

El análisis de la credibilidad de la declaración de los niños víctimas de ASI, a la luz de lo dispuesto por la legislación uruguaya.

Natalia Pereyra Capó

RESUMEN

El testimonio como medio de prueba se presenta actualmente de modo crítico. Cuando, además, el testimonio es brindado por un niño/a, la problemática es aún mayor. En este breve trabajo se abordarán sus especialidades, repasando las respuestas que la psicología del testimonio ha brindado a través de los años. Se analizará la razón de la existencia de las llamadas pericias de credibilidad, para luego arribar en el derecho procesal uruguayo y su respuesta concreta al punto. En este último peldaño, veremos si es posible admitir o no estos peritajes y si su falta nos priva o no de derribar toda duda razonable en el proceso penal.

1) INTRODUCCIÓN

Nos enfrentamos aquí a un tema de actualidad en el Uruguay, que está comenzando a transitar un nuevo camino desde el advenimiento del proceso acusatorio adversarial. Se han creado nuevos mecanismos para la obtención del testimonio de los menores de edad y se han dictado normas específicas en cuanto a su valoración probatoria. Hace solo unos pocos años que se comenzaron a presentar ante los tribunales las llamadas “metapericias” que son opiniones expertas que tienden a formular una crítica científica respecto de las pericias y declaraciones testimoniales que surgen en las causas penales, especialmente en las que se ventilan denuncias de abuso sexual infantil (en adelante, ASI).

Por ello, considero que es sumamente importante profundizar en esta temática, por cuanto, en la mayoría de los casos de ASI, la respuesta del sistema de Justicia dependerá de la valoración del testimonio de la víctima.

Existen diversas ópticas con respecto a este medio probatorio. Superada la idea antigua (correspondiente al sistema de la prueba tasada) de que un único testigo no puede acreditar -por sí solo- ningún hecho, nos encontramos con autores que consideran que se trata de una única prueba y, como tal, la cuestionan y analizan con mayor rigurosidad (Parra Quijano, Véscovi, Florián, Bermúdez ¹); mientras que otros autores entienden que el testimonio de la víctima produce más de una prueba, tantas como afirmaciones directas se formulen con relación a los hechos objeto de debate².

Aquí, centraremos nuestro análisis en las declaraciones de víctimas de ASI que prestan su declaración aún en edades tempranas. Esta sola circunstancia ha suscitado profundos estudios de varias disciplinas jurídicas y no jurídicas que han intentado desentrañar las particularidades de estas deposiciones. El mayor bagaje científico lo podemos extraer de la psicología del testimonio. Disciplina que no solo ha estudiado las características especiales de las declaraciones brindadas

¹ NICASTRO SEOANE, G. “Sobre la noción de duda razonable y la eficacia probatoria de la de la declaración testimonial singular (de un tercero ajeno al hecho o de la víctima) en el proceso penal” en Revista Uruguaya de Derecho Procesal nro. 3-4/2010, Montevideo, p. 869.

² (LORENZO, L. y LOPARDO, M. *Los caminos de la prueba*, Ciudad autónoma de Buenos Aires, Argentina, 2021, p. 218).

por niños/as, sino que ha ingresado en dos grandes áreas como ser la exactitud y la credibilidad de aquellas.

Se desprende de las conclusiones arrojadas en innumerables estudios realizados por estos especialistas, que los discursos infantiles no siempre reflejan la verdad de los hechos acaecidos. Ello sucede por diversos motivos que, en su amplia mayoría, no tienen que ver con una intencionalidad mendaz del niño, sino porque éste, como se verá en el desarrollo del presente trabajo, muchas veces puede encontrarse influenciado por factores externos o internos que puedan alterar su percepción sobre los hechos, tales como la mala interpretación de lo sucedido o los falsos recuerdos. Al respecto, se consultaron trabajos doctrinarios de expertos en psicología del testimonio, así como también de juristas que han abordado el tema desde un punto de vista epistémico y multidisciplinario. Se han tenido a la vista informes expedidos por la Facultad de Psicología de la Universidad de la República Oriental del Uruguay que explicitan cuáles son las técnicas baremadas en nuestro país en el campo de la psicología forense para trabajar sobre este tipo de declaraciones.

Así, pues, el hecho de que el declarante sea un menor de edad no es irrelevante sino por el contrario, activa diversos mecanismos de control que apuntan a una adecuada obtención y valoración de su testimonio, que garantice no solo sus propios derechos y garantías, sino también los de las partes en juicio, principalmente, del imputado.

En nuestro país, existe legislación específica sobre este medio probatorio y la posibilidad o no de introducir pericias de credibilidad, la que se abordará y analizará a la luz de la interpretación doctrinaria y jurisprudencial, que no ha sido mucha en atención a que la normativa es bastante reciente (2018).

