

Voces: DERECHOS DEL NIÑO - ABUSO SEXUAL - PRUEBA DE TESTIGOS - VÍCTIMA MENOR DE EDAD - PRUEBA DE PERITOS - PSICÓLOGOS - MEDIOS DE PRUEBA - INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO - DERECHO A SER OÍDO

Título: El testimonio del niño en los procesos judiciales por abuso sexual en niñas, niños y adolescentes

Autor: Bentivegna, Silvina A.

Fecha: 1-jul-2015

Cita: MJ-DOC-7267-AR | MJD7267

Producto: MJ

Sumario: *I. Introducción. II. El testimonio del niño. III. La audiencia testimonial en cámara Gesell. IV. Conclusión.*

Por Silvina A. Bentivegna (*)

«Cuando sea grande, voy a ser abogada, así puedo ayudar a todas esas nenas que vivieron lo mismo que yo, esas nenas que ya no tienen infancia, porque se la sacaron» (1).

I. INTRODUCCIÓN

En el marco de los procesos judiciales por abuso sexual en niñas, niños y adolescentes, nos enfrentamos a situaciones diversas, colmadas de reacciones que ameritan un desafío por quienes tenemos el compromiso de dejar a un lado la impunidad del infractor y hacer oír fuertemente la verdad del niño dejando a un lado el dicho de que «los chicos mienten».

En tal sentido, teniendo en miras un proceso judicial justo donde la palabra del niño sea tomada en consideración, conforme a su madurez intelectual y su capacidad progresiva, siempre en pos de su interés superior, voy a abordar una prueba elemental en procesos de estas características, siendo como tal, una herramienta probatoria fundamental.

II. EL TESTIMONIO DEL NIÑO

En los procesos por abuso sexual en niñas, niños y adolescentes, se debe romper con la idea de que el relato del niño, ergo su testimonio, sea el único elemento valorable descartándose otras pruebas, las cuales serán de capital importancia para la sustanciación del proceso.

Soy del criterio de que, previo a la realización de dicha prueba testimonial, es necesario que se lleve a

cabo una evaluación psicológica o psiquiátrica por profesionales idóneos en la materia, a fin de que establezcan la posibilidad -o no- de que aquella se realice, informando el estado psíquico y/o emocional del infante, evaluando una futura situación de riesgo si la prueba testimonial se llevara adelante. Ya que el relato del niño sobre la situación acaecida reviste un estado de gran angustia, estrés, miedo y malestar atento la reminiscencia a las afrentas sufridas.

Un factor para tener en cuenta en los procesos de abuso sexual en niñas, niños y adolescentes y particularmente en relación con el testimonio del niño es el factor tiempo, atendiendo a los estados emocionales que presenta el niño e inclusive las presiones que pueda sentir, porque generan que el infante no se encuentre plenamente en condiciones de llevar a cabo dicho testimonio.

Esa circunstancia debe tenerse en consideración, porque, con posterioridad a su develación, el infante puede encontrarse reticente ante el hecho de ser entrevistado por una persona extraña.

La doctrina ha considerado que hablar de tiempos siempre es relativo y un tanto subjetivo. Empero, existen razones que aconsejan la rapidez, entendiendo que un lapso apropiado sería el de no más de diez días corridos contados desde el inicio de las actuaciones. Dichas razones pasan por el meridiano de la evitación del detrimento en el recuerdo de detalles, consecución de otros posibles rastros o vestigios corroborantes (secuestro de ropas, elementos, etc.), posibles injerencias de terceros (medios de comunicación, allegados), familiares o del mismo imputado o imputados, con presiones o amenazas, y a veces con prebendas o promesas aun indirectas (2).

En esta instancia, la escucha del niño deberá ser tomada con el mayor provecho que sea posible, teniendo en cuenta que dicha evaluación es traumática para el infante, quien relatará en primera persona la afrenta padecida, constituyendo dicho relato una guía para encaminar el proceso. Por tal motivo, quien entreviste y -no interrogue- al niño deberá ser un profesional idóneo en la materia, representando un rol muy importante en oportunidad de formular la pregunta y en repreguntar sobre la base de las respuestas dadas por el infante. Empero, el entrevistador no deberá agotar la entrevista en la mera indicación del abuso, constituyendo dicha audiencia un abanico de posibilidades a fin de recabar otras pruebas.

En dicha audiencia, el entrevistador deberá guiar la entrevista en búsqueda de una manifestación por parte del infante, quien la dirá en sus propios términos, con toda su inocencia desde su visión propia y narrada en primera persona.

Empero, desde el otro lado, las partes -querrela, defensa, peritos de parte, representante promiscuo del menor, fiscal, secretario- deberán adoptar una participación diligente en oportunidad de preguntar y planificar estrategias de preguntas e instrucciones hacia el entrevistador con el aval del fiscal.

En este orden de ideas, debo traer a colación la esencia misma de la entrevista y el cambio sustanciado con la Ley 25.852 -también conocida como «ley Rozansky»- sobre la base de la cual comenzó a verse en el escenario de los actores involucrados un nuevo modelo de intervención.

La prueba testimonial del infante es fundamental en la sustanciación del proceso, constituyendo una prueba conducente, pudiendo ser utilizada cotejándola con otras pruebas y evidencias acompañadas al proceso y con miras a ser utilizada en la posterior etapa de debate en el juicio oral.

III. LA AUDIENCIA TESTIMONIAL EN CÁMARA GESELL

La audiencia testimonial del niño bajo la modalidad de cámara Gesell, en el marco de los procesos judiciales por abuso sexual en niñas, niños y adolescentes, ha sido considerada parte de la prueba testimonial (3) -criterio al cual adhiero-. En tal sentido, se sostuvo que el procedimiento que recepta el

art.250 bis del CPPN, no constituye un examen pericial, sino un modo distinto de obtener una declaración testimonial, sustanciando dicho concepto en que esta modalidad de obtener probanzas incorporadas por la Ley 25.852 fue incluida en el capítulo atinente a los testigos y no en aquel relativo a los peritos.

A diferencia de lo que ocurre con las pericias, no se establece una conminación de nulidad ante el incumplimiento de alguna de sus disposiciones, observando ello desde un neto principio de especificidad. Estas ideas han ido paulatinamente logrando mayor aceptación, señalándose inclusive que aquellos informes previstos en el articulado (CPPN, art. 250 ter) no revisten la calidad de peritaje y, en consecuencia, no les resulta aplicable la normativa que regula estrictamente la prueba de peritos.

Con análogo criterio, la jurisprudencia (4) se ha inclinado por considerar que el medio probatorio reglado en el art. 225 bis del Código de Procedimiento local es, en esencia, una declaración testimonial, conforme surge del propio texto legal, diligencia probatoria caracterizada, por cuanto debe ser llevada a cabo por un psicólogo especialista en la materia, siendo en virtud de ello que debe equipararse, por aplicación del principio de la analogía en las medidas probatorias reguladas por la ley adjetiva, la actuación de este profesional a la de un perito (5).

De manera tal, soy del criterio que debe primar por sobre todo el principio de plena libertad probatoria sin avasallar las garantías mínimas del debido proceso (6).

En el escenario de la entrevista y a raíz de la posibilidad de que ella acarree errores y alguna falencia que generen dudas acerca de dicha audiencia y en función de la recepción de esta, se genera la necesidad inexorable de que dichas entrevistas y audiencias sean videofilmadas y grabadas. Tal necesidad se ve plasmada en la posibilidad de que el relato del niño sea reproducible tantas veces como sea necesario, a fin de que su relato sea valorado como tal, conforme a su derecho a ser oído y a que sea recibido «durante» la sustanciación del proceso, tanto en la etapa instructoria como en el debate en la instancia oral.

La videofilmación es una herramienta probatoria fundamental en los procesos por abuso sexual en niñas, niños y adolescentes, ya que tiene una carga demostrativa eficaz tanto para el fiscal como para el juez.

Asimismo, sobre la base del testimonio del infante en dicha audiencia, se pueden obtener varios elementos probatorios a fin de solicitar posteriormente más pruebas que ayuden a la sustanciación de la causa. En tal sentido -sobre la base de lo que haya relatado el niño- en el marco de la querrela o constituidos como particular damnificado se podrá solicitar un allanamiento, registro y posterior secuestro de elementos en el domicilio correspondiente al hecho abusivo, más las constataciones periciales que correspondieran. Se podrá a su vez cursar comunicación con empresas de servicio de cable y de internet en supuestos de exhibición de material pornográfico o envíos de correos electrónicos, como asimismo a las empresas de servidores de casillas electrónicas como Yahoo!, Gmail, Hotmail, etcétera.

En el marco de la cámara Gesell, más allá del relato del infante, se podrán observar sus gestos, reacciones y actitudes -que no son menos importantes que el texto- frente a las preguntas del entrevistