de la falsía"²⁴.

"La prueba de la falta de idoneidad en unos casos surge de las mismas condiciones personales del testigo o del contenido de la declaración; en otras, es menester aportarla"²⁵.

XIII. El aspecto psicológico del testimonio

La prueba testimonial es, quizás, la más difícil de evaluar por el juez siendo que su esencia es netamente humana. La declaración no solo es producto de la construcción psicológica y narración que una persona realiza, sino que además intenta reflejar el proceder, ubicación, actuar de otras que intervinieron en un hecho pasado que hoy se debe analizar.

Se trata de valorar conductas humanas, ya que el testimonio consiste en ello, y como tales se encuentran condicionadas; esos condicionamientos deben tenerse presente al momento de su valoración.

¿Resulta posible establecer la sinceridad de un testigo?

"El testimonio es un dato complejo, un producto psicológico..."²⁶. "El testimonio no es la exacta reproducción de un fenómeno objetivo, porque aquella se modifica por la subjetividad del testigo..."²⁷. "El testigo puede estar influenciado por su propia imaginación cuando el tiempo borró los hechos de su mente. El individuo tímido o fácilmente impresionable, será más propenso a desfigurar la realidad que otro de características diferentes"²⁸.

Tanto en el examen psicológico de la declaración como en el del testigo, se han tenido en cuenta los siguientes aspectos:

1. Las condiciones físicas del testigo.
2. Sus condiciones psicológicas (las generales y las propias del momento de la percepción).
3. Su personalidad (sexo, edad, profesión, cultura, patrimonio, etc).
4. Su moralidad (antecedentes, condiciones sociales, educación).
5. Contenido del testimonio: forma de respuestas, estado de ánimo, uniformidad, precisión, lenguaje utilizado.

Teniendo en cuenta estas variables se abrieron distintas líneas de investigación que intentan determinar cuándo el testigo miente. De este modo, surgieron técnicas psicológicas que permiten evaluar la credibilidad del testimonio: el polígrafo, el análisis del estrés de la voz, el análisis de contenido basado en criterios, la hipnosis, la entrevista asistida con drogas, el control de realidad, y los indicadores conductuales.

23 VARELA, Casimiro A., *Valoración de la prueba*, Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 284

24 Derecho y legislación procesal, t. II, Lajouane, Buenos Aires, 1910, p. 119.

25 COLOMBO, Carlos J. y KIPER, Claudio M., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Anotado y comentado, t. IV, La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 382.

26 GORPHE, "Apreciación Judicial de la Prueba" *O.p. cit.*, p. 370.

27 ALTAVILLA, "Psicología Judicial", VII, p. 806.

28 ARAZI, Ronald y Ots., "La Prueba en el Proceso Civil" La Rocca, Bs. As., 2001, p. 254.

XIV. Características y aspectos evolutivos del menor tenidos en cuenta en el proceso de valoración del testimonio²⁹

La evolución cronológica de todos nosotros, transcurre por distintos períodos; estos, a su vez, admiten una subdivisión atendiendo a la maduración de la personalidad y adquisición de habilidades, como así también, en el otro extremo de la infancia -la ancianidad- por su paulatina declinación y deterioro.

Siguiendo el criterio expuesto por Bonnet³⁰, el período de la infancia incluye los siguientes estadios:

- 1.- Sensorial
- 2.- Glósico
- 3.- Valorativo
- 4.- Concreto

La juventud, por su parte, admite la subdivisión en los siguientes períodos:

- 1.- Pubertad
- 2.- Adolescencia
- 3.- Juventud propiamente dicha

Conocer los rasgos fundamentales de cada uno de estos períodos reviste importancia para poder avocarnos a la auténtica comprensión del testimonio del menor, otorgando al intérprete posibilidades ciertas y valederas, tanto para elaborar el interrogatorio como para apreciarlo.

En cuanto a la infancia como estado, puede fijarse en aquel que transita entre el nacimiento y los 12 años. Su característica primordial se centra en la curiosidad, en la continua acumulación de nociones, experiencias y, a partir de los 2 años, auténticas vivencias.

