

**LOS DESAFÍOS DE LA ENTREVISTA ÚNICA EN CÁMARA GESSELL EN
EL PROCESO PENAL: ENTRE EL CONTINUISMO, LA INNOVACIÓN, Y
UNA NECESARIA REFORMA**

**THE CHALLENGES OF THE UNIQUE INTERVIEW IN CAMERA
GESSELL IN THE CRIMINAL PROCESS: BETWEEN CONTINUISM,
INNOVATION, AND A NECESSARY REFORM**

Williams Alexander Robles Sevilla
Bachiller en Derecho
Universidad de San Martín de Porres
williams_robles@usmp.pe
Perú, Lima

SUMARIO

- INTRODUCCIÓN
- APROXIMACIÓN A LA PROBLEMÁTICA DE LA DECLARACIÓN DEL MENOR EN EL PROCESO PENAL.
- LA APLICACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO COMO PRINCIPIO ORIENTADOR EN EL PROCESO PENAL
- LA PSICOLOGÍA DEL TESTIMONIO DEL MENOR: ASPECTOS GENERALES, FALSEDADES Y CONDENAS ERRÓNEAS
- LOS CRITERIOS DE VALORACIÓN APLICABLES PARA LA ENTREVISTA ÚNICA EN CÁMARA GESSELL
- LOS DESAFÍOS DE LA ENTREVISTA ÚNICA EN CÁMARA GESSELL
- CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

“Si la historia del Derecho penal es una historia de horrores, la historia del proceso penal es una de errores”

Luigi Ferrajoli

INTRODUCCIÓN

El presente artículo, constituye una apreciación particular sobre el estado de la cuestión en lo relativo al tratamiento de la pericia psicológica en menores de edad en nuestro proceso penal, que como bien sabemos, utiliza la herramienta de la cámara gesell para perseguir sus fines. El problema que motiva este trabajo, no es otro que advertir que la inserción de la declaración de menores en el proceso penal sea como víctimas del hecho delictivo o en calidad de testigos, propicia un escenario de tensiones, por un lado, la vigencia del interés superior del niño que evita su revictimización y por el otro, la eficacia de la persecución penal, que el Derecho procesal penal como instrumento racionalizador del proceso penal no puede ser ajeno.

Desde esta perspectiva, creer que el testimonio del menor de edad puede resolverse desde el Derecho procesal penal es perder de vista la complejidad del fenómeno de prueba testifical, la cual se agudiza en estos casos, por lo susceptibles que son los menores de edad a influencias externas que pueden determinar o afectar muchas veces su testimonio. Un análisis solo desde el Derecho procesal penal, es por tanto incompleto, pues por más líneas de interpretación de la norma se escriban, ello no va a evitar la continuidad de aquellas prácticas que precisamente influyen en las decisiones judiciales.

Con esto dicho, nos hemos fijado como objetivos para el presente artículo: 1) Afirmar la vigencia irrestricta del derecho al interés superior del niño en el proceso penal, el cual adquiere una especial cualidad en estos casos; b) Exponer las graves dificultades en cuanto a la fiabilidad y veracidad de los testimonios de menores; c) Que la cámara gesell como herramienta para evitar la revictimización solo puede ser efectiva si se dan las condiciones necesarias; y d) Que la valoración de la pericia psicológica en menores tratada por el Acuerdo Plenario N° 4 – 2015/CIJ-116 emitido por la Corte Suprema del Perú, implica un desafío y retos para los operadores jurídicos y para la propia administración de justicia penal.

APROXIMACIÓN A LA PROBLEMÁTICA DE LA DECLARACIÓN DEL MENOR EN EL PROCESO PENAL.

Ingresar al análisis del papel del menor de edad en el proceso penal y entender las problemáticas que puedan surgir de su valoración probatoria; es comenzar por comprender al proceso penal como parte integrante del sistema penal, que aunado al derecho penal sirven de instrumentos para la materialización de una opción ideológica y política respecto al tratamiento normativo de las conductas desviadas o delictivas; esto último, lleva pues el nombre de política criminal, que como bien ha expuesto Binder (1997) siguiendo el concepto de Delmas Marty, es “el conjunto de métodos por medio de los cuales el cuerpo social organiza las respuestas al fenómeno criminal” (p. 33).

El sistema penal, entonces, integrado por el proceso penal como un subsistema, propugna para este, objetivos generales y específicos delimitados por esta política criminal. Si por un lado, el derecho penal y la criminología sirven para delinear la política criminal en cuanto a su formulación; el proceso penal y las instituciones que participan instrumentalmente en la aplicación de la ley penal en la realidad son responsables de su configuración. Ello, tiene dos consecuencias: a) La primera, es la necesaria coherencia político criminal de los subsistemas, y b) la coherencia intrasistemática de los propios subsistemas; de tal manera que, al hacer frente a una determinada problemática social de carácter criminal, la respuesta no deberá propiciarse por los subsistemas aisladamente (Binder, 1997).

Sin embargo, a pesar de dicha aspiración, en nuestras realidades latinoamericanas, vemos como las leyes penales, si bien siguen se encuentran acorde a las nuevas tendencias dogmáticas, muchas veces son emitidas en un determinado contexto político, cayendo en el simbolismo de la pena más grave para generar esa sensación de seguridad en la población. Así es frecuente, encontrar en nuestras legislaciones latinoamericanas, como señala Diez Ripollés (2008), “leyes acordes con las más modernas propuestas dogmáticas pero que no pasen del texto escrito, pues aún conviven con sistemas, estructuras o instituciones de aplicación de la ley inoperantes o sectarios” (p. 3).

El tratamiento del menor de edad en el sistema penal no dista mucho de esta realidad. Vemos, pues, que el tratamiento del menor de edad se encuentra delineado por una política criminal que dependiendo de la perspectiva con la que se aborde tendremos problemáticas distintas, así la forma de hacer frente del sistema penal será – quizás erróneamente – también diferente, ya sea que se considere al menor de edad como víctima, imputado o testigo¹; pero, la doctrina es unánime al afirmar que no existe hasta ahora una política integral para el tratamiento del menor que logre uniformizar criterios normativos, institucionales y operativos (Beloff, 2009) (Binder, 1997).

En ese contexto, la presente investigación se centra en el análisis del tratamiento normativo y jurisprudencial de la declaración del menor de edad, específicamente sobre los problemas que surgen en su valoración cuando es víctima de delitos sexuales, los cuales intentaremos dar respuesta en las siguientes líneas.

LA APLICACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO COMO PRINCIPIO ORIENTADOR EN EL PROCESO PENAL

Actualmente, desde el ámbito supranacional existen estándares internacionales y regionales que regulan la protección del menor de edad en el proceso penal desde el sistema universal² al interamericano³. La interpretación de esta normativa internacional ha provenido desde opiniones consultivas desde ambos sistemas. Así, desde el sistema universal, la Observación General N° 14 emitido por el Comité de los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), de fecha de 29 de mayo de 2013, ha

¹ Referirnos al estado de la cuestión de cada una de estos enfoques del tratamiento del menor de edad en el sistema penal, excedería la finalidad y la capacidad asignada para el presente trabajo; sin embargo, creemos necesario realizar un balance de los avances en el tratamiento del menor en el proceso penal para abordar correctamente dichas problemáticas desde la perspectiva de sistema.

² Declaración de los derechos del niño (1959); Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la Justicia de Menores – Reglas de Beijing – (1985); Convención sobre los Derechos del Niño (1989); Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad – Reglas de Tokio - (1990); Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la Delincuencia Juvenil – Directrices de Riad – (1990).

³ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948); Convención Americana de Derechos de Derechos Humanos (CADH) y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre los Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

precisado que el art. 3 párrafo 1 de la Convención de los Derechos del niño que estipula el interés superior del niño, debe ser interpretado como un derecho, un principio y una norma de procedimiento:

- a) “Como derecho sustantivo: el derecho del del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general.
- b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.
- c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales” (Observación General N° 14, 2013, párrafo 6)

Asimismo, respecto a la vinculación entre el interés superior del niño y los tribunales de justicia, entendiéndose por estos a todos los procedimientos judiciales, la Observación General N° 14 ha señalado que en la vía penal:

“el principio del interés superior se aplica a los niños en conflicto con la ley (es decir, autores presuntos, acusados o condenados) o en contacto con ella (como víctimas o testigos), así como a los niños afectados por la situación de unos padres que estén en conflicto con la ley. El Comité subraya que la protección

del interés superior del niño significa que los tradicionales objetivos de la justicia penal, a saber, la represión o el castigo, deben ser sustituidos por los de rehabilitación y justicia restitutiva cuando se trate de menores delincuentes”(Observación General N° 14, 2013, párrafo 28).

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, tenemos la Opinión Consultiva OC – 17/2002 emitida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 28 de agosto de 2002, que ubica al interés superior del niño como un principio regulador. En ese sentido, en lo relevante para la presente investigación – referente al menor de edad como testigo - conviene citar el siguiente párrafo que desarrolla una interpretación respecto del principio de publicidad:

“Cuando se trata de procedimientos en los que se examinan cuestiones relativas a menores de edad, que trascienden en la vida de éstos, procede fijar ciertas limitaciones al amplio principio de publicidad que rige en otros casos, no por lo que toca al acceso de las partes a las pruebas y resoluciones, sino en lo que atañe a la observación pública de los actos procesales. Estos límites atienden al interés superior del niño, en la medida en que lo preservan de apreciaciones, juicios o estigmatizaciones que pueden gravitar sobre su vida futura”. (Opinión Consultiva OC-17/2002, párrafo 134)

Estos instrumentos internacionales y opiniones interpretativas de la normativa supranacional, reconocen que si el menor es víctima del delito le asiste una doble protección: una en tanto víctima del delito y la otra por su condición de niño o niña (Beloff, 2009); lo que ha merecido la atención de la jurisprudencia, en concreto, en lo que se refiere a la aplicación del principio del interés superior del niño del proceso penal; concepto ideal y vago, pero que pronunciamientos jurisprudenciales han intentado definir y fijar sus alcances en el proceso penal.

Desde el derecho comparado, en el caso de Colombia es ilustrativo el pronunciamiento de la Corte Constitucional en su Sentencia T-117/13, de fecha siete de marzo de 2007, ha señalado en su fundamento jurídico 3.7., que:

“Queda claro así que el principio del interés superior del menor opera como el criterio orientador de la interpretación y aplicación de las normas de protección de la infancia, y enseña que la participación de los niños en el proceso penal no sea un ejercicio simbólico, sino real y efectivo y esto implica que se le ofrezca información que puede comprender de acuerdo a su nivel educativo”.

En el Perú, tenemos pronunciamientos que también recogen esta posición⁴. Así, el interés superior del niño viene a ser una garantía de incuestionable cumplimiento, pues, como lo señala Montoya (2007):

“Que el niño o adolescente, por su especial situación y por encontrarse en una posición de desventaja respecto de los llamados a velar por su protección debe contar con una legislación y una situación acorde con sus necesidades que a su vez, requieren un ejercicio pleno de los derechos que la Constitución le ofrece” (p. 49).