Sobre la base de lo analizado se tomará posición sobre la admisibilidad o no de este tipo de peritajes y el respectivo impacto de la posición tomada en la etapa de valoración de la declaración testimonial del niño/a.

2) LA IMPORTANCIA Y ESPECIALIDADES DE LA DECLARACIÓN TESTIMONIAL BRINDADA POR UN NIÑO/A.

2.1) Breves referencias a la psicología del testimonio, donde nace el problema de la credibilidad.

Los niños son personas especialmente vulnerables ante la prueba testimonial. Aún no han desarrollado plenamente sus capacidades cognitivas de atención, percepción, memoria y lenguaje. Su maduración neurológica las condiciona³. Los expertos identifican diversas etapas de la memoria, infantil y niñez, que no deben dejar de considerarse para comprender el desarrollo de la neuromaduración. Así, refieren una primera etapa, la amnesia infantil (antes de los tres años 0de edad), en la que el niño no es capaz de almacenar memorias episódicas para recordar posteriormente en la vida y una segunda etapa, la amnesia de la niñez, de los tres a los siete años, en la que existen menos memorias episódicas de lo esperable en función del olvido solamente.

³ MANZANERO, A, SILVA, E y CONTRERAS M. “CAPALIST. Valoración de capacidades para testificar”, 1ra. Ed. 2018, p. 23; MANZANERO, A. y ÁLVAREZ, M. “La memoria humana. Aportes desde la neurociencia cognitiva”, Pirámide, Madrid, 2015, p. 394-395).

Luego de los siete años nos enfrentamos a una nueva etapa, la escolar. En esta nueva etapa encontramos dos subgrupos. De los siete a los nueve y de los nueve a los trece años. Luego de numerosos estudios y análisis concluyeron que el incremento cognitivo no es lineal, sino por estadios, aumentando la capacidad de atención sostenida y la velocidad de respuesta. Ahora bien, la memoria no debe evaluarse aislada de otros procesos cognitivos concomitantes, tales como la conciencia, la percepción, la atención, el lenguaje, las habilidades visoespaciales, los procesos evolutivamente emergentes como el cálculo y la lectura, y las funciones ejecutivas propias del control cognitivo superior⁴.

Cuando un individuo presencia un hecho, los procesos de atención y de percepción implican que se filtren los datos del “mundo real” que esa persona incorpora a su memoria y ello, a su vez, implica, que se pierde información. Luego se activan los procesos de codificación y retención propias de la imperfecta memoria humana que son limitados y que alejan las huellas de memoria resultantes de la información original desde el mismo momento de su creación, que contribuyen a la pérdida y/o transformación de los datos. Finalmente, en el momento de la recuperación, el cerebro humano no reproduce, sino que reconstruye lo sucedido, viéndose, además, muy sensible a influencias del entorno (como, por ejemplo, a las conductas del entrevistador)”⁵.

Así las cosas, siempre habrá inexactitudes cuando de prueba testimonial se trate y cada individuo volcará al proceso su visión personal de los hechos. Luego de lo específicamente dicho respecto de las declaraciones testimoniales de los niños, es que se logró determinar la existencia de dos grandes áreas en la psicología del testimonio, la exactitud y la credibilidad. La primera es la que trata los estudios relativos a los factores cognitivos ya mencionados y que influyen en la exactitud de las declaraciones. Por su parte, la credibilidad trata de la discriminación del origen de la información aportada por los testigos (perceptiva y real o sugerida, imaginada, falsa)⁶.

En este trabajo, como ya se adelantó, nos centraremos en la credibilidad, la que ha sido definida por los expertos como la valoración subjetiva de la exactitud estimada de las declaraciones de un testigo⁷. A lo largo de la historia han existido diversos mecanismos orientados a extraer conclusiones sobre la credibilidad de los testimonios (los juicios de verdad, las ordalías, los detectores de mentiras, la hipnosis, entre otros). No solo respecto del testigo deshonesto o mentiroso (únicamente podríamos detectar esta circunstancia mediante el propio reconocimiento del testigo), sino también de aquel que es honesto, pero se equivoca (pudiendo ser éste el caso de los niños víctima de abuso sexual que -en ocasiones- no logran distinguir la fantasía de la realidad, sin ninguna intencionalidad). Por eso, un gran paso en los estudios de credibilidad se ha dado,

⁴ MANZANERO, A. y ÁLVAREZ, M. “La memoria humana...” Ob. Cit. pp. 382-387)

⁵ GONZÁLEZ, J. y MANZANERO, A. “Obtención y valoración del testimonio. Protocolo holístico de valoración de la prueba testifical. HELPT”, Pirámide, 2018, pp. 73-77.

⁶ MANZANERO, A. “La psicología del testimonio. Obtención y análisis de las declaraciones de testigos” en Manual de Prueba Pericial, México, 2022

⁷ MANZANERO, A. y DIGES, M. “Evaluación subjetiva de la exactitud de las declaraciones de los testigos: la credibilidad” en Anuario de Psicología Jurídica, 3/1993, Madrid, pp. 7-28, en <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/95628>.

cuando dejaron de analizarse aspectos conductuales de los testigos para pasar a analizar los contenidos de las declaraciones testimoniales⁸.

2.2) Técnicas de análisis de la credibilidad.

En este ámbito, las técnicas periciales más conocidas son: la de la realidad de las evidencias o SRA (Trankell, 1972), la de la realidad de las declaraciones (Undeutsch, 1989), la de los criterios de contenido para el análisis de las declaraciones o CBCA (Steller y Khönken, 1990) y la del análisis de la validez de las declaraciones o SVA (Steller y Köhnken, 1989 y Raskin y Esplín, 1991)⁹.

Actualmente, el SVA es la más utilizada en España y surgió como consecuencia de la aplicación y reformulación de los criterios antes mencionados¹⁰. Ha sido definida por los expertos como un procedimiento de generación y falsación de hipótesis sobre el origen de una declaración¹¹ y consta -resumidamente- de cuatro pasos: 1) el análisis o estudio de la carpeta investigativa o expediente – según el sistema procesal; 2) entrevista con el niño; 3) aplicación del CBCA y 4) la aplicación de la lista de chequeo de validez¹².

Estos mecanismos (SVA, CBCA) fueron largamente analizados por los expertos, quienes en su amplia mayoría concluyeron que -desde el punto de vista científico- no son útiles para concluir si un relato concreto es veraz o no, sino que su utilidad se limita a permitir discriminar grupos de relatos falsos de grupos de relatos reales¹³.

La cantidad de detalles que aportan los testigos honestos y deshonestos depende de múltiples factores de codificación, retención y recuperación, como el paso del tiempo, la capacidad intelectual de los testigos o los procedimientos para la obtención de la declaración¹⁴.

Desde el punto de vista jurídico, el SVA, por ejemplo, no cumpliría dos de los criterios Daubert para la admisión de pruebas en contextos forenses (Daubert *versus* Merrell Dow Pharmaceuticals). Así, pues, no se ha podido determinar el grado de acierto de esta técnica, debido a la carencia de -resultados empíricos consistentes, lo que inevitablemente ha llevado a la comunidad científica a mostrar cada vez más sus recelos sobre el SVA¹⁵.

2.3) Sobre la admisibilidad de las pericias de credibilidad.

Sin perjuicio del análisis científico y de las repercusiones en lo jurídico que éste pueda tener, existe otro orden de análisis que es el concerniente al derecho procesal de cada ordenamiento

⁸ Manzanero, A y Diges M. “Evaluación subjetiva...”, Ob. Cit., p. 7-27).

⁹ GONZÁLEZ, J. y MANZANERO, A. “Obtención y valoración del testimonio...” Ob. Cit., pp. 21-24.

¹⁰ ARROM, R. “La declaración del menor víctima en el proceso penal; en especial el menor víctima de delito sexual. La relevancia del nuevo Artículo 433 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, en RIEDPA 3, 2015, p. 24).

¹¹ KÖHNKENA, G., MANZANERO, A. y SCOTT, M “Análisis de la validez de las declaraciones: mitos y limitaciones” en Anuario de Psicología Jurídica Nro. 25/2015, pp. 13-19).

¹² DUCE, M. “La prueba pericial en los sistemas procesales penales acusatorios en américa latina: aspectos legales y estratégicos claves para el litigio”, Didot, Buenos Aires, 2020, p. 41.

¹³ MANZANERO, A y GONZÁLEZ, L. “Obtención y valoración del testimonio...” Ob. Cit., pág. 27.

¹⁴ MANZANERO, A y GONZÁLEZ, L. “Obtención y valoración del testimonio...” Ob. Cit., pág. 28.

¹⁵ NIEVA, F. “El interrogatorio de menores: una prueba –a veces pericial– a evitar” en INDRET 1/2023, pág. 299.

jurídico. Concretamente, interesa saber si es unánime o no la admisibilidad de estos medios probatorios que vienen de analizarse. Se trata de pericias que -como vimos- buscan brindar una respuesta a la pregunta de si un testimonio determinado es veraz o no y lo cierto es que, luego de adentrarnos al estudio del tema, podemos constatar que no todos los ordenamientos habilitan el ingreso de pruebas técnicas que tienda a acreditar la credibilidad o la falta de credibilidad de un testimonio.

Si el testimonio de un niño que declara haber sido víctima de abuso sexual es una de las escasas pruebas con las que se contará en un proceso penal para incriminar al presunto autor, uno podría preguntarse por qué razón esta declaración no puede someterse a un estudio científico de credibilidad. Máxime, cuando -como ya se analizó- es una declaración que no necesariamente reflejará la realidad, lo que dependerá de diversos factores previamente aludidos, factores técnicos que el Juez, aparentemente, no estaría preparado para analizar.

Al respecto, cabe señalar que estas opiniones técnicas no han sido del todo recibidas en países como Estados Unidos, Canadá, Australia, Nueva Zelanda, Escocia e Inglaterra.¹⁶ Las “pruebas sobre credibilidad” son declaradas inadmisibles por falta de necesidad de conocimiento experto. Por el contrario, se permite el ingreso de las “pruebas relevantes para la credibilidad”, que son aquellas que se diligencian cuando existe un defecto oculto o latente que podría ser descubierto por el peritaje, en cuyo caso sí se considera que podría ser necesario el asesoramiento científico. Son los casos, por ejemplo, en los que el testigo hubiera consumido grandes cantidades de benzodiazepina lo que le provocaría amnesia o si se tratara de acreditar trastornos de la personalidad.¹⁷

La jurisprudencia canadiense, por ejemplo, presenta tres razones que justifican su decisión en este sentido: 1) el experto no está sometido a los fuertes deberes que tiene un juez o un jurado; 2) la opinión del experto podría estar basada en evidencia que el sistema podría considerar no válida o que no debiera ingresar al juicio y 3) la opinión del experto puede ser adoptada por un juez o un jurado muy fácilmente como forma de resolver el caso.¹⁸

En Estados Unidos se ha invocado frecuentemente la “ultimate issue rule” según la cual no será admisible en juicio ninguna prueba cuyo fin sea invadir el ámbito competencial del juez, esto es: el decisorio.

3) LA REALIDAD DEL TEMA EN EL URUGUAY.

La norma procesal penal vernácula prevé que toda persona (independientemente de su edad) puede atestiguar en los procesos penales, sin perjuicio de la facultad del tribunal de apreciar el valor de su testimonio. Para valorar el testimonio de un menor de edad víctima de abuso sexual debemos estar a lo dispuesto por los artículos 143 del CPP y 46 de la ley 19580, llamada ley de género, que es de orden público que se encuentra vigente en nuestro país desde enero de 2018. De

¹⁶ FRECKELTON I, SELBY H Y GOLD A, citados por DUCE, M. “LA PRUEBA PERICIAL... Ob. Cit., pág. 42).

¹⁷ PACCIOCO, D. y STEUSSER L. The Law of Evidence, Irwin Law, Canadá 2004. Pág. 158-160, citados por DUCE, M. “LA PRUEBA PERICIAL... Ob. Cit., pág. 43).

¹⁸ FRECKELTON I y SHELBY H, “Expert Evidence: Law Practice, Procedure and Advocacy”, Thomson Reuter, Australia 2009. Pág. 704, citados por DUCE, M. “LA PRUEBA PERICIAL... Ob. Cit., pág. 42).

ella, surgen numerosas normas de interés para la materia penal y procesal penal, como la que viene de citarse.

Según la primera norma mencionada, las pruebas serán valoradas por separado y en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, salvo texto legal que expresamente disponga una regla de apreciación diversa. Por su parte, el art. 46 de la ley 19580 da pautas específicas para la valoración de estos medios probatorios, sin perjuicio de que, al menos en teoría, la prueba deberá ser valorada de conformidad con las reglas de la sana crítica.

En cuanto a la posibilidad de evaluar la credibilidad de las declaraciones testimoniales de niños víctimas de abuso sexual infantil, la legislación uruguaya prevé – en lo relevante para este trabajo: “(Valoración de la prueba). (...) En todos los casos se respetará el derecho y el interés superior de las niñas, niños y adolescentes a dar su opinión, la cual deberá analizarse aplicando las reglas de la sana crítica. No será válido utilizar argumentos técnicos para disminuir la credibilidad de sus testimonios” (art. 46 “in fine” de la ley 19.580, llamada en nuestro país como “ley de género”). Así, pues, esta norma estaría cercenando la admisión de cualquier argumento técnico que tenga por objeto disminuir la credibilidad del testimonio infantil.

Ahora bien. El derecho es esencialmente discutible, eso es lo que lo hace tan interesante y lo cierto es que la jurisprudencia ya ha dado muestras de ello en este punto, por cuanto esta norma ha sido interpretada de diversas maneras.

Véase que el art. 46 previamente referido ha sido identificado por el legislador como una norma de valoración de la prueba. En su primer apartado (que se omitió transcribir por exceder el objeto de este trabajo) aporta criterios específicos que, sin perjuicio de la sana crítica, el juez deberá tener especialmente en cuenta determinada prueba indiciaria a la hora de valorar la existencia o no de consentimiento de la víctima, así como la existencia de indicadores de abuso de poder en situaciones de abuso sexual contra niñas, niños o adolescentes. Es allí, dentro de esa misma norma nominada como de “valoración”, que el legislador agrega que “no será válido” utilizar pericias de credibilidad.

No existe consenso en nuestra jurisprudencia (que es muy escasa en lo concreto analizado) en cuanto a la interpretación de esta norma procesal especial. Se encontraron dos sentencias que analizan el punto en forma expresa:

La sentencia nro. 64/2023 dictada por el Tribunal de Apelaciones de Familia de 2do. Turno, Sala de segunda instancia que entiende en casos de derecho penal juvenil, consideró que el art. 46 sometido a estudio constituye una norma de inadmisibilidad según la cual no pueden ingresar al proceso argumentos que “a priori” se dirijan a menguar la credibilidad de la palabra de la víctima. Se aplicará, en este tipo de procesos en los que la víctima es menor de edad un examen de credibilidad que será “el común de cualquiera otra declaración diligencia probatoria”, dice la Sala (ministro redactor, Dr. Eduardo Cavalli Asole).

Por su parte, la sentencia nro. 620/2021 dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 1er. Turno, Sala de segunda instancia en materia penal sostuvo que la exclusión del art. 46 de la ley 19.580, no actúa en sede de admisibilidad, sino de valoración del resultado que arroje la metapericia. En todo caso, -explica el Tribunal- “(...) la objeción sería contradictoria con someter a la víctima a pericias de validación, que presuponen la posibilidad de detectar falsas denuncias mediante argumentos técnicos en casos que obviamente no llegan a juicio” (ministra redactora, Dra. Graciela Gatti Santana).

Como sentencias de interés, que no se pronuncian expresamente sobre el punto pero que sí resuelven la inadmisibilidad de determinados medios probatorios en función de lo dispuesto por el art. 46 de la ley 19.580, encontramos que el mismo Tribunal, citando su propia jurisprudencia anterior, fue claro en cuanto a que: “(...) no es posible designar a un perito para que éste establezca si debe o no dudarse de la credibilidad de un testigo o de la víctima: estos extremos forman parte del análisis que debe hacer el juez con base en las reglas de la sana crítica” (sentencia nro. 22/2023 de la misma Sala). Hizo lo propio el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 4to. Turno en sentencia nro. 56/2022, declarando inadmisibile parte del objeto de una opinión técnica (metapericia) por cuanto éste se dirigía a analizar el impacto del paso del tiempo entre el momento en que se habrían verificado los hechos y la oportunidad en la que se obtuvo la declaración de la víctima, lo que sin dudas se dirige a analizar su credibilidad. En una decisión un tanto más amplia, la Sala de 3er turno en sentencia nro. 721/2021 permitió el ingreso de una opinión técnica extendida por una psicóloga respecto de la declaración de la víctima diligenciada como prueba anticipada, manifestando que “(...) si bien en esa diligencia se habilitó la participación de las partes quienes activamente intervinieron, ello no impide que posteriormente una de ellas –en este caso la Defensa y como prueba de descargo– pretenda plantear una visión analítica de la técnica utilizada específicamente en el caso concreto para recabar la declaración de la víctima. Luego sí, será el Juez de juicio quien en la etapa de valoración de la prueba se pronunciará sobre la producida efectivamente en el proceso luego de lógicamente escuchar a las partes con todas las garantías”.

A nivel doctrinario, tampoco existe consenso. Por un lado, se ha considerado que el art. 46 es una norma de valoración probatoria y que por lo tanto no puede determinar la inadmisibilidad de un medio de prueba.

Existe una opinión que interpreta que cuando la norma refiere a “argumentos técnicos” lo hace aludiendo, puntualmente, a los informes que analizan el “síndrome de alienación parental” en aquellos casos en los que un progenitor elabora estrategias para transformar la conciencia de sus hijos con el fin de impedir u obstaculizar su vínculo con el otro progenitor (definición brindada por Richard Gardner¹⁹). Nada obsta a que se practiquen pruebas científicas de credibilidad en el escenario procesal penal, concretamente, pericias. Pericias, no son “argumentos”, sino pruebas científicas, por lo que la Defensa es libre de ofrecerlas²⁰.

En otra línea de análisis, se ha dicho que el art. 46 de la ley 19.580 no dispone la exclusión de ningún medio probatorio concreto, por lo que es dudoso que se trate de una regla de admisibilidad. Sin embargo, podría sí, entenderse, que estamos ante un supuesto de inadmisibilidad, siempre que estos argumentos se elaboren con el objeto concreto especificado por la norma. Los argumentos técnicos no podrán tenerse a la vista al momento de valorar la prueba ni tampoco cuando el juez motiva su sentencia²¹.

¹⁹ citada por HOWARD, W. “El Síndrome de alienación parental” en <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2014/10/Howard-El-sindrome-de-alienacion-parental.pdf>; pág. 129-158).

²⁰ SCAPUSIO, B., “Ley 19580: entre la protección de las víctimas y el debido proceso” en Revista Crítica de Derecho Penal, Uruguay, año 1/ nro. 1/2021, p. 212)

²¹ SOBA, I. “Prueba y perspectiva de género: tres cuestiones controversiales” en Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Ano 17. Volume 24. Número 1. Janeiro-abril de 2023 Periódico Quadrimestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ Patrono: José Carlos Barbosa Moreira (in mem.). ISSN 1982-7636. pp. 205-218.

Considero que la norma sí impone una excusión probatoria por inadmisibilidad de cualquier opinión técnica que intente ingresar en el análisis de credibilidad del testimonio de la víctima. Podría tratarse, entonces, de una pericia y hasta de una metapericia. Ello, siempre que éstas se erijan en forma específica respecto de la credibilidad del relato de la víctima. Esto es, si el testimonio es veraz o no y las razones técnicas que hubieran dado lugar a la conclusión respectiva.

La inadmisibilidad puede resultar de previsiones legales expresas y generales, pero plasmadas en normas de alcance particular²². Se ha hecho referencia directa al artículo 46 de la ley 19.580, pero no en lo que respecta a las pericias de credibilidad, sino a la regulación en materia de prueba indiciaria, en el sentido de que fue el propio legislador que “le *confrió* o le *quitó el carácter* de prueba indiciaria a determinadas circunstancias, lo que deriva ora en una *calificación* de inadmisibilidad de este medio, ora en la *calificación* de admisibilidad del mismo medio”²³.

Nada impide, entonces, que una norma que aparentemente operaría en el momento de la valoración de la prueba para estos procesos especiales, determine la admisibilidad o no de determinados medios probatorios, como ser las pericias de credibilidad. Véase, además, cuál sería la utilidad de admitir una prueba con este objeto, que luego será “inválida”, esto es, que no tendrá valor ninguno, por la sencilla razón de que “a priori” esto lo dice la ley.

En Uruguay, además, el legislador ha demostrado preocupación por la realización de aquellas pericias que no sean necesarias, cuando existan otros medios de prueba que demuestren los hechos a probar, esa preocupación es correcta, por cuanto en muchas ocasiones se ha abusado de la prueba pericial.²⁴

4) LOS MECANISMOS DE OBTENCIÓN DE LA DECLARACIÓN DE LOS NIÑOS VÍCTIMAS DE ASI EN EL URUGUAY.

En nuestro país, desde la implementación del sistema acusatorio adversarial en los procesos penales, suele practicarse una pericia respecto del niño/a víctima de abuso sexual infantil. Dicha pericia, generalmente practicada por peritos oficiales pertenecientes al Instituto Técnico Forense, no se expide sobre la credibilidad del relato del niño/a, sino que analiza sus características, mediante la utilización técnicas propias de la psicología forense que el técnico selecciona de entre las que se encuentra baremadas o validadas en nuestro país (art. 178 y ss. del CPP). De la práctica judicial surge que, en su mayoría, estas pericias constan en la realización de una entrevista cognitiva y que se aplican técnicas proyectivas gráficas. A esta diligencia solo concurre el niño y no se registra en audio ni en video, sino que se reflejará en un informe escrito que elabora el perito luego de practicar la diligencia que le es encomendada. Existe, además, la posibilidad de interrogar al niño/a mediante el diligenciamiento de una prueba anticipada.

La multicitada ley 19.580 consagra a nivel nacional los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes en los procesos judiciales. Así, el art. 9 prevé que los niños/as, en lo

²² KLETT, S. “Reglas generales de la Prueba” en *Curso sobre el Nuevo Código del Proceso Penal*, Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, FCU, 2021, p. 479.

²³ KLETT, S. “Reglas generales...” Ob. Cit., p. 480.

²⁴ CAVALLI, E y GINARES, V. “Hacia la conformación de un estatuto procesal del NNA” en *XIX Jornadas Nacionales de Derecho Procesal. en homenaje al Profesor Gonzalo Uriarte Audi*. Setiembre de 2019, Minas, Uruguay, FCU, p. 441.

concreto aquí analizado, tienen derecho a que su relato sea recabado por personal técnico especializado, en lugares adecuados a tal fin y evitando su reiteración. No podrán ser enfrentados con el presunto agresor ni en los lugares comunes de las sedes judiciales ni en la sala de audiencias.

El Código del Proceso Penal establece que el interrogatorio del niño/a estará a cargo de un funcionario judicial especializado (no psicólogo) que traslada las preguntas que formulan las partes con el control -netamente jurídico- del Juez (art. 164 del CPP). Según la ley procesal, podrá recurrirse al asesoramiento de un psicólogo forense u otro profesional especializado, lo que no se ve comúnmente en la práctica. La ley obliga a que esta diligencia se practique con el auxilio de medios tecnológicos que permitan que el niño/a sea ubicado en una sala distinta a la de audiencias en la que estará con un acompañante emocional que puede ser cualquier adulto en quien él confíe, siempre que no sea parte, testigo u otro sujeto del proceso. Esto también garantiza el adecuado control de las partes, quienes pueden visualizar el interrogatorio en el momento preciso en el que se está produciendo y del cual, además, quedará el registro filmico que será, luego, el que se incorporará al juicio oral.

Así planteado, si bien ha significado un gran avance respecto de los métodos que se utilizaban en la ley adjetiva anterior, en la que no se preveía la utilización de mecanismos tecnológicos de apoyo ni se exigía especialización alguna respecto del funcionario que tomaba la declaración del niño/a, no podemos decir que este mecanismo sea el óptimo para obtener el testimonio infantil. Si bien la obtención del testimonio excede el objeto de este trabajo, la breve referencia se realiza a los efectos de ilustrar que, en realidad, las preguntas las plantean los juristas y las formula un funcionario judicial que no es psicólogo. Luego de haber analizado las particularidades que se presentan en los testimonios de niños/as, teniendo presente que existen diferentes franjas etarias en las que se plantean diferencias a nivel de la huella mnésica, no parece ser esta la mejor forma de abordar este tipo de diligencias y la legislación debería encaminarse a cambiar esta realidad que vivimos en las sedes judiciales.

5) OPINIÓN DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DEL URUGUAY (EN ADELANTE, SCJ) SOBRE LA EVALUACIÓN DE CREDIBILIDAD DE LOS TESTIMONIOS INFANTILES.

Para finalizar, resulta de interés compartir una sentencia dictada por la SCJ en la que el Alto Cuerpo cita al Tribunal Supremo Español en lo que al tema que nos convoca refiere. Así, en sentencia 296/2021 se han reivindicado tres criterios explicitados por el Tribunal Español (Sala Penal) en Sentencia No. 938/2016 -citada en reciente Sentencia No. 2741/2017: 1) la credibilidad subjetiva que se desprendería del hecho de que no se acreditó un ánimo vindicativo por parte del declarante hacia el imputado; 2) la credibilidad objetiva, que guardaría relación con el análisis del lenguaje (esto es, si es acorde a la edad de quien declara, por ejemplo) y la consistencia del relato y 3) la persistencia en la incriminación a lo largo de todas las instancias en que se manifestó sobre los hechos. Adicionalmente, la Corte, citando a Nieva Fenoll, como otro parámetro de interés a tener en cuenta, la aplicación de las corroboraciones periféricas. En tal sentido, el mencionado autor no sólo pone de manifiesto este criterio, sino que también señala la importancia de la coherencia y contextualización del relato, como guías que pueden arrojar luz sobre la credibilidad del testimonio²⁵.

²⁵ NIEVA FENOLL, J. "La Valoración de la prueba" Marcial Pons, 2010, p. 223-225.

6)CONCLUSIONES:

Considero que luego de este estudio no cabe otra cosa que concluir que las declaraciones infantiles deben ser objeto de un tratamiento diferencial, que acompañe las necesidades de tan especial testigo, por diversos órdenes de razones. Por un lado, para que dicha experiencia no le sea traumática ni revictimizante. Por otro lado, para que ese testimonio logre el halo de garantías necesario para que el imputado pueda controlarlo en forma.

No es posible asumir que el testimonio brindado por un niño es -necesariamente- veraz. Tampoco es posible atribuirle desde el comienzo una connotación negativa, cuando se trata -sobre todo- de niños que declaran en edades muy tempranas. Es importante conocer cuáles son las características de dichos testimonios, cuáles pueden llegar a ser sus problemas y buscar de qué manera lograr un juicio de credibilidad.

En Uruguay, no es admisible la prueba técnica (pericia o metapericia) cuyo objeto tienda a disminuir la credibilidad de un testimonio infantil. Ello, por la contundente resolución legal, que torna inválido todo medio probatorio que se diligencie en tal sentido. Así, pues, no vislumbro razón de utilidad alguna que habilite el ingreso de tales “argumentos técnicos”. Por ende, si se ofrece una metapericia que analiza la declaración de la víctima menor de edad y tiende con su crítica a restarle credibilidad, esa metapericia no debe admitirse.

Deberá, entonces, el Juez -con todas las dificultades que implica adentrarse en territorios ajenos, como el de la ciencia de la psicología forense- utilizar herramientas que partan de la declaración, considerando sus especiales características, pero utilizando además criterios objetivos que permitan el adecuado control de la motivación de la decisión. Esos criterios, como pueden ser los referidos por la SCJ utilizando como inspiración al Supremo Tribunal Español, deberán estar apoyados, además, en todo el acervo probatorio reunido en la causa. Por ende, nunca será suficiente el relato de la víctima para superar toda duda razonable. Siempre deberán activarse mecanismos de valoración que involucren a todos los medios de prueba que puedan corroborarlo.

En cuanto a la forma de obtención de la declaración en nuestro país, se concluye que, atento a lo expuesto en este trabajo, nada impide que -atendiendo a las circunstancias del caso concreto- las partes omitan poner en funcionamiento este mecanismo (declaración como prueba anticipada), máxime teniendo presente que el niño/a ya fue entrevistado por un perito, que sin dudas cuenta con las herramientas necesarias como para obtener su testimonio en forma técnica, lo que -como viene de verse- se justifica, o más todavía, es estrictamente necesario.

BIBLIOGRAFÍA

- ARROM, R. “La declaración del menor víctima en el proceso penal; en especial el menor víctima de delito sexual. La relevancia del nuevo Artículo 433 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, en RIEDPA 3, 2015.
- CAVALLI, E y GINARES, V. “Hacia la conformación de un estatuto procesal del NNA” en *XIX Jornadas Nacionales de Derecho Procesal. en homenaje al Profesor Gonzalo Uriarte Audi*. Setiembre de 2019, Minas, Uruguay, FCU.
- DUCE, M. “La prueba pericial en los sistemas procesales penales acusatorios en américa latina: aspectos legales y estratégicos claves para el litigio”, Didot, Buenos Aires, 2020.
- FRECKELTON I y SHELBY H, “Expert Evidence: Law Practice, Procedure and Advocacy”, Thomson Reuter, Australia 2009.
- GONZÁLEZ, J. y MANZANERO, A. “Obtención y valoración del testimonio. Protocolo holístico de valoración de la prueba testifical. HELPT”, Pirámide, 2018, pp. 73-77.
- HOWARD, W. “El Síndrome de alienación parental” en <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2014/10/Howard-El-sindrome-de-alienacion-parental.pdf>.
- KLETT, S. “Reglas generales de la Prueba” en *Curso sobre el Nuevo Código del Proceso Penal*, Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, FCU, 2021.
- KÖHNKENA, G., MANZANERO, A. y SCOTT, M “Análisis de la validez de las declaraciones: mitos y limitaciones” en Anuario de Psicología Jurídica Nro. 25/2015.
- LORENZO, L. y LOPARDO, M. *Los caminos de la prueba*, Ciudad autónoma de Buenos Aires, Argentina, 2021.
- MANZANERO, A. y DIGES, M. “Evaluación subjetiva de la exactitud de las declaraciones de los testigos: la credibilidad” en Anuario de Psicología Jurídica, 3/1993, Madrid, en <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/95628>.
- MANZANERO, A. “La psicología del testimonio. Obtención y análisis de las declaraciones de testigos” en Manual de Prueba Pericial, México, 2022.
- MANZANERO, A, SILVA, E y CONTRERAS M. “CAPALIST. Valoración de capacidades para testificar”, 1ra. Ed. 2018.
- MANZANERO, A. y ÁLVAREZ, M. “La memoria humana. Aportes desde la neurociencia cognitiva”, Pirámide, Madrid, 2015.
- NICASTRO SEOANE, G. “Sobre la noción de duda razonable y la eficacia probatoria de la de la declaración testimonial singular (de un tercero ajeno al hecho o de la víctima) en el proceso penal” en Revista Uruguaya de Derecho Procesal nro. 3-4/2010, Montevideo.
- NIEVA FENOLL, J. “La Valoración de la prueba” Marcial Pons, 2010.
- NIEVA FENOLL, J. “El interrogatorio de menores: una prueba –a veces pericial– a evitar” en INDRET 1/2023, pág. 299.
- SCAPUSIO, B., “Ley 19580: entre la protección de las víctimas y el debido proceso” en Revista Crítica de Derecho Penal, Uruguay, año 1/ nro. 1/2021.
- SOBA, I. “Prueba y perspectiva de género: tres cuestiones controversiales” en Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Ano 17. Volume 24. Número 1. Janeiro-abril de 2023 Periódico Quadrimestral da Pós-

Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ Patrono: José Carlos Barbosa Moreira (in mem.). ISSN 1982-7636.

PACCIOCO, D. y STEUSSER L. The Law of Evidence, Irwin Law, Canadá 2004.