1.- **Período sensorial.** Básicamente, se circunscribe al primer año de vida, en donde la persona se ve atraída, y luego movilizada, por los estímulos externos, que impresionan sus sentidos (vista, oído, olfato, tacto y gusto). Se comienza con un reconocimiento y reacción leve, a poca distancia, ante las personas allegadas, estableciendo comunicación con ellas a través de gritos de alegría o de desgarro. Hacia el quinto mes aparece la capacidad imitativa, y alrededor de los 6, el hecho de extender los brazos hacia personas conocidas, existiendo un mayor dominio de su cuerpo (posibilidad de sentarse). De igual modo, pueden discriminar entre ruidos agradables y desagradables, llegando a los 9 meses a un mayor progreso en sus movimientos, tomar objetos y arrojarlos, comenzando con expresiones silábicas, inicial camino para la comprensión del lenguaje.

2.- **Período glósico.** Transcurre entre el segundo y tercer año de vida, siendo su principal característica la paulatina consecución de herramientas del lenguaje, apareciendo, a poco de su inicio, la capacidad de ponerse de pie y reconocer objetos de su entorno inmediato, comenzando a relacionar los mismos con palabras no perfectamente pronunciadas. En este período asoman los primeros indicios del carácter. Pese a la torpeza de los movimientos aparecen las conductas de trepar, de manera obstinada, y actitudes de capricho inmotivado. Alrededor de los 2 años ya reconoce imágenes gráficas,

²⁹ GUTIERREZ, Pedro, “*Delitos Sexuales sobre los Menores*”, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 2007, p. 147.

³⁰ BONNET, E.F.P., “*Psicopatología y psiquiatría forense*”, Tomo I, López Libreros Editores, Buenos Aires, 1983, p. 424 y ss.

siempre y cuando sean familiares, asociando imagen, palabra y objeto, aunque el lenguaje sigue siendo primitivo y rígido. Junto a ello suelen aparecer expresiones de pura interpretación familiar, que tienden a desaparecer en un lapso breve. Llegados a los 3 años el lenguaje se vuelve más fluido y específico, usando verbos, sustantivos, adjetivos y nombres; existe una notable tendencia a imitar y repetir palabras que usan los mayores.

3.- **Período valorativo.** Se extiende de los 4 hasta los 7 años, y su faceta principal resulta de la aparición y el progresivo desarrollo del pensamiento lógico (concreto y abstracto), así como de la consolidación de la conciencia reflexiva, que permite al infante establecer la bondad, utilidad o perjuicio que derivará de una acción determinada (premio, castigo o reprimenda). Esta resultante, se alcanza a través del proceder del niño, con sus preguntas permanentes, siendo también el estadio donde irrumpen, con mayor entidad la imaginación y la fantasía. El lenguaje se incrementa y se demuestra interés ante cuestiones que exceden el ámbito familiar directo.

4.- **Período concreto.** Entre los 8 y los 11 años los menores perciben la diferencia entre, por ejemplo, lo que es juego de lo que es trabajo, entre lo que es verdad y lo que es fantasía. En esta edad, se manifiestan sentidos de comprensión, en cuanto a lo que es propio, las nociones de cambio y venta (generalmente a través de juegos) y resulta evidente saber lo que es el dinero y aquello que con él puede comprarse. A los 12 el niño percibe su existencia individual, y su adscripción a un determinado entorno social y familiar, de una manera precisa y bien definida. Se perfeccionan las habilidades motrices, apareciendo la inquietud y búsqueda de ocupar su tiempo.

A partir de los 7 años se produce en el infante una especie de amansamiento, desapareciendo o haciéndose infrecuentes las reacciones impetuosas y de rabia. Aparece la posibilidad de paulatina concentración y posible mantenimiento del silencio, facetas ayudadas sin duda por el comienzo de los mayores compromisos escolares.

Tras los 10 años es de destacar la progresiva adquisición de rasgos y comportamientos de autosuficiencia, y notables conductas adaptativas a las circunstancias que pueden llegar a vivir.

En cuanto a la juventud, que se inicia a partir de los 12 años y se extiende, según los autores, hasta los 30 años, resulta ser la época más importante del individuo en más de un sentido. Allí se desarrollará la formación del plan de vida adulta, con un pleno conocimiento de la propia individualidad.

5.- **Período de pubertad.** Desde lo fisiológico se produce un importante cambio orgánico, con el desarrollo de los caracteres sexuales secundarios, y la capacidad de engendrar o concebir, trayendo consigo importantes mutaciones en la personalidad y en los comportamientos. Se adquiere la posibilidad de una conversación fluida, con cuidados y frenos en su discurso, con una conducta semejante a la de un mayor, apareciendo sin embargo, falencias y déficit en el acomodamiento de sus deseos o apetencias, con aquello que forma parte de la realidad. Emerge la posibilidad de manejar el fraseo de un modo distinto de cómo lo hacía en períodos anteriores, junto con la estructuración de juicios de autocrítica. Alrededor de los 13 años, la personalidad experimenta un nuevo vuelco, replegándose, apareciendo retraído del ambiente familiar, ampliando sus áreas personales de reserva, poco comunicativo, y capaz de una importante aptitud para la reflexión.

6. Período de adolescencia. En éste se finaliza el relevamiento de caracteres, apareciendo como características básicas la consecuencia del aislamiento reflexivo, que cerraba la etapa de la pubertad, y termina de estructurar la afirmación del descubrimiento del yo, adquiriendo la persona, con mayor claridad que antes, la noción de secreto. Junto a ello, se aprecia una exacerbación en el área de los afectos, y también los naturales deseos de comenzar a vivir una vida propia, emancipada de los estratos familiares, adquiriendo actitudes independientes, e integrativas con semejantes.

Todas estas características deben ser tenidas muy en cuenta por quien sea el encargado de interpretar el testimonio brindado por el menor; pues, conocida su edad, la aparición o por el contrario, inexistencia, de conocimiento y actitudes, servirán, sin duda, para su ponderación.

Debe tenerse en cuenta que, básicamente en el primer período de la infancia y preadolescencia, el menor posee un pensamiento y comportamiento por demás utilitario; aún sin pretenderlo conscientemente persigue lo más conveniente y placentero para él, sin reparar en los otros. Ese es el egoísmo que muchas veces se plantea como obstáculo de credibilidad. Pero, al conocer su existencia, es un obstáculo superable. Por otro lado, no escapa como característica genérica de toda declaración, ya sea prestada por un mayor o por un menor. Cercana y enervada con el interés, en el adulto también esta faceta es perceptible, generalmente presentada de un modo más avieso y encubierto.

La mentira o falsedad no es común denominador en las declaraciones infantiles; es sólo un ingrediente posible y eventual, fruto del proceso evolutivo o el error.

XV. El intérprete judicial ante el testimonio del menor ³¹

Obtenida la declaración del menor, se impone necesariamente su ponderación y asignación de mérito probatorio, proceso nada sencillo (ni aun en las declaraciones testimoniales de los adultos).

Como hemos visto, el sistema de valoración probatoria triunfante es el de la sana crítica; sistema en el que jugará un rol importante la experiencia y los conocimientos que aportarán las ciencias auxiliares que, en muchas ocasiones, parecería que no dejaran marco para la formación de una convicción distinta. Sin embargo, el componente "humano" suele desequilibrar aun la más científica de las hipótesis. En tal sentido, es dable reconocer los siguientes aspectos:

1.- Verificación de la validez formal de la probanza. La actividad inicial verificatoria será la de analizar las características y formas de adquisición para la causa del testimonio del menor.

2.- Análisis de la posibilidad fáctica de que los hechos hayan ocurrido como son presentados. O sea, establecer lo que pasó dando respuesta a preguntas como: cuándo, dónde, cómo, por qué y, más tarde, quién. Para tales fines es aceptada la idea de libertad probatoria, consistente en la posible utilización para el proceso de cualquier medio de acreditación, previsto o no en la normativa, con tal de que el mismo no sea contrario a la ley o menoscabe garantías constitucionales. Básicamente, se buscará reunir los elementos objetivos que permitan ensayar un juicio de factibilidad material. De ese modo,

³¹ Gutierrez, Pedro. "Delitos sexuales sobre los menores". op. cit. p. 202.

presentada la hipótesis del hecho y el objeto procesal a establecer, corresponde reparar adecuadamente en: a) posibilidad física del acontecer; b) posibilidad temporal de su ocurrencia; c) correspondencia de las dos pautas anteriores con las características del sitio o escenario del episodio.

3.- Existencia de indicadores de contaminación en el relato. Es decir, la alteración, el cambio en el contenido o la forma de alguna cosa. La vivencia pasada y memorada, muta a lo largo del tiempo, se nutre de otros conocimientos y componentes, el intelecto la elabora, inclusive extrayendo conclusiones de posible casualidad mediata y consecuente responsabilidad emergente. En el área de los menores, la contaminación de sus palabras puede proceder en cuanto a su origen, siempre externo, de la incidencia de alguno de los siguientes factores:

a.- Influencia involuntaria: el nerviosismo y crisis que provoca el hecho.

b.- Influencia voluntaria: enmarcada en procesos de dolosa magnificación, propósitos de venganza personal o que pretenden fines que exceden el posible hecho de abuso (problemas familiares, divorcio, búsqueda de retiro del hogar).

c.- Resultado de una mala praxis: no es infrecuente que interrogatorios policiales o profesionales, que de modo culposo, o por ignorancia, olvidando las adecuadas *lex artis*, provocan la contaminación, incluyendo en las preguntas respuestas y datos aún no brindados, con cuestionamientos inexistentes y sugestivos.

No debe olvidarse que todo aquello ocurrirá sobre una persona en pleno proceso madurativo de formación, a quien le tocó atravesar un episodio dramático y traumático sin intermediario alguno.

Comparto el criterio que propicia que, por lógica, la primera declaración del menor poseerá mayor validez desde todo punto de vista. El relato apreciable como espontáneo aparecerá surcado por la mención de vivencias contextuales, sensoriales y descripciones afectivas (de lugares, sonidos, olores, emociones y sentimientos surgidos durante el hecho). También en este contexto aparecerá el testimonio como original, alejado de estereotipos y compuesto de referencias de detalle que desbordan la esperable capacidad del menor. Las manifestaciones en contra de su interés; por supuesto ello analizable y ponderable desde la visión del adulto como intérprete es un buen índice de credibilidad y falta de contaminación, al igual que las correcciones que el menor efectúe sobre la marcha.

4.- Concordancia entre el relato del menor con la información que se haya podido reunir de la historia y forma de vida. Esto no significa que deba investigarse al menor; el objetivo es poseer la mayor cantidad de datos y elementos esclarecedores que puedan llegar a explicar comportamientos, actitudes y cambios operados *post facto*.

5.- Correspondencia del episodio con las verificaciones periciales practicadas.

6.- Puntos a considerar ante la presentación como prueba de una filmación de las entrevistas o la declaración del quien interrogó al niño. Mucho se ha estudiado acerca del mejor método para el abordaje del interrogatorio de menores. Sin embargo, es necesario referir algunas pautas del buen proceder. Así las cosas es de interés reparar en:

a.- El interrogatorio debe ir de lo general a lo particular, empleando, en lo posible, preguntas abiertas (por ejemplo: ¿qué sucedió?).

b.- Verificar si existe sensación de prepotencia por parte del entrevistador (evidenciable a través del hecho de hablar la mayoría del tiempo, interrumpir,

comenzar a hablar o preguntar antes que el niño termine de hacerlo, hacer sonidos o proferir expresiones de aprobación o disgusto ante lo escuchado, efectuar cambios intempestivos de tema, etc.). Son demostraciones de conductas dominantes, apareciendo como una forma más o menos sutil y cercana de sugestión.

c.- No debe haber valoración alguna de las respuestas in situ, ni tampoco expresión de ninguna naturaleza que señale poner en duda los dichos del menor. El entrevistador debe aparecer calmo y acrítico, sin perjuicio de su aporte ulterior; finalizada la entrevista y alejado ya el niño.

d.- No repetir preguntas, ya que ello podrá ser interpretado por el menor como una respuesta ante su error, y el consecuente pedido del mayor a que conteste algo distinto de lo ya dicho. Se podrá buscar mayor información sobre algo, pero evitando la insistencia que pueda catalogarse como una forma de inducir.

e.- El entrevistador deberá mantener un tono constante de voz, sin teatralizar ni dar tinte dramático alguno a sus preguntas. Tampoco deberá remarcarse la importancia de una pregunta sobre otra.

f.- Resulta conveniente, al momento de la entrevista, e inclusive repetirlo durante la misma, decirle al niño que lo que se le pregunta se le pregunta no porque se duda de su palabra, sino para saber.

g.- Es recomendable también que se verifique la indicación al menor, en forma de aviso, de que puede decir que no sabe o que no recuerda.

h.- Deben evitarse las preguntas contaminantes; no corresponde que quien hace el interrogatorio aporte datos o escenarios que no fueron nombrados por el menor.

Luego de ser escuchado, al niño hay que darle la oportunidad de que diga si quiere agregar algo más o, incluso, si tiene alguna pregunta para hacer; muchas veces las preguntas del menor son más esclarecedoras que sus palabras y respuestas, apareciendo de suma importancia el hecho de oír cuáles son sus dudas y preocupaciones.

7.- Confronte del resultado obtenido con el resto de la prueba aportada al proceso. Esta verificación resulta necesaria y forma parte de aquella garantía de búsqueda de la verdad.

XVI. La declaración de los menores en el sistema penal

a.- El síndrome de Summit ³²

Bien es sabido que ciertas prácticas forenses y judiciales suelen pasar inadvertidas, tomándose como usuales y, por ello, apropiadas.

La forma de encarar la investigación de un posible delito, el abordaje del menor, la confusión e investigación entre el diagnóstico psicológico y la prueba o evidencia, son pasados por alto.

A poco de comenzar la década de los 80, cerca de Los Ángeles, una madre que presentaba comportamientos con rasgos de enfermedad mental, denunció que su hijo de 2 años y medio de edad había sufrido un abuso sexual en un centro educativo privado ubicado en el Estado de California. De la primera investigación surgió que el hecho no fue avalado por la evidencia física. La autoridad policial receptora de la denuncia envió cartas, con idéntico

32 Gutierrez, Pedro. *“Delitos sexuales sobre los menores”* op. cit. p 159.

texto, a todas las familias de los niños que habían asistido a aquel centro educativo. Estas misivas dejaron atrás una cadena de detenciones injustificadas, reputaciones profesionales destrozadas, daños económicos a los acusados y -claro está- un daño importante a los menores que fueron involucrados. El único resultado beneficioso y positivo fue el replanteo de algunas cuestiones, tanto para la justicia como para la psicología, en relación con el qué hacer y cómo hacer ante la existencia de un posible acto de abuso de menores, relativizando, a partir de entonces, algunos conceptos y pautas, que prácticamente hasta aquel momento se aceptaban sin discusión en el proceso de diagnóstico jurídico pericial de estos delitos.

Mediante las cartas enviadas se solicitaba a los padres que preguntaran a sus hijos si habían sido víctimas o testigos de algún crimen, luego hacían saber que la investigación que se estaba llevando a cabo versaba sobre posibles actos en los que se incluía: sexo oral, masturbación practicada a los adultos, sodomía, etc. Además se hacía saber que cualquier información que los niños brindaran acerca de "Raymond Buckey" (director encargado de la institución) era sumamente importante.

De manera individual primero y luego agrupándose, los padres, interrogaron a sus hijos. Obviamente, hay que resaltar, el estado de inquietud y angustia con que los progenitores se encontraban, presos de la idea de que sus hijos hubieran podido ser abusados. Tampoco debe olvidarse que, para los padres, la policía ya tenía un presunto ofensor.

El resultado fue desastroso. Los niños, contagiados por la alarma de sus padres, influenciados por la sugestión y preocupación, fueron generando relatos de abuso. Se presentaron aproximadamente 360 casos, entre 1983 y 1984. Estas historias contadas por los niños, incluían los detalles puntuales y explicativos que sus padres habían dado al interrogarlos. Claro está que parte de los relatos también habían sido tomados de todo lo narrado en los medios de comunicación.

La fiscalía actuante consiguió elementos -o pensó que los había obtenido-, para acusar a seis mujeres que habían trabajado en el jardín de infantes, entre las que se encontraba Virginia Mc Martin, de 73 años de edad, su hija e hijo y Raymon Buckey. Entre los cargos, se incluían la realización de orgías, actos grupales de desnudos, producción de fotos y filmaciones de sesgo pornográfico, interacción con los menores, cultos y ceremonias satánicas, llegando a describirse con detalles, siguiendo la palabra de los menores, los túneles y cuevas subterráneas que había debajo del establecimiento, donde eran llevados de manera asidua, para ser entregados a terceros o a los ofensores, a fin de su abuso. Allí, se llevaban a cabo rituales que incluían el asesinato de bebés y el sacrificio de animales. Los menores decían haber sido drogados y que allí abajo había animales de las más variadas especies (jirafas, tortugas, etc.).

Por supuesto que los túneles y cuevas fueron buscados y nunca se hallaron; la evidencia física fue inespecífica y vaga, en su posible relación con los abusos, fotos y filmaciones portadoras de un mínimo carácter lascivo, nunca fueron aportadas.

La evidencia o prueba fundamental fueron los diagnósticos, basados en entrevistas que reflejaban los relatos de los menores, apelando para ello a la existencia constatada del "síndrome de Summit", también conocido como

“acomodación al abuso sexual”. De los 360 casos, en 226 se hacía alusión a ese síndrome.

Al momento en que en el juicio fueron solicitadas las filmaciones de las iniciales entrevistas toda la artificiosa estructura, sólida solo en apariencia, se desmoronó.

Así, deberíamos plantearnos si, entre nosotros, en la realidad cotidiana de nuestra justicia, y proceso de investigación, se presta la debida atención a estos obstáculos y si se propende, mediante algún método o cuidado para su evitación.

b.- La legislación penal.

Nuestro art. Art. 250 Bis. Reza: “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”.

Por su parte, Art. 250 Ter. indica que “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”.

c.- La Cámara Gesell

El modo en que los niños deben aportar sus relatos en los procesos penales es una cuestión muy discutida. El debate estriba en determinar si los niños deben declarar ante un tribunal o si deben hacerlo a través de la cámara Gesell, y si ésta, por sus particulares circunstancias de realización, lesiona o restringe garantías de carácter constitucional del imputado.

La Cámara Gesell originariamente consistía en un cubículo conformado con varias trampas de espejos en sus paredes, que permitían observar sin ser observado, el comportamiento natural de los niños, y cómo estos reaccionaban ante distintos estímulos, con filmación de lo que ocurría.

El instrumento trabaja sobre un ámbito de intimidad artificial, ficticia, pues en realidad no es tal, tratando de recrear una atmósfera que invite al sujeto interrogado u observado a manifestarse con tranquilidad, con menos tapujos, y más naturalidad de la que habría en otros entornos.

Hoy día la Cámara Gesell sirve para múltiples propósitos: entrevistas laborales y empresariales, determinación de problemas en el ámbito laboral, testeo de productos en consumidores y básicamente, como implementación diagnóstica y terapéutica ante problemas intrafamiliares.

XVII. Análisis final

Como advertimos, nuestro derecho probatorio no asimiló (y por el momento, tampoco lo pretende) técnicas provenientes de la medicina, la lógica, la psicología y demás ciencias, para evaluar los testimonios que recibe, no sólo de los niños sino también de los adultos.

Así, las vetustas limitaciones impuestas al testimonio, y en especial, a la que guarda relación con la capacidad para testimoniar en juicio, no se deben a los motivos expuestos clásicamente, sino más bien a que tanto los legisladores como los juristas no han interpretado adecuadamente que, en realidad, lo que se requiere en estos casos es someter el testimonio a una más exigente valoración por parte de los jueces con base en el mayor o menor grado de madurez o desarrollo del niño que declara como testigo.

Debe darse lugar a que los menores de catorce años puedan declarar válidamente como testigos en los juicios civiles. La búsqueda debe orientarse a la verdad aun cuando el camino para llegar a ella sea más arduo. Esto es, será necesario un estudio profundo del testimonio y de la conducta de quien declara. Quien reciba el testimonio no será un audiencista con escaso tiempo para recibirlo sino un profesional preparado para ello. Creo que no advertimos el valor del testimonio.

Así las cosas, estimo que es adecuado optar por una reforma legislativa, de modo tal que la regla general sea que toda persona pueda testificar en el juicio. Obviamente variará la forma en que se entreviste a quien declare.

El ser citado a declarar no tiene que acarrear para el niño trauma alguno. Así, por ejemplo, no debería ser preguntado directamente por el letrado; no podrá ser conducido por la fuerza pública en caso de incomparecencia; debe mediar el consentimiento de sus padres o representantes necesarios, o la autorización supletoria del juez (la que debería estar avalada por un profesional), entre otras cuestiones.

No tenemos que perder de vista que los niños son personas en desarrollo y, por tanto, siempre debe resguardarse su cuidado físico y psíquico para evitar su revictimización.

Un niño puede declarar en forma tan precisa como un testigo adulto, siempre y cuando se respeten pautas interdisciplinarias para poder llevar adelante las correspondientes adaptaciones y trabajos de equipos.

Es imprescindible y esencial, más allá del papel que a cada operador de la justicia corresponda, que se exija a los peritos que se limiten a detallar los hechos científicos y técnicos que avalan sus pericias, informes o dictámenes, indicando claramente cuáles son sus limitaciones, márgenes de error, grado de certeza, aun cuando ésta sea personal.

Si bien el norte que debe guiarnos es lograr la realización de la justicia protegiendo al menor y sus intereses, no hay que olvidar que los niños son personas que se están desarrollando y que están en formación.

Es importante también asegurarnos de que quien esté a cargo de la entrevista del menor esté lo suficientemente capacitado; distinto de la posesión del título habilitante.

XVIII. Bibliografía

- ARAZI, Roland, *La prueba en el proceso civil*, La Rocca, Bs. As., 2001.
- BENTHAM, Jeremias, *Tratado de las Pruebas Judiciales*, tomo I y II, Valletta Ediciones, en Bs. As., Argentina, 1971.-
- CARNELUTTI, Francesco, *Instituciones del Proceso Civil*, EJE, Bs. As. Argentina, 1973.
- CHIAPPINI, Julio. *Valoración del testimonio*, La Ley 17/02/2012, 1 – La ley 2012- A, 976.
- CHIOVENDA, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, trad. Gómez Orbaneja, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1936-1940.
- COUTURE, Eduardo J., *Vocabulario Jurídico*, Depalma, Bs. As. Argentina, 1976.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría General de la Prueba judicial*, Víctor P. De Zavalía, Bs. As., Argentina, 1970.
- DOMINGUEZ, Osmar S. MORELLI, Sabrina, *La inexistencia del testigo perfecto*, LLBA 2008.
- EISNER, Isidoro, *El valor probatorio del testimonio en el proceso civil*, La Ley 1994-E, 1185.
- FENOCHIETTO, Carlos Eduardo, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Astrea, B. Aires, 2000.
- GORPHE, Francisco, *La crítica del testimonio*, trad. esp., Madrid, 1962.
- GUASP DELGADO, Jaime, *Derecho procesal Civil*, 2° Edición, Madrid, 1961.
- KIELMANOVICH, Jorge L., *Teoría de la Prueba y Medios Probatorios*, Rubinzal-Culzoni Editores, Bs. As., Argentina, 2001.-