⁴ El Tribunal Constitucional Peruano en el Expediente N.º 03744-2007-PHC/TC, de fecha 12 de noviembre de 2008, Caso José Luis Ñiquin Huatay, fundamento jurídico cinco, ha señalado: “(...)es necesario precisar que, conforme se desprende la Constitución, en todo proceso judicial en el que se deba verificar la afectación de los derechos fundamentales de niños o menores de edad, los órganos jurisdiccionales debe procurar una atención especial y prioritaria en su tramitación (...) Tal atención a prestarse por los órganos jurisdiccionales, como se desprende de la propia Norma Fundamental (artículo 4º), debe ser especial en la medida en que un niño o un adolescente no se constituye en una parte más en el proceso sino una que posee características singulares y particulares respecto de otras, por lo que más allá del resultado del caso, debe procurarse un escrupuloso tratamiento y respeto de sus derechos durante el proceso. Asimismo, tal atención deber ser prioritaria pues el interés superior del niño y del adolescente tiene precedencia en la actuación estatal respecto de aquellas decisiones judiciales en las que no se encuentran comprometidos sus derechos fundamentales”. También véase: Exp. N.º 02132 – 2008 – AA/TC, Caso Rosa Felícita Elizabeth Martínez García; Exp. N.º 04058 – 2012 – PA/TC, Caso Silvia Patricia López Falcón; Exp. 02079 – 2009 – PHC/TC, Caso L. J.T.A. y I.M.T.A.

De esta manera, que se ha venido a entender por “interés superior” todo aquello que favorezca su desarrollo psíquico, moral y social para lograr el pleno y armonioso desenvolvimiento de su personalidad (O’Donnell, 2004, p. 50). Como parte de la “justicia garantista”, el tratamiento de la cuestión del niño o adolescente infractor constituye uno de los termómetros más sensibles para la cantidad y calidad de vida democrática de un país (García Méndez, 2000, p. 90), lo cual deja fuera de discusión la prevalencia del principio del interés superior del niño y su debida protección en el proceso penal.

Pero lo que no se encuentra fuera de discusión, es como el empleo o aplicación de las reglas del proceso penal común, de corte acusatorio, que implica la necesidad de actuación de la prueba testimonial en juicio oral (Neyra, 2010, p. 566), revictimiza al menor. Es por ello, que para evitar el peligro de la revictimización, en la mayoría de países latinoamericanos se ha implementado la entrevista única de cámara gesell, como una herramienta para obtener el testimonio de los menores de edad agraviados, orientado a la protección integral del niño.

LA PSICOLOGÍA DEL TESTIMONIO DEL MENOR: ASPECTOS GENERALES, FALSEDADES Y CONDENAS ERRÓNEAS

La importancia de la epistemología de la prueba

La doctrina procesal, desde hace algunos años, ha reconocido abiertamente las limitaciones de la dogmática procesal para el desarrollo de instituciones procesales, como lo es el caso de la prueba judicial. Ello es así, si partimos desde una perspectiva amplia, que sostiene que la prueba judicial tiene por finalidad aportar todo aquello que sea útil para la determinación de los hechos en un caso concreto y, por tanto, su obtención se contextualiza al provenir de diversos sectores de las ciencias y disciplinas humanas o de la experiencia en general. De ahí que, “la definición de la prueba y de los conceptos correlacionados se sitúa, pues, más bien en una perspectiva epistemológica que en una dimensión exclusivamente jurídica” (Taruffo, 2005, p. 345-346).

Esta dimensión epistemológica de la prueba judicial, solo toma sentido en la medida que también se reconozca que el proceso judicial asume como uno de sus fines la búsqueda de la verdad de los hechos. Cabe señalar, sobre esta última finalidad, que la discusión no ha sido pacífica en la doctrina, tal es así, que existen diversas posturas que van en contra de la misma, al afirmar que el proceso judicial solo persigue la mera solución de conflictos o consenso entre las partes y, la verdad de los hechos sería solo un objetivo secundario y prescindible – ello, principalmente en el proceso civil -; por otro lado, dentro de quienes sostienen la verdad de los hechos como finalidad principal, se han postulado diversas teorías sobre que verdad se puede obtener en el proceso judicial⁵.

En el proceso penal, la discusión se ha desarrollado de un modo distinto, pues, desde un inicio se reconoció que el proceso penal tenía como finalidad la búsqueda de la verdad de los hechos y con ello, demostrar que la conducta delictiva y la culpabilidad de la persona que lo cometió. Ahora bien, si se ha llegado a sostener esta concepción del proceso penal, solo ha sido posible luego de una larga evolución histórica, inicialmente marcada por una irracionalidad en la forma de probar los hechos (Duñaiturria, 2011) y por la misma conducta de quienes se encargaban de juzgar, lo que traía como consecuencia los abusos, arbitrariedades y tragedias, que se pueden advertir desde el siglo XIII hasta el siglo XVIII, como bien ha sido desarrollado por Ferrajoli (1995).

Sin ánimo de ingresar a la discusión de cuál es la verdad que se puede obtener en el proceso judicial y particularmente en el proceso penal - valiosa e importante sin duda, pero que merece de una publicación completa inclusive -, tomaremos posición por la que consideramos coherente con nuestro modelo epistemológico cognoscitivo o garantista, en el cual prevalece la estricta legalidad y jurisdiccionalidad, así como, rechaza la idea que pueda obtenerse una verdad histórica o material absoluta, decantándose por una verdad formal o procesal (Ferrajoli, 1995), al cual se adhiere nuestro proceso penal peruano actualmente.

En ese sentido, la teoría de correspondencia de la verdad es coherente con este modelo epistemológico cognoscitivista, pues postula que la verdad de un enunciado fáctico consiste

⁵ Una detallada descripción sobre las diversas teorías puede verse en Taruffo (2005) y (2008).

en su acuerdo o correspondencia con la realidad (Guzmán, 2011), de tal manera que, la verdad de un enunciado en el proceso penal estará innegablemente relacionado a su acreditación mediante su prueba correspondiente que demuestre que sucedió en la realidad, con la atingencia de que esta verdad obtenida no será absoluta sino aproximativa, pues es imposible su reproducción del hecho histórico.

Dicho esto, dentro de las teorías correspondentistas de la verdad, consideramos que en nuestro caso, podemos acoger como planteamiento teórico la teoría semántica de la verdad de Tarski, que básicamente postula dos tipos de significado de un enunciado al introducir el lenguaje-objeto y el meta-lenguaje: “el enunciado puede ser utilizado para hablar de aquello de lo que se habla, pero a su vez puede ser él, el objeto de aquello de lo que se habla, puede ser “mencionado”, lo cual ocurre cada vez que de él se predica su veracidad o falsedad” (Guzmán, 2011, p. 61). Así pues, el enunciado de un hecho será verdadero, en tanto y en cuanto se demuestra la verdad del enunciado y a la vez, que se corresponda con el hecho mismo; sin embargo, no establece cuáles son los criterios de verdad.

La importancia de esta teoría de verdad desde el enfoque epistemológico, se sostiene en que no plantea un grado objetivo y único de verdad, ya que es abierto al considerar que los criterios de verdad pueden ser definidos por otras posturas que lo pueden complementar. Como señala el propio Tarski, “podemos aceptar la concepción semántica de la verdad sin tener que renunciar a cualquier actitud epistemológica que tuviéramos previamente; seguimos siendo realistas infantiles, realistas críticos o idealistas, empiristas o metafísicos-.La concepción semántica es completamente neutral a estos temas” (Tarski, 1999, p.22). Ello es útil, pues permite que el juez pueda tomar en cuenta los conocimientos extrajurídicos para la valoración de la prueba y establecer los criterios de verdad.

Los medios de prueba en el proceso penal, precisamente, cumplen la función ser los medios previstos por la ley procesal penal, por los cuales se ingresa la información o elemento de prueba en el proceso penal y así, servir para dar por acreditado el enunciado fáctico que sostiene la acusación fiscal o la tesis de defensa. Es importante pues, que la epistemología tenga un papel relevante en las fases por la que atraviesa la prueba en el proceso penal, pues

“la epistemología o teoría del conocimiento como se prefiera cuyo objeto de estudio son precisamente las creencias, la justificación de las creencias, la verdad de las creencias y el conocimiento, tiene mucho que decir sobre la prueba en el Derecho” (Vázquez, 2015, p. 59).

La epistemología y psicología del testimonio

Conforme al desarrollo previo, podemos aseverar que cada medio de prueba puede ser analizado desde la perspectiva de otras disciplinas o conocimientos científicos que brinden mayores luces sobre las complejidades inherentes a los mismos. Así, el testimonio, ha sido y es actualmente, uno de los más importantes medios de prueba en el proceso, por ello, es que su regulación en la ley procesal penal, ha sido prevista de manera específica; sin embargo, no se puede obviar las complicaciones que surgen en su actuación y valoración. Así, la epistemología del testimonio se enfoca su objeto de estudio en abordar el estudio de este medio de prueba con la finalidad de determinar cuándo es o no eficaz, a partir de la presencia de dos variables:

“Por un lado, tenemos la credibilidad y la competencia del testigo, y es en torno a éstas que girarán los alegatos de las partes; por el otro tenemos la relevancia, el poder explicativo y la fuerza probatoria del testimonio, que constituyen la base objetiva para construir la fortaleza de la prueba testimonial” (Páez, 2014, p. 115)

En ese contexto, la psicología del testimonio viene a servir como disciplina o ciencia formal inherente a la psicología experimental, que tiene su origen en estudios teóricos sobre la exactitud de las declaraciones de los testigos del profesor estadounidense Cattell, a finales del S. XIX; posteriormente, es desarrollado con trabajos aplicados en Francia, por el profesor Binet a principios del S. XX. A partir de ahí, su evolución paso por diversos momentos de apogeo y crisis en su desarrollo teórico, hasta que finalmente, con los aportes de la profesora Elizabeth Loftus en 1979 y la creación de asociaciones internacionales dedicadas a su estudio como la *European Association of Psychology and Law*, es que se

propicia el ingreso de cursos y se fomentan revistas especializadas para las publicaciones de esta materia, otorgándole una repercusión mundial (Manzanero, 2008).

Su objeto de estudio consiste en el análisis de los testimonios brindados en el proceso a partir de dos temáticas: 1. La exactitud de la memoria de los testigos y 2. La credibilidad de las declaraciones a partir de los datos proporcionados (Manzanero, 2008). Desde una perspectiva epistemológica, es pues, necesario que el juez que tenga que valorar pruebas testimoniales, tenga conocimientos sólidos de las bases de la psicología del testimonio y los estudios de la memoria que la componen. Si bien, no es prácticamente viable, solicitar que todos los jueces en el ámbito penal tengan esta formación especializada, lo que sí se puede hacer es generar conciencia de la importancia y utilidad de fomentar el interés en su estudio.

Esta necesidad se acrecienta cuando se ingresa al análisis del testimonio a partir de la primera temática, correspondiente a la exactitud de la memoria de los testigos. Al respecto, la doctora Giuliana Mazzone (2010), especialista en psicología, neurociencias y memoria, ha expresado acertadamente que la fiabilidad de un testimonio dependerá de la interacción de la memoria que se tenga del hecho – es decir, lo que sucedió - con lo que relata en su declaración; así pues, afirma la especialista:

“Fiabilidad del testimonio y exactitud de la memoria son conceptos que, en cierto modo, se superponen. Si por un lado la fiabilidad del testimonio relativa a un hecho puede ser definida, en este contexto, como la correspondencia entre lo relatado y lo acontecido, la exactitud de la memoria relativa a ese hecho es definida como la correspondencia entre lo representado en la memoria y lo sucedido en el transcurso del hecho, por tanto, como correspondencia entre el contenido del suceso y el contenido de la memoria” (p. 17).

Los estudios de la psicología de la memoria, por tanto, aportan información valiosa para entender cómo los individuos realizan este procesamiento mental de los recuerdos y, existe

en la actualidad un interés particular en el estudio de la memoria de los menores, en aquellos casos en los que son víctimas de abuso sexual, debido a la gran carga psíquica que suponen aquellos eventos y por supuesto, por su debilidad a las influencias externas que pueden sugestionarlos en sus testimonios. En las siguientes líneas abordaremos a grandes rasgos los principales puntos que se deben evaluar cuando se hace tiene la tarea de valorar el testimonio de un menor en el proceso penal

El testimonio del menor

A. La memoria del menor

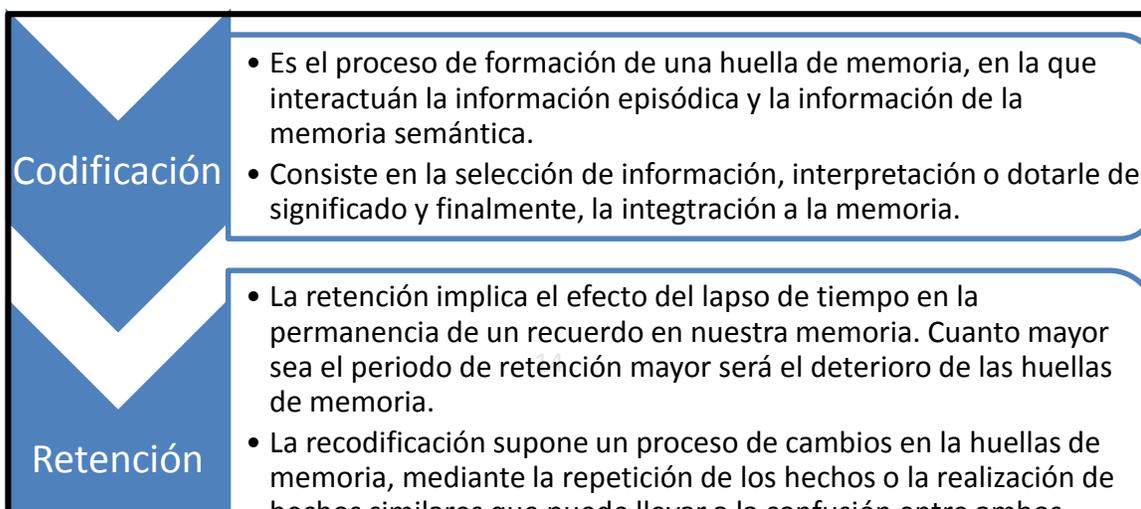
Los procesos de formación de los recuerdos del menor, es distinta a la del adulto por aspectos biológicos fácilmente apreciables. Mientras el menor se encuentra en pleno desarrollo de su psiquis, el adulto ya ha completado este desarrollo y por tanto, puede discernir completamente la realidad de la fantasía, lo que no sucede, ciertamente, en nuestros primeros años de vida. Si hacemos un ejercicio de memoria respecto de alguno de los eventos que sucedieron en nuestra niñez, muchos de nosotros podremos “recordar” cosas extraordinarias, eventos singulares o circunstancias sobrenaturales inclusive, que podemos contar como anécdotas divertidas a nuestros amigos, afirmándoles con entusiasmo que han sido reales; o, generalmente, recordar eventos comunes que no han sucedido conocidos como los falsos recuerdos.

Estos falsos recuerdos son muy comunes en la etapa infantil. Así, por ejemplo, es notorio el caso del psicólogo Piaget quien recordaba que en su niñez sufrió de un intento de secuestro, evento traumático que aun a pesar de los años recordaba con exactitud y que, sin embargo, años más tarde, la mujer que lo cuidaba y quien había frustrado su presunto secuestro confesó que todo fue una invención en la que hizo partícipe también al entonces niño Piaget (Manzanero, 2008). Como un intento de explicación, se ha postulado que puede deberse a muchos factores que inciden en el funcionamiento de la memoria de los menores y al proceso de codificación de los mismos.

En el caso de los adultos el proceso de formación de los recuerdos parte por la relación entre percepción y memoria sensorial. “Las sensaciones son el punto de partida de la percepción y, la percepción es el primer paso hacia el recuerdo. Sin sensación no hay percepción (salvo en las alucinaciones), sin percepción no hay recuerdo” (Manzanero, 2008, p. 31). Pero el ámbito de la percepción abarca también el significado que se le otorga a lo sentido externamente, de tal manera que, en la memoria se almacena no solo el hecho sino también su interpretación, casi en la mayoría de las veces sin diferencia alguna.

El resultado es guardado primero en la memoria de corto plazo o como se le conoce actualmente memoria operativa, que según la teoría, es el almacén de la memoria que se encarga del proceso de codificación de los recuerdos que finalmente irán a la memoria de largo plazo. En la memoria a largo plazo se encuentra por un lado, la memoria episódica que constituye nuestro almacén de eventos autobiográficos con su respectiva contextualización y, por otro, la memoria semántica, que es básicamente el almacén para la información no autobiográfica y no contextual, es decir, se trata de nuestros conocimientos o conceptos adquiridos (Manzanero, 2008).

Lo manifestado por los testigos, sin duda, se almacena en la memoria episódica, si bien es de carácter autobiográfico, también puede almacenar lo sucedido a otras personas o su entorno, pues es evidente que solo podemos percibir aquello que se encuentra cerca a nuestros sentidos. De ahí que, tenga mayor valor probatorio la declaración de un testigo presencial, de aquella brindada por un testigo no presencial o de referencia como se conoce en nuestra ley procesal penal, cuya información proviene de otra persona o fuente. Lo percibido por el testigo debe convertirse en una huella de memoria y ser almacenado, a través de las siguientes fases del proceso (Cfr. Manzanero, 2008):



Fuente: Elaboración propia (2019).

Lo relevante de la recodificación como fase del proceso de formación de recuerdos en la memoria episódica, es que puede propiciar los recuerdos falsos, mediante lo que se conoce como el solapamiento, es decir, cuando lo que se repite es un contexto de representación en particular y a partir de ello, se funden hechos futuros y pasados generando estos recuerdos que se creen verdaderos. De esta manera, a diferencia de una experiencia subjetiva llamada recuerdo, se puede obtener una creencia de saber, “cuándo un sujeto cree que determinado detalle estaba presente, piensa que lo ha visto, pero no lo recuerda de forma vívida” (Pagano, 2003, p. 198).

En cuanto a la memoria del menor, cabe resaltar que el proceso de formación de recuerdos es mucho más veloz a comparación de un adulto y pasa por diversas dificultades. Entre ellos, la teoría ha señalado, que los menores en una edad temprana se encuentran en el proceso de formación de su lenguaje, siendo su percepción muy distinta a la del adulto y, con ello, la interpretación que puedan realizar de los hechos, a partir de la memoria semántica, se encuentra muy limitada (Manzanero, 2008). En ese sentido, el testimonio sobre abusos sexuales realizados a personas cuando eran menores y que, ya de adultos los han recobrado, deben tomarse con prudencia y prestarse extremada atención, pues como refiere Manzanero (2008):

“Un suceso codificado inicialmente como una situación de baño o higiene, o como una agresión física, debido a que los niños hasta cierta edad no suelen tener conocimientos sobre lo que es una conducta sexual, difícilmente puede ser recuperado años después como una agresión sexual. El contexto semántico

(conocimiento y experiencias previas) sesga la interpretación que hacemos de los sucesos que percibimos” (p. 120).

La condición de vulnerabilidad del menor se aprecia con mayor nitidez en la infancia hasta los 11 años. En esos años la exactitud de la memoria se encuentra condicionado a la novedad de los eventos y su atención prestada, por lo que, un proceso de reconstrucción de hechos pasados se hace muy difícil debido a que a esa edad no identifican episodios concretos y tienden a llevarlo a un esquema general de hechos (Manzanero, 2008). Así, si preguntamos por un hecho que sucedió en su escuela el día lunes, bien podríamos obtener un conjunto de hechos que sucedieron a lo largo de la semana y algunas veces sin coherencia alguna.

Por otro lado, también se puede hacer referencia a la capacidad de discriminar recuerdos reales e imaginarios de los menores. Los estudios citados por Manzanero (2008) afirman que los niños de 4 años tenían más dificultades para discriminar cuales recuerdos son reales de los imaginarios a comparación de los niños de 8 y 12 años. Asimismo, los estudios respecto a la identificación de personas en base a los recuerdos de los menores de edad, han demostrado que a más temprana edad mayor dificultad para el reconocimiento de rostros y detalles de los sujetos a identificar; entre las causas que se postulan figuran la falta de atención y el estrés al que se someten a los menores, por ejemplo, cuando van a realizar una actividad que no les gusta.

Es inevitable que también se advierta como dificultad, la sugestibilidad del menor de edad. En ese sentido, Mazzoni (2010) refiere que: “Los niños son testigos menos fiables que los adultos, dado que están sujetos con más facilidad a sugerencias y sugerencias, en especial si estas provienen de personas adultas” (p. 20). Esto se debe a su menor desarrollo de la capacidad metanemónica para proteger su memoria de las sugerencias intrusivas y la autoridad que tienen los adultos sobre ellos (Manzanero, 2008). No son pocos los casos – como veremos más adelante- en los cuales, se ha advertido, mediante declaraciones de los menores ante psicólogos especialistas, que fue alguno de los padres quien deliberadamente lo indujo a que dijera, que su cónyuge lo había tocado en sus genitales o le hizo algún daño

en los mismos, con la finalidad de conseguir una tenencia, algún beneficio o perjuicio con ánimos de venganza.

Lo expuesto anteriormente, no puede interpretarse como una duda absoluta respecto del testimonio del menor en todos los casos, sino que, su declaración debe ser tomada teniendo en cuenta todos estos posibles factores. Dependerá de la calidad y profesionalismo del especialista a cargo del interrogatorio que pueda propiciar un ambiente objetivo para la toma de la declaración del menor, pues como afirma Mazzoni (2010):

“Incluso los niños muy pequeños son capaces de tener recuerdos exactos, bien que pobres, pero para eso se requiere que su relato sea espontáneo, estimulado solo con preguntas abiertas. Las preguntas abiertas dejan una libertad total para la respuesta. Los niños son sujetos fácilmente sugestionables y, si el recuerdo es solicitado con preguntas cerradas o que contengan información tendenciosa, las respuestas obtenidas serán escasamente exactas y el testimonio no resultará fiable” (p. 18 y 19).

B. La entrevista cognitiva del menor

Expuestos los aspectos generales de la declaración del menor, ahora debemos centrarnos en la entrevista cognitiva del menor, cuya finalidad es lograr dos objetivos concretos: a) Evitar la revictimización del menor, en estricta aplicación del interés superior del niño y b) Servir como herramienta para la averiguación objetiva de los hechos que se investigan. En ese sentido, la importancia del examen psicológico del menor ha sido resaltada también por la teoría de la prueba desde la mitad del siglo pasado; puede citarse por ejemplo a Gorphe (1967) quien refiere:

“El examen psicológico de los niños, inculcados o testigos, comienza a introducirse en la justicia con excelentes resultados. En Leipzig, desde hace algunos años, cuando deben comparecer niños como testigos, lo hacen ante un comisario especial asistido por un “asistente criminal”, hombre o mujer, que

tiene experiencia en el trato con niños y es propuesto por el Instituto Sicopedagógico, el que emite su opinión escrita sobre la credibilidad de los jóvenes testigos. Si el caso continúa, son examinados por un profesor, experto sicólogo, nombrado por el Tribunal a propuesta del Instituto: por medio de “test” y otros procedimientos determina su credibilidad de acuerdo con su capacidad de percepción, imaginación, sugestibilidad, etc., y produce un informe. Los resultados del método parecen satisfactorios” (p. 91)

La entrevista cognitiva del menor, es conceptualizada como un tipo de procedimiento de toma de declaración dirigido a la obtención de información cuantitativa y cualitativamente superior a la que es posible obtener mediante las entrevistas estándar, disminuyendo la posibilidad de errores de omisión o comisión de los testigos (Manzanero, 2008). Debe ser realizada por un entrevistador formado y entrenado que integre la investigación y la práctica clínica sobre la memoria del menor, con la finalidad de obtener: “a) declaraciones confiables sobre posible abuso sexual y b) maximizar el monto de la información obtenida del niño, dada su edad, circunstancias y predisposición a hablar” (Berlinerblau, 2009, p. 150).

Esta entrevista, pasa por diversos pasos: primero, crear un ambiente propicio; segundo, propiciar el recuerdo libre y tercero, la aplicación de las técnicas de memoria. Si bien esta entrevista cognitiva fue pensada para adultos, algunas de las técnicas son de utilidad para la declaración en menores, sin perjuicio, de que al tratarse de testigos especiales se tenga una mayor importancia en determinados aspectos como los siguientes:

i. El momento para la entrevista

Como hemos mencionado anteriormente, una de las dificultades para un testimonio fiable es el efecto del paso del tiempo y la posibilidad de que la recodificación, tenga consecuencias que alteren los recuerdos del menor o los contaminen. Así pues, un prolongado paso del tiempo desde los hechos hasta la toma de declaración del menor no solo afecta el contenido de la declaración en su aspecto de credibilidad, sino que genera un

mayor aumento en el estrés del menor debido a la carga familiar y social de lo que significa ser víctima de dichos actos sexuales. En ese sentido, se recomienda que la entrevista se realice una única vez para evitar la revictimización del menor (Berlinerblau, 2009)

ii. El lugar y ambiente de la entrevista

Se recomienda que el lugar de la entrevista sea en un ambiente protegido y empático con el menor, para que pueda facilitar una fluidez mayor de información. El ambiente debe responder al ciclo evolutivo del menor, es decir, si estamos con un menor de 3 a 5 años será de forma distinta si se realiza la entrevista a un menor de 10 años; así como a su situación emocional por el que atraviesa (Berlinerblau, 2009). Así pues, entre las herramientas que se recomiendan esta la Cámara Gesell y la videograbación.

iii. El perfil del profesional entrevistador

Al respecto, varios autores sostienen que es imprescindible que el profesional se encuentre formado y capacitado en las técnicas para esta clase de entrevista, que por su naturaleza son distintas a las realizadas a las personas adultas. Para Berlinerblau (2009), el entrenamiento debe incidir en:

- “Conocimiento sobre el desarrollo emocional, cognitivo y lingüístico de los niños.
- Conocimiento del sistema legal y judicial.
- Entrenamiento en técnicas para asesorar la competencia mental, legal y lingüística de los niños.
- Entrenamiento en técnicas de entrevistas investigativas forenses con niños para obtener declaraciones confiables, objetivas y válidas.
- Antecedentes de formación sobre la dinámica del abuso de niños y adolescentes y su impacto en el psiquismo.
- La actualización permanente la forma de consultas a colegas, de la literatura científica y de cuestiones legales.

- El proceso de entrenamiento es de por vida; los principiantes de hoy devienen en los expertos del mañana” (p. 153)

iv. Las fases del interrogatorio por el profesional entrevistador

Habiéndose preparado todo lo anteriormente mencionado, las fases de la entrevista cognitiva será la misma que para los adultos pero adaptados al nivel cognitivo de los menores, en cuanto a su madurez, física, biológica, sexual, así como del conocimiento y lenguaje. Luego de ello, se iniciara formalmente el procedimiento del interrogatorio, en el cual: **Primero**, deberá procurarse un ambiente correcto de la entrevista para que el menor pueda recuperar la mayor cantidad de información posible, de esta manera, la inserción de instrucciones previas para el menor son vitales. Se le debe instruir para que intente recordar todo lo que pueda y lo exprese de manera completa sin excluir información, para que tenga consciencia de que todo su relato es importante (Manzanero, 2008).

Segundo, la técnica del interrogatorio debe responder a la técnica del recuerdo libre, basado en preguntas libres y no directas, lo que supone evitar a toda costa las preguntas cerradas o de naturaleza sugestiva o que induzcan a determinadas respuestas (Berlinerblau, 2009), de esta manera se procura que el menor permanezca relajado y no tenga sentimientos de culpabilidad (Nieva, 2012); esto es contrario a lo que se enseña en las técnicas de litigación oral para testigos adultos, pues se trata de un testimonio especial, en el que debe prevalecer la integridad emocional del menor, tal y como lo ha establecido el art. 170 inciso 3 del Código Procesal Penal Peruano de 2004 (en adelante CPP de 2004).

La cadencia del interrogatorio debe ser a la velocidad que pueda ser realizada por el menor. No debe ser presionado ni su relato debe ser limitado temporalmente. Las aclaraciones que puedan surgir en el interrogatorio, deben ser realizadas de manera abierta y no deben de ninguna manera interrumpir el relato espontáneo del menor, pues lo que se busca es mantener esta espontaneidad desde el inicio hasta el final. Si en algún caso es necesario realizar una pregunta cerrada – lo que se permite excepcionalmente – debe ser formulada con más de una alternativa para que el menor pueda completar la información. Aun así, su

valoración debe ser tomada con cautela, pues la razón de elegir alguna puede no coincidir con lo que en realidad pasó (Manzanero, 2008).

En la entrevista, también existen prácticas comunes como la utilización de figuras humanas corrientes (de juego) y muñecos anatómicamente correctos en los casos de abuso sexual. En el caso de las figuras humanas, su uso es recomendable en la fase de entendimiento y compenetración del menor, pues en la fase de interrogatorio existe el riesgo de “favorecer la sugestibilidad y las falsas memorias (Manzanero, 2008). Por otro lado, los muñecos anatómicamente correctos, si bien se caracterizan por tener un mayor grado de especificación en cuanto a los atributos sexuales (órganos sexuales definidos)⁶, su utilización no es recomendable, porque al no ser los que acostumbra el menor puede dar lugar a una mayor contaminación de la fantasía con los sucesos reales⁷ (Manzanero, 2008).

Un ejemplo de mala praxis en la utilización de los muñecos sexuados puede producir diagnósticos erróneos de abuso sexual, a partir de su utilización de manera sugestiva o inducida lo que produce muchas veces la recodificación de la huella de memoria creando las memorias falsas. Todo ello, genera para los menores consecuencias de índole social como puede ser la estigmatización o la pérdida de relaciones parentales cuando son utilizadas como instrumento de chantaje o venganza de un cónyuge contra el otro.

La entrevista cognitiva bien puede dividirse en diversas fases o etapas y cada una con un determinado objetivos particulares, pero lo importante es permitir que el niño luego del interrogatorio sobre el abuso y obtenida la información, pueda realizar preguntas al profesional resguardando su seguridad emocional, es decir, se busca que tenga una resolución emocional respecto de lo que le ha sucedido (Berlinerblau, 2009).

⁶ Las muñecas sexuadas pueden ser de material de plástico (tipo Barbie o Ken), de caucho o de trapo y poseen todos los órganos genitales de los adultos (pene, vagina, vulva, mamas, testículos, etc; también ano y uretra) y los caracteres sexuales secundarios (vello pubiano, barba, etc).

⁷ En ese sentido, los estudios internacionales han demostrado que la utilización de los muñecos sexuados ejerce un efecto combinado de sugestión, distorsión y/o contaminación de los dichos y juegos infantiles. Además al no existir un protocolo científico válido y universal para el análisis de los juegos de niños con ellos, cada perito entrevistador puede interpretarlos subjetiva y arbitrariamente en pro o en contra de la concurrencia del abuso. Al respecto pueden consultarse los pronunciamientos de la Academia Americana de Psicólogos y en los estudios de Melton & Limber (1989) y (1995).

Finalmente como **tercer paso**, el profesional psicólogo debe exponer en un dictamen sus conclusiones, explicando el método y técnicas empleadas. Es esencial que se adjunte la grabación de las entrevistas cognitivas a fin de confirmar las inferencias del psicólogo y si es coherente con las conclusiones realizadas (Nieva, 2012).

Todo lo expuesto, debe ser materia de análisis para el juez penal que tenga en sus manos un caso de abuso sexual y, en el cual se tenga – como sucede en la mayoría de los casos – solo la declaración inculpativa del menor, de tal manera que, la correctitud del procedimiento de la entrevista cognitiva – de cámara gesell - y la información que se obtenga de ella, jugará un papel más que importante tanto para la averiguación de los hechos materia de investigación y evitar la exculpación de un presunto responsable, como para evitar las condenas erróneas de inocentes, muy comunes por la existencia de una serie de prejuicios subyacentes que juegan en contra de las personas acusadas de este tipo de delitos.

Las condenas erróneas en base a un testimonio del menor

En este apartado, considero de suma importancia comenzar con un caso expuesto por la doctora Elizabeth Loftus (2010), una experta estadounidense en la memoria, percepción y sugestión en menores, que a pesar de la antigüedad, bien podría describir una realidad común en la mayoría de nuestros sistemas de administración de justicia penal en la región latinoamericana. Así pues, la especialista nos relata el célebre caso de las Brujas de Salem:

“En 1692, entre el 10 de Junio y el 19 de setiembre, se acusó, juzgó y condenó a veinte vecinos de Salem (Massachusetts) por brujería; en seguida se los ejecutó a todos. ¿Qué pruebas había contra los supuestos brujos y brujas? “La palabra de los niños”. Los principales acusadores eran niños de entre cinco y dieciséis años. Su testimonio fue determinante: habían visto a las “brujas” convertirse en gatos negros, volar en escoba sobre los campos por la noche y hablar a insectos que luego atacaban a los niños y les metían clavos en el estómago (...) Un pasaje de *Witchcraft in Salem Village* (Brujería en la ciudad

de Salem), escrito en 1892 por W.S. Nevina. Era una confesión de Ann Putman, la más célebre de los niños, acusadores, a su pastor en 1706, catorce años después de los juicios: “Deseo postrarme ante dios por la triste y penosa providencia que cayó sobre la familia de mi padre en el año de 1692; porque yo, que era una niña, por la divina providencia serví de instrumento para acusar de un grave crimen a varias personas, a quienes les arrebataron la vida, aunque ahora tengo buenas razones y motivos fundados para creer que eran inocentes (...) Deseo humillarme y arrastrarme en el polvo por haber sido la causa, junto a otros, de tamaña desgracia para ellos y sus familias” (p.250).

Asimismo, también cita el caso de Tony Herrérez, quien un gran jurado de Estados Unidos de Norteamérica acusó de que mantuvo relaciones sexuales (felación) con Katie Davenport y Paige Becker, ambas de cinco años, presuntamente obligándolas por la fuerza o amenaza de fuerza y previamente les había exhibido una película de alto contenido erótico. Lo relevante del caso, fueron tres hechos que determinaron la exculpación del acusado: el primero, es todo el bagaje probatorio (pericias) que se realizó al acusado con la finalidad de determinar si tenía un perfil de abusador sexual y el segundo, los hechos narrados por las propias menores, que explicadas por el abogado defensor se resumían:

“En segundo lugar, una de las niñas (Katie Davenport) ha afirmado que no pasó nada con Tony. En una entrevista privada, Katie dijo al juez que su madre le había metido la idea en la cabeza y le había dicho lo que tenía que declarar. En tercer lugar, hemos descubierto que la madre que la madre escribía un diario. Nos costó mucho conseguirlo (el juez lo leyó y afirmó que no contenía pruebas exculpatorias, nada que ayudase a la defensa), pero no cejamos en el empeño y al final lo conseguimos. ¿Y que encontramos? Sus conversaciones con Katie transcritas al pie de la letra. Cuando Katie negaba que hubiera pasado algo con Tony, la mandaba a su cuarto. Cuando reconocía que Tony había abusado de ella, le daba una galleta o le acariciaba la cabeza” (Loftus y Ketcham, 2010, p. 201)

Como se observa, en el caso narrado, la madre de la niña Katie Davenport jugó un papel de interrogador cuando no se encontraba preparada, por ello, no pudo evitar utilizar preguntas y prácticas sugestivas con la menor, que en opinión de la doctora Loftus, quien había participado como perito de parte en dicho caso, había generado un condicionamiento:

“Cuando Katie Davenport reconocía que habían abusado de ella y, acto seguido, su madre le daba una galleta o un abrazo, la niña recibía un refuerzo positivo, que incrementaría la frecuencia de la conducta. Cuando negaba que hubiera pasado algo y la mandaban a su cuarto, en cierto modo recibía un castigo, que tendría a suprimir o disminuir la frecuencia de esa respuesta” (Loftus y Ketcham, 2010, p. 202)

Sin ánimo de extendernos en la cita de casos -que son muchos en realidad- ha quedado muy claro la importancia de que el testimonio de los menores de edad se encuentren libres de sugerencias o presiones del exterior, que pueden afectar su credibilidad. El riesgo sin duda es grande, pero no ello no quiere decir que deba excluirse de valor probatorio a la declaración del menor. Las voces racionales desde la teoría de la prueba, en los inicios del siglo XX, se han pronunciado a favor de dar valor probatorio a la declaración del menor, pero con un riguroso control jurisdiccional para determinar su peso probatorio⁸.

Entonces, la labor del juez recaerá inevitablemente en el aspecto de la valoración del testimonio del menor, no excluyendo su valor probatorio sino midiendo su grado de fiabilidad y eficacia. La fiabilidad del testimonio de los menores es menor a la que un adulto, porque están sujetos con mucha más facilidad a las sugerencias y sugerencias de los

⁸ En ese sentido, es ejemplar, la posición de Ellero (1913) quien manifestó en su oportunidad: “En rigor, paréceme que una exclusión absoluta decretada por la ley de ciertas personas como testigos, en razón de presuntas condiciones que las ponen en situación de engañarse fácilmente, limita demasiado la libertad del juez (...)¿Por qué motivo se ha de suponer que un niño no puede haber visto robar, herir, al modo que un hombre maduro? Así, para evitar que ciertas exclusiones fáciles o precipitadas favorezcan la impunidad, paréceme que, tanto la ley como la jurisprudencia que quisieran fijar los cánones para aceptar o rechazar un testimonio, deberían procurar determinar solo las personas que se han de presumir verídicas y cuáles no, admitiendo, eso sí, con eficacia siempre la prueba en contrario. Me explicaré: el legislador o el jurisconsulto deberían decir, no que el niño, el loco, el ebrio y demás no merecen fe nunca, sino que no se les debe dar cuando la presunción de su estado de error, no se desvanezca, en virtud del influjo de contrarias circunstancias o pruebas” (p. 201).

adultos. Así, “si a un niño relativamente pequeño se le pregunta como era de alto el hombre que estaba en la habitación, el niño tiende a dar una respuesta y dice, por ejemplo, que era alto, aunque no hubiera allí ningún hombre” (Mazzoni, 2010, p. 20).

Entre los criterios propuestos por la psicología del testimonio para afrontar la valoración del testimonio del menor y evitar en gran medida el riesgo de una condena errada, se encuentran los propuestos por A. Trankell, que sintetizados por Manzanero (2001), son los siguientes:

- Prestar atención a la posible existencia del sesgo confirmatorio por parte del profesional especialista encargado del interrogatorio; es decir, cuando se da mayor valor a información que confirma una determinada hipótesis que aquella que la niega.
- Debe seguirse la metodología de la falsación. Analizarse que criterios y de qué forma deberían aparecer las declaraciones si procedieran no de un hecho vivido sino de uno imaginado o sugerido.
- Se recomienda que la entrevista se realice por dos profesionales expertos.
- Se recomienda que se pida al menor que narre un suceso del que se tenga certeza de su ocurrencia, para comparar en que forma aparecen los criterios de descripción en la memoria.

LOS CRITERIOS DE VALORACIÓN APLICABLES PARA LA ENTREVISTA ÚNICA EN CÁMARA GESELL

En los apartados anteriores hemos desarrollado los aspectos esenciales, problemas y dificultades de la declaración de menores de edad desde la psicología del testimonio; asimismo, se han brindado criterios y recomendaciones, propuestos por especialistas en psicología del testimonio en menores, que tienen por objetivo servir como parámetros para determinar, por un lado, la correctitud del procedimiento de la entrevista y por el otro, la fiabilidad del contenido de la declaración. Sin duda, los aportes no deben ser considerados

como mera teoría no aplicable en la práctica, pues muchos de ellos se basan en estudios serios respaldados por instituciones y especialistas reconocidos.

Sin embargo, este conocimiento no tendría mayor repercusión en la realidad, si las personas e instituciones encargadas de enfrentar diariamente las complejidades y dificultades de la declaración del menor, no se encuentran preparados para asumir estos retos, incorporando todo este saber especializado y propiciar resultados perfectibles con el tiempo, con la intención del mejoramiento de la justicia.

Así pues, de lo que se trata es de cambiar prácticas procesales y fomentar cambios interpretativos, en favor de un mayor rigor en la motivación de las decisiones judiciales, lo que no excluye de ninguna manera a la justificación de la valoración de los medios de prueba, que como sabemos, es una parte inherente al contenido de una sentencia penal. Esta perspectiva, difiere de las ideas de un sector de la doctrina que cultiva el Derecho procesal penal como un mero conjunto de trámites y procedimientos, y considera finalmente como único criterio racional a seguir, aquel que le favorece a su teoría del caso o el que sea más sencillo de motivar, según su posición en el proceso penal.

Por ello, consideramos relevante asumir como segundo aspecto principal del presente trabajo, el tratamiento de la entrevista única en Cámara Gesell y su valoración probatoria según los criterios establecidos por la Corte Suprema de Justicia, en el Acuerdo Plenario N° 4-2015/CJ-116, con la finalidad de advertir las exigencias que los jueces deberán tomaren consideración para determinar su eficacia como medio de prueba.

La entrevista única en Cámara Gesell: ¿Prueba científica o prueba pericial?

La pericia no constituye una prueba en sí misma, sino se trata de un medio probatorio que busca ilustrar al juzgador sobre determinados conocimientos científicos, técnicos, artísticos, entre otros requeridos para su correcto entendimiento y le permita esclarecer determinadas circunstancias en un caso en particular. De este modo, la pericia, según Cafferata (2011), es un medio probatorio por el cual se pretende obtener un dictamen fundado en conocimientos

científicos o especializados para el descubrimiento o la valoración de un elemento de prueba.

Es así que, desde este punto de vista, la pericia aparece como un medio (que consiste en la actividad pericial propiamente dicha) para obtener un fin (consistente en la apreciación o *dictamen pericial*) que servirá al juzgador para apreciar debidamente los hechos materia de la pericia. En igual sentido, señala Pabón Parra (2006) que:

El resultado de la peritación y su objeto deben también presentar siempre una necesidad que la origina: suministrar argumentos, proporcionar razones que formen o contribuyan al convencimiento respecto de cuestiones o problemas, cuya adecuada percepción y cabal entendimiento están por fuera del conocimiento general y aptitud común a los miembros de una determinada asociación (p. 37)".

El informe pericial psicológico, como medio de prueba, tal como sostiene Pabón (2006), se puede definir como:

“El canal más apropiado para el acceso a conocimientos respecto de todas las circunstancias que pueden haber coadyuvado y aun determinado la realización de conductas, que resultan de indudable valor por los elementos de discriminación, discernimiento y objetivación que pueden proveer el caso concreto” (p. 450).

La finalidad de la prueba pericial psicológica, es conocer o apreciar un hecho, una condición o una circunstancia, que para ser develado requiere de habilidades técnicas, artísticas o de procedimientos científicos que solo pueden ser realizados por una persona denominada perito, quien citado por - “(...) aporta[r] al proceso las máximas de la experiencia que el juez no posee o puede no tener, para facilitar la percepción y la apreciación de los hechos concretos objeto del debate” (Climent, 2005, p. 735).

Tratándose de menores de edad, se ha previsto que la pericia psicológica más utilizada sea la entrevista única en Cámara Gesell, la cual, según Lamas Calderón (2015) puede ser conceptualizado como:

Una herramienta de uso forense y legal que facilita la realización de la entrevista única. Básicamente, consta de dos habitaciones o ambientes contiguos separados con dos habitaciones o ambientes contiguos, separados con una división de vidrio espejado, que permite mirar solo por un lado, dotado además de un sistema especial de audio y video. En uno de estos ambientes se realiza la entrevista única de la víctima por el psicólogo; y, en el otro, de observación, se encuentran los operadores de justicia, como el fiscal de familia, cuya presencia es obligatoria, el fiscal penal, instructor policial, abogado defensor, padres o tutores de la víctima y el abogado defensor del denunciado. Igualmente, un defensor de oficio (p. 8).

Ahora bien, la discusión sobre si considerarla una prueba científica o prueba pericial, cabe señalar que los autores de la psicología del testimonio se han decantado por considerarla una prueba científica. Así, para Manzanero (2011) que comenta la regulación española, la considera como una prueba pericial de carácter científico “al aportar los conocimientos provenientes de la ciencia psicológica al ejercicio de la función juzgadora” (p. 2). Desde nuestra perspectiva, consideramos a la pericia como una denominación amplia que bien puede abarcar las pruebas de alto contenido científico como el ADN, como aquellas que se sostienen en técnicas sociales como la pericia antropológica o sociológica.

Entonces, la diferencia entre las pruebas periciales científicas de las técnicas se apreciará en el contenido y el aporte del conocimiento de la pericia, lo que influirá en su valoración por el juez. En ese sentido, nuestra Corte Suprema de Justicia en el Acuerdo Plenario N° 4-2015/CIJ-116, de fecha 2 de octubre de 2015, ha establecido que a efectos de valoración de las pericias se tienen:

“estas son clasificadas en formales y fácticas. Forman parte de las primeras, saberes como la química, biología e ingeniería, cuya calificación es indiscutible. Así, por ejemplo, la prueba de ADN se basa en conocimientos científicos biológicos, o las pericias toxicológicas, físicas, médicas (...) Por otro lado, integran las ciencias fácticas, las ciencias sociales: psicología, historia, etc. Sus principales pericias son: la pericia psicológica, psiquiátrica”. (Fundamentos jurídico 19 y 20).

En consecuencia, las pericias científicas formales son capaces de atribuir a un enunciado de hecho un grado de probabilidad capaz de satisfacer el estándar de prueba consustancial al proceso penal (San Martín, 2015), es decir, tienen mayor peso al ser producto de un procedimiento verificable empíricamente al seguir el método científico de las ciencias naturales. Mientras que, la pericia psicológica de la entrevista única de Cámara Gesell, al basarse en una ciencia fáctica como lo es la psicología, es una pericia de conocimiento científico fáctico, cuya vinculación hacia el juez es menor que las otras, lo que puede estar sujeto a crítica.

La importancia del Acuerdo Plenario N° 4-2015/CIJ-116

La importancia de este acuerdo plenario radica en que aborda pautas generales de validez y eficacia aplicables a toda clase de pericias, bajo la normativa del CPP de 2004. Ello, sin lugar a dudas, ha venido a llenar un vacío en la interpretación y valoración de la pericia en el proceso penal, puesto que, anteriormente con la vigencia del Código de Procedimientos Penales de 1939, si bien en sus artículos 160 al 169 se establecían los requisitos y formalidades para su incorporación al proceso penal, no existía uniformidad en los criterios de valoración como si lo tenemos en base a la regulación del CPP de 2004.

El CPP de 2004 al acogerse a un sistema de valoración de sana crítica, la valoración del juzgador, conforme al art. 158, debe observar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de experiencia, que interpretado conjuntamente con los artículos del 170 al 181, se observa un esquema de valoración integral para este medio de prueba que comprende los

requisitos de validez y eficacia probatoria. No es baladí, por tanto, hacer referencia a los criterios que desde la doctrina se han brindado (Devis, 2002):

Tabla N° 1: Requisitos de validez del dictamen pericial

REQUISITOS PARA LA VALIDEZ DEL DICTAMEN PERICIAL
1. La ordenación de la prueba en forma legal
2. La capacidad jurídica del perito para desempeñar el cargo
3. La debida posesión del perito
4. La presentación o exposición del dictamen en forma legal
5. Que sea un acto consciente, libre de coacción, violencia, dolo, cohecho o seducción.
6. Que no existía prohibición legal de practicar esta clase de prueba.
7. Que los estudios básicos del dictamen hayan sido hechos personalmente por el perito.
8. Que los peritos no hayan utilizado medios ilegítimos o ilícitos para el desempeño de su encargo.
9. Que no exista una causa de nulidad general del proceso, que vicie también su peritación
10. El requisito de la deliberación conjunta, cuando los peritos son varios.

Tabla N° 2: Requisitos de eficacia del dictamen pericial

REQUISITOS DE EFICACIA DEL DICTAMEN PERICIAL
1. Que sea un medio conducente respecto al hecho por probar.
2. Que el hecho del dictamen sea pertinente.
3. Que el perito sea experto y competente para el desempeño de su encargo.
4. Que no exista motivo serio para dudar de su desinterés, imparcialidad y sinceridad.
5. Que no se haya probado una objeción formulada en tiempo al dictamen.
6. Que el dictamen esté bien fundamentado
7. Que las conclusiones sean convincentes y no parezcan improbables, absurdas e imposibles.
8. Que no existan otras pruebas que desvirtúen el dictamen o lo hagan dudoso o incierto.
9. Que no haya rectificación o retractación del perito.
10. Que el dictamen sea rendido en oportunidad.

11. Que no se haya violado el derecho de defensa, de la parte perjudicada con el dictamen, o su debida contratación.
12. Que los peritos no excedan los límites de su encargo.
13. Que no se haya declarado judicialmente la falsedad del dictamen.
14. Que el hecho no sea jurídicamente imposible, por existir presunción “iuris et de iuri” o cosa juzgada en contrario
15. Que los peritos no hayan violado la reserva legal o el secreto profesional que ampare a los documentos que sirvieron de base a su dictamen.

Como veremos en los siguientes apartados, los criterios interpretativos desarrollados nuestra Corte Suprema de Justicia son de recibo para una valoración racional de la entrevista única en Cámara Gesell, en lo que sea aplicable y salvando las particularidades de este medio de prueba, por tanto, es obvia la importancia del Acuerdo Plenario N° 4-2015/CIJ-116.

Los criterios de valoración aplicables a la entrevista única en cámara gessel

A. Criterios generales aplicables a toda pericia

En el Acuerdo Plenario N° 4 – 2015/CIJ-116, de fecha dos de octubre de 2015, nuestra Corte Suprema en el fundamento jurídico n° 22, ha precisado los criterios generales que debe tener en cuenta el juez de juicio para asignarle el valor y eficacia probatoria a la pericia, y así, pueda sustentar una resolución judicial. Entre estos tenemos:

- “La pericia como prueba compleja debe evaluarse en el acto oral a través debe evaluarse en el acto oral a través, primero de la acreditación del profesional.
- El informe debe haberse elaborado de acuerdo a las reglas de la lógica y conocimientos científicos y técnicos.
- Asimismo, si se analiza el objeto del dictamen, la correlación entre los extremos propuestos por las partes y los expuestos del dictamen pericial, y la correspondencia entre los hechos probados y los extremos del dictamen.

- Que se explique el método observado, que se aporten con el dictamen pericial, los documentos instrumentos o materiales utilizados para elaborarlos y la explicación como se utilizó.
- Evaluarse las condiciones en que se elaboró la pericia, la proximidad en el tiempo y el carácter detallado en el informe, si son varios peritos la unanimidad de conclusiones.
- Si la prueba es científica, desde un primer nivel de análisis, debe evaluarse si esta prueba pericial se hizo de conformidad con los estándares fijados por la comunidad científica”.

A partir de esto, podemos inferir que todo dictamen pericial que se presente como medio de prueba y cualquiera que sea su especialidad, debe cumplir con los requisitos de eficacia para que pueda ser acreditada como prueba y pueda sustentar la decisión judicial; son pues, criterios válidos conforme a la normativa de la prueba pericial establecida en el CPP de 2004, por lo que, pueden ser seguidos por Fiscales, órganos de prueba (peritos) al momento de elaborar y presentar las conclusiones de su pericia y, por los jueces al ejercer su labor de valoración.

B. Criterios en torno a la credibilidad del evaluado

Ahora bien, conforme a las particularidades de la prueba pericial psicológica en casos de delitos sexuales, el Acuerdo Plenario N° 4-2015/CIJ-116, acertadamente y conforme a los lineamientos de la especialidad, establece que el Juez deberá preguntar al perito si:

- “El evaluado tiene capacidad para testimoniar.
- Puede aportar un testimonio exacto, preciso y detallado sobre los hechos cuya comisión se estudia.
- Puede ser sugestionado, inducido y llevado a brindar relatos y testimonios inexactos o por hechos falsos.
- Puede mentir sobre los hechos de violación sexual.

- Tiene capacidad y discernimiento para comprender lo que se le pregunta” (Fundamento 29).

C. Criterios en torno al informe pericial y la idoneidad del perito

Asimismo, el Acuerdo Plenario N° 4-2015/CIJ-116 incide en la información que debe acreditarse al momento de actuar este medio de prueba, pues la prueba pericial comprende no solo la elaboración del informe pericial sino también su sustentación por su órgano de prueba, en este caso, el perito psicólogo, en tal sentido, señala se debe considerar lo siguiente:

- a) “La acreditación del profesional que suscribió el informe documentado, grado académico en la especialidad, especialización en psicología forense o similar.
- b) De ser posible, es necesario que se grabe la entrevista y se detalle cómo se llevó a cabo.
- c) Evaluar si se efectuó de conformidad con los estándares de la Guía de Procedimiento para la Evaluación Psicológica de Presuntas Víctimas de Abuso y Violencia Sexual Atendidas en Consultorio del Ministerio Público de 2013, aunque esto no implica que no se deba de evaluar los demás criterios, pues este es solo un dato indiciario de la validez de la prueba pericial psicológica forense.
- d) Como se advirtió, es importante que el juez al momento de evaluar al perito pregunte sobre la relevancia y aceptación de la comunidad científica de la teoría usada, por ejemplo, en el uso de reactivos psicométricos, como el test de la Figura Humana de E. M Kopitz, test de la Figura Humana de Karen Machover test de la Familia, test de la Casa, test del Árbol, etcétera; y como es que el uso de estos apoya la conclusión a la que arribó.
- e) El juez debe preguntar sobre el posible grado de error de las conclusiones a las que ha llegado el perito” (fundamento 36).

Son pues, estos criterios los propuestos por nuestra Corte Suprema que tienen por finalidad servir de doctrina legal vinculante para los jueces de primera y segunda instancia, al momento de valorar las pruebas periciales psicológicas en casos de delitos de abuso sexual y que pueden ser también aplicables a la entrevista única de Cámara Gesell en lo que sea pertinente.

El Juez no se encuentra vinculado a la prueba pericial psicológica: La pericia psicológica como pericia de opinión

Finalmente, uno de los criterios establecidos por el Acuerdo Plenario N° 4-2015/CIJ-116, que nos ha llamado la atención es aquel que sostiene que:

“Segundo, el análisis crítico del testimonio es una tarea consustancial a la responsabilidad de valorar y resolver de los jueces, cuyo criterio no puede ser sustituido por especialistas que solo pueden diagnosticar sobre la personalidad en abstracto pero no sobre su comportamiento en el caso concreto, por lo que el informe psicológico solo puede servir de apoyo periférico o mera corroboración –no tiene un carácter definitivo–, pero no sustituir la convicción sobre la credibilidad del testigo. Tercero, que el juicio del psicólogo solo puede ayudar al juez a conformar su criterio sobre la credibilidad del testigo; y, su informe, al contrastar las declaraciones de la víctima –menor de edad, sustancialmente– con los datos empíricos elaborados por la psicología, si existen o no elementos que permitan dudar de su fiabilidad”.

Esta posición, toma como fuente la Sentencia del Tribunal Supremo Español de 29 de octubre de 1996, de 16 de mayo de 2003, y de 488/2009, de 23 de junio de 2009, que en otras palabras, señala que el Juez no puede evadir su labor de valoración y afirmar como verdad irrevocable lo manifestado por el perito psicólogo, sino que, debe considerarlo como un elemento más de corroboración que sumado a otros medios de prueba puede generar su convicción respecto a la verdad o falsedad de los enunciados de hechos de las partes. En ese sentido, como refiere Taruffo (2012):

“Por decirlo con una fórmula sintética, el juez no debe transformarse en un científico (cosa que lo transformaría en un apprenti sorcier, de lo cual no se siente verdaderamente necesidad), pero debe operar como un epistemólogo, es decir, como un sujeto que verifica la validez del método con el cual han estado uniendo determinados resultados probatorios” (p. 38).

Desde nuestra posición, consideramos que dicha posición de la Corte Suprema se sustenta o está pensado en aquellos casos en los cuales la pericia psicológica tiene por objeto determinar la credibilidad del testimonio, es decir, cuando lo que se busca es asumir una posición sobre su idoneidad como testigo y la posible existencia de intereses o interferencias que hayan contaminado su declaración, por ello, es que no le otorga un peso probatorio por encima del contenido del testimonio mismo, que puede ser acreditado o desvirtuado por otros medios de prueba; sin embargo, en el caso de la pericia psicológica del acta de entrevista única de Cámara Gesell, la realidad tiene una mayor complejidad e importancia.

Tanto el Acuerdo Plenario N° 1-2011/CJ-116, de fecha 6 de diciembre de 2011 y el Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116 de fecha 4 de setiembre de 2005, han establecido los criterios de valoración del testimonio de la víctima en los casos de abuso sexual que inciden en su importancia dado que este tipo de delitos clandestino comúnmente no tienen otros testigos sino solo la declaración de la víctima; así pues, consideran que dicho medio de prueba puede desvirtuar la presunción de inocencia si logra superar el estándar de la incredibilidad subjetiva, corroboración y datos objetivos que la sustentan y coherencia y uniformidad de la declaración.

En el caso de la declaración del menor, tenemos que para evitar su revictimización esta debe ser única y en un ambiente especial como puede ser la Cámara Gesell, así, no es que la entrevista única solamente sirva para determinar su credibilidad del menor – que si lo hace –, sino también, porque hasta el momento, es el mejor instrumento de entrevistas para obtener de declaraciones del menor y por tanto, no existirá un proceso penal peruano que

tenga una declaración policial de menor y otra declaración fiscal y otra en declaración en juicio oral en estos casos, como antes se hacía con el Código de Procedimientos Penales de 1940.

Por tanto, la entrevista única en Cámara Gesell debe tener el peso probatorio de una pericia de carácter científico y, en consecuencia, para ser valorada eficazmente debe ser sometida a la rigurosidad tanto en sus procedimientos como en su valoración, observando cada uno de los criterios bien establecidos por la Corte Suprema. Insistimos, los estudios psicológicos tienen respaldo empírico desde el siglo pasado y se encuentran respaldados por instituciones serias, sin embargo, no podemos negar que nuestra realidad peruana aun no llega a los estándares internacionales que tienen otros países y por tanto, la calidad muchas veces no es la óptima para afrontar este tipo de casos, por muchas carencias profesionales e institucionales.

Quizás por eso, la Corte Suprema le ha dado un valor menor a la pericia psicológica de lo que debería tener, bajo este criterio de realidad. Esto nos lleva a los desafíos que se imponen a fin de valorar este medio de prueba conforme a la racionalidad y un sistema de garantías

LOS DESAFÍOS DE LA ENTREVISTA ÚNICA EN CÁMARA GESELL

Como parte final del presente trabajo, hemos seleccionado los que consideramos tres desafíos que se imponen a todos los involucrados en el tratamiento de la pericia psicológica y en concreto, de la entrevista única en Cámara Gesell a fin de que sirva como un panorama de lo que aún falta por mejorar en este ámbito.

Un primer aspecto, lo constituye la **formación de los jueces en la psicología del testimonio**. Como hemos manifestado anteriormente, el juez según el criterio de la Corte Suprema no se encuentra vinculado totalmente a las conclusiones de la pericia psicológica, sin embargo, en el caso de la entrevista única de Cámara Gesell como hemos sostenido, la importancia que debe tener es de prueba científica y por tanto, merece una apreciación

rigurosa tal y como un testimonio único, pues podría ser el único medio de prueba directo que desvirtúe la presunción de inocencia del acusado. El juez, en este escenario tiene que saber los aspectos básicos de la psicología del testimonio, para que enriquezca su motivación y valoración de este complejo medio de prueba.

Un segundo aspecto lo integra la formación de los profesionales especialistas (peritos) en **psicología jurídica y especialización en psicología de menores**. La eficacia de la pericia, entonces, se encuentra relacionada con la calidad y capacidad del perito que se encargó de la labor pericial, esto también puede entenderse, señalando que, la acreditación del perito como experto es necesaria como el respaldo idóneo de sus conclusiones, así, el grado de fiabilidad o credibilidad que le ofrezca el juzgador a sus conclusiones dependerá de la fiabilidad en la calidad del perito que realizó la labor pericial.

En consecuencia, la credibilidad de un experto dependerá fundamentalmente de la fiabilidad de su informe, pero también el juez deberá estar convencido de que la persona tiene conocimiento, habilidad, entrenamiento o la educación suficientes para cumplir los requisitos de un experto en el campo científico o técnico respecto del cual elaboró la pericia. Es importante contextualizar el concepto de la credibilidad⁹, no como sinónimo de verdad, sino como una cantidad de hechos psicológicos y comunicativos percibidos mediante los sentidos de las cualidades y calidades personales y profesionales del perito.

Es común que en nuestro medio existan psicólogos que solo tengan como especialidad la psicología clínica, que si bien es aceptable para el caso de los testigos adultos, constituye un desafío profesional que continúen con su especialización en memoria infantil, que aparejado a la experiencia en casos con testimonios de menores los harán competentes para asumir su labor pericial al encontrarse con las cualificaciones óptimas. Es recomendable que si no se cuenta con la experiencia se tengan los estudios necesarios, ya que de carecer ambos es más fácil cuestionar su idoneidad como profesionales y se duda con mayor fundamento de sus conclusiones.

⁹ Como señala Fischer (2011) "La credibilidad es la cualidad transmitida comunicativamente de una afirmación (declaración) acerca de la realidad (percibida subjetivamente) a la vez, pretende, ella misma, constituir la realidad" (p. 1529).

Asimismo, la carencia de formación adecuada podría repercutir en el detalle de la metodología empleada. Antes se utilizaban meros formatos con explicaciones de dos líneas sobre la metodología empleada, que finalmente no se lograba sostener en el juicio oral. Por ello, es indispensable la formación adecuada para que puedan sustentar con profundidad sus decisiones metodológicas, así pues, porque se utiliza una determinada figura anatómica en comparación de otra, que constituye uno de los puntos centrales en los criterios establecidos por la Corte Suprema.

Finalmente, como tercer aspecto se integra la **formación práctica en las técnicas especiales de interrogatorio a menores**. Al respecto, cabe señalar que el Ministerio Público emitió en el año 2011 la “Guía de Procedimiento para la Entrevista Única de Niños, Niñas y Adolescentes víctimas de abuso sexual, explotación sexual y trata con fines de explotación sexual”¹⁰, tuvo por finalidad establecer directivas para la actuación del Fiscal y del Psicólogo Forense en el desarrollo del procedimiento de entrevista única. Establecía roles y recomendaciones definidas tanto para el Fiscal como para el abogado. Así pues, entre las más relevantes:

Tabla N° 3: Pautas para el Fiscal y el Psicólogo en la entrevista única

FISCAL	PSICÓLOGO
<ul style="list-style-type: none"> • De advertirse en la narración, otros hechos de agresión sexual distintos al de la investigación, el fiscal deberá profundizar su esclarecimiento • Identificación del investigado, señas particulares (tatuajes, cicatrices, cortes, quemaduras, etc.), discapacidad física o 	<ul style="list-style-type: none"> • La edad, las necesidades y el nivel de desarrollo del niño, niña o adolescente, de acuerdo con su contexto socio-cultural. • Debe propiciar la espontaneidad del relato. • Estructurar preguntas que puedan comprenderse fácilmente.

¹⁰ La “Guía de Procedimiento para la Entrevista Única de Niños, niñas y adolescentes víctimas de abuso sexual, explotación sexual y trata con fines de explotación sexual”, fue elaborada por el Ministerio Público con el valioso apoyo del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia – UNICEF y la Cooperación Belga para el Desarrollo en el marco del Proyecto “El Estado y la sociedad contra la violencia, abuso y/o explotación sexual comercial infantil.

<p>mental, lenguaje, actitud, etc</p> <ul style="list-style-type: none"> • No mencionar el nombre o apellido del investigado antes, durante o después de la entrevista, salvo que el entrevistado lo mencione. • Evitar inducir la descripción de la persona. • Las circunstancias vinculadas al acercamiento y abordaje del investigado. • No formular preguntas que atenten contra la dignidad del niño, niña y adolescente. 	<ul style="list-style-type: none"> • Permitir que el niño, niña y adolescente cuente con tiempo suficiente para responder las interrogantes que se le formulan. • Evitará formular preguntas que no sean ambiguas, capciosas o sugestivas; y evitará aquellas que induzcan a eludir la respuesta y adoptar actitudes negativas. • No usar terminología que el niño, niña o adolescente no pueda comprender.
--	--

Fuente: Elaboración propia (2019)

Estas recomendaciones lo que buscan es evitar posibles del perito psicólogo especialista en menores y advertir si existen defectos que evidencien una falta de imparcialidad, tales como:

- ✓ El *sesgo del entrevistador*, es decir la tendencia a informar cualquier sospecha de abuso sexual como certeza de la comisión de actos de abuso sexual o malos tratos, aun cuando no hay signos físicos ni testigos directos.
- ✓ *La notable y exagerada tendencia de creerle al niño*, en los casos, cuando se pierde todo tipo de objetividad e imparcialidad y se mal utilizan las técnicas de entrevista generando un prejuizgamiento de considerarlo un niño abusado.
- ✓ *La parcialidad manifiesta de los entrevistadores*. Esto es, como refiere Gregorio (2004), “cuando es el propio profesional quien introduce el tema del abuso, sin que los niños lo puedan expresar libremente” (pág. 179).
- ✓ *El direccionamiento de la entrevista y la sobreinterpretación exclusivamente en sentido sexual* de los ambiguos e inconsistentes relatos

de los niños de escenas cotidianas, sin siquiera evaluar la posible influencia de sus progenitores (Gregorio, 2004).

- ✓ **Las entrevistas sugestivas** que influyen en los dichos infantiles y aún en sus comportamientos o esquemas de acción, ya que el niño pequeño es altamente sugestionable, y realmente es grande la posibilidad de ser inducido por los entrevistadores a creer que ha sido abusado, provocando relatos y denuncias erróneas de abuso sexual (Gregorio, 2004).

Con un adecuado entrenamiento en técnicas de interrogatorio en menores de edad, los psicólogos podrán realizar preguntas competentes que no puedan ser objetadas con posterioridad. Como ejemplos de entrevistas realizadas con preguntas sugestivas, se pueden poner los siguientes diálogos ficticios inspirados de la práctica:

PREGUNTAS SUGESTIVAS N° 1
Perito: ¿Antes donde vivías? NNA: Ya viví en barranco pero me cambie de casa
Perito: Antes con quien vivías? NNA: Con mi mama
Perito: Quienes más? NNA: Mi abuelita, mi tía
Perito: Alguien más vivía contigo? NNA: Pepe
Perito: El tío Pepe? NNA: Ajá y nadie más.

PREGUNTAS SUGESTIVAS N° 2
P:¿Alguna persona te ha tocado de forma que no te haya gustado? NNA: Mi poto mi tío Pepe....
P: ¿aparte de tu poto te toco alguna otra parte de tu cuerpo? NNA: Si mi pene me agarro mi tío Pepe me toco mi tetilla pero me hacía caso, mi tío Pepe no....
P: ¿Cuándo tu tío Pepe te agarraba el poto y tu pene te agarraba por encima o debajo de la ropa? NNA: Por debajo de la ropa me agarró así (indica la manera en que le agarro)...

Como vemos, las preguntas antes expuestas si bien obtienen información importante del caso, pueden ser fácilmente objetables por la sugestión e inducción a la que someten al

menor. Por ello, el especialista debe poner mucho cuidado y atención a la forma de como interrogar, con la finalidad de que todo su trabajo previo no pueda ser cuestionado y se favorezca la impunidad. Por el contrario, esto puede también ser tomado como un indicio de parcialidad del especialista lo que no favorece de ningún modo a la averiguación de los hechos, pues en base al solo testimonio del menor se podría condenar a un inocente.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

- El testimonio del menor en el proceso penal, debe seguir como pauta o guía el principio del interés superior del niño; por ello, la toma de su declaración debe realizarse haciendo uso de los instrumentos que eviten su revictimización.
- La psicología del testimonio y los estudios de la memoria del menor han demostrado ser un sustento teórico importante, que puede coadyuvar a una mejor valoración del testimonio del menor. Esta ciencia brinda los fundamentos teóricos y pautas prácticas para que los especialistas puedan llevar a cabo las pericias psicológicas en menores, así como fundamento para la valoración de las pericias psicológicas a los jueces.
- La memoria de los menores no es igual a la de los adultos. Pueden ser fácilmente sugestionados o inducidos a brindar cualquier afirmación que los adultos les digan, por ello, las pericias psicológicas en menores de edad deben incidir en determinar si existen factores de riesgo que evidencien que han sido sugestionados, lo que afectaría su verosimilitud.
- La entrevista única en Cámara Gesell, constituye la herramienta idónea para realizar la toma de declaraciones en menores de edad. Su debido procedimiento debe ser garantizado así como la necesidad de que el profesional encargado tenga la idoneidad para asumir la complejidad inherente a este medio de prueba.
- El Acuerdo Plenario N° 4-2015/CJ-116, ha marcado un antes y un después en la valoración de la pericia en general y psicológica en particular. Los criterios de valoración que establece, brindan pautas para una mayor racionalidad y razonabilidad a la hora de motivar las decisiones judiciales por parte de los jueces.

- Los desafíos del Acuerdo Plenario N° 4-2015/CJ-116, sirven como un estímulo al mejoramiento de la práctica y valoración de la entrevista única en Cámara Gesell, lo que debe ir aparejado con un compromiso de los sujetos procesales involucrados e instituciones participantes, en brindar los instrumentos y recursos necesarios para su eventual mejora. La capacitación constituye uno de los ejes principales para el cambio y uno que ha sido siempre descuidado en nuestra realidad procesal penal, por ello, si se adopta como política institucional del Ministerio Público y Poder Judicial así como todas aquellas organizaciones e instituciones, la capacitación en la psicología jurídica, se puede lograr una mejora en ese aspecto.

BIBLIOGRAFIA.

- Beloff, M. (2009). El menor de edad víctima en el proceso judicial, En: *Acceso a la Justicia de los niños/as víctimas. Protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes* (pp. 21 – 29). Recuperado de: <http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/3791/4d0a67d32fc3b1.49768365.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- Berlinerblau, V. (2009). Niños víctimas, niños testigos: sus testimonios en alegatos de abuso sexual infantil. Competencia, credibilidad, particularidades y necesidades especiales del niño testigo. Videograbación de las entrevistas de declaración testimonial. En: *Acceso a la Justicia de los niños/as víctimas. Protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes* (pp. 141 – 156). Recuperado de: <http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/3791/4d0a67d32fc3b1.49768365.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- Binder, Alberto (1997). *Política criminal de la formulación a la praxis*. Buenos aires: Ad Hoc.
- Climent, Carlos (2005). *La prueba penal*, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- Devis, Hernando (2002). *Teoría General de la Prueba Judicial*, Bogotá: Editorial Temis.
- Díez, J. (2008). *La política legislativa penal iberoamericana a principios del siglo XXI*. *Revista Política Criminal*, N° 5, A7 – 5, 1 – 37. Recuperado de: http://www.politicacriminal.cl/n_05/A_7_5.pdf.

- Ellero, P. (1913). *De la certidumbre de los juicios criminales. Tratado de la prueba en materia penal*. (Traducción de Adolfo Posada). Madrid, España: Hijos de Reus Editores.
- Ferrajoli, L (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. (Traducción de Perfecto Andrés Ibañez y otros). Madrid, España: Editorial Trotta.
- Fischer T. (2011), “Análisis de credibilidad y valoración de la prueba. Acerca de la carga de la “función específica”. *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*. 9, p. 1527-1534.
- Gorphe, F. (1967). *La apreciación judicial de las pruebas*. (Traducción de Delia García Daireaux). Buenos Aires, Argentina: Editorial Temis S.A.
- Guzmán, N. (2011). *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*. 2da. Edición. Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto S.R.L.
- Gregorio, A. (2004). *Abuso sexual infantil*. 1º edición, Buenos Aires: Omar Favalo Ediciones Jurídicas.
- Lamas Calderón, María (2015). *Entrevista única cámara gesell*. Perú: Escuela del Ministerio Público. Recuperado de: http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2231_10_camara_gesell.pdf.
- Loftus, E. y Ketcham, K. (2010). *Juicio a la Memoria. Testigos presenciales y falsos culpables*. (Traducción de Concha Cardeñoso Sáenz de Miera y Francisco López Martín). Barcelona, España: Editorial Alba.
- Manzanero, A. (2011). *La prueba pericial psicológica sobre la credibilidad del testimonio: Reflexiones psico-legales. Informe técnico*. Madrid, España: SEPIN.
- (2008). *Psicología del testimonio. Una aplicación de los estudios sobre la memoria*. Madrid, España: Ediciones Pirámide.
 - (2001). Procedimientos de evaluación de la credibilidad de las declaraciones de menores víctimas de agresiones sexuales. *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*. 1 (2). pp. 51-71.
- Mazzoni, G (2010). *¿Se puede creer a un testigo? El testimonio y las trampas de la memoria*. (Traducción de José Manuel Revuelta). Madrid, España: Editorial Trotta.
- Melton, G. & Limber, S. (1989). *Changes in family Law and family life: Challenges for psychology*. *American Psychologist*, 44 (8), pp. 1213 – 1216.

- (1995). *Psychological science and the use of anatomically detailed dolls in child sexual abuse asesments. Psychological Bulletin.* 118 (2), pp. 199 – 222.
- Mixan, F. (1991). *La prueba en el procedimiento penal*, Tomo IV – B, Trujillo: Ediciones Jurídicas.
- Montoya, V. (2007). *Derechos fundamentales de los niños y adolescentes*. Lima: Editorial Grijley.
- Neyra, J. (2010). *Manual del nuevo proceso penal & de litigación oral*. Lima: Editorial Idemsa.
- Nieva, J. (2012). La declaración de niños en calidad de partes o testigos. *Justicia: Revista de derecho procesal.* 1, pp. 121-142. Recuperado de: <http://www.ichdp.cl/wp-content/uploads/la-declaracion-de-ninos-jordi-nieva.pdf>
- Páez, A. (2014). La prueba testimonial y la epistemología del testimonio. *Isonomía.* 40, pp. 95-118. Recuperado de: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=363633430005>.
- Pabón, P. (2006). *La prueba pericial. Sistema acusatorio*, Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.
- Pagano, C. (2003). *La arquitectura de los recuerdos*. Barcelona, España: Editorial Paídos.
- San Martín (2015). *Derecho procesal penal. Lecciones. Conforme al Código Procesal Penal de 2004*. Lima, Perú: Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales Fondo Editorial.
- Taruffo, M. (2012). La ciencia en el proceso: problemas y perspectivas. (Traducción de Diana Ramírez). En: M. Bustamante (Coord.) *Derecho probatorio contemporáneo. Prueba científica y técnicas forenses*. Medellín, Colombia: Universidad de Medellín Sello Editorial.
- (2008). *La prueba*. (Traducción de Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán). Madrid, España: Marcial Pons.
 - (2005). *La prueba de los hechos* (Traducción de Jordi Ferrer Beltrán). 2º edición. Madrid, España: Editorial Trotta.
- Tarski, A. (1999). La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica (Traducción Paloma García Abad). *A Parte Rei. Revista de filosofía.* 6 (4), pp. 1-30. Recuperado de: <http://serbal.pntic.mec.es/~cmunoz11/tarski.pdf>.

Vázquez, C. (2015). *De la prueba científica a la prueba pericial*. Madrid, España: Marcial Pons.

JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA LEGAL VINCULANTE

Corte Suprema de Justicia del Perú. (2015). Acuerdo Plenario N° 4-2015/CIJ-116, de fecha 2 de octubre de 2015. Recuperado de: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/086ac7004e1457a084f1f448a12af05b/IX+P+leno+Supremo+Penal.pdf?MOD=AJPERES>.

DOCUMENTOS DE LA ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS (ONU)

Organización de las Naciones Unidas. Observación General N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, de fecha de 29 de mayo de 2013. (Consultado el 20 de junio de 2019). Disponible en: https://www.observatoriodelainfancia.es/oia/esp/documentos_ficha.aspx?id=3990.

DOCUMENTOS DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH)

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC – 17/2002 emitida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 28 de agosto de 2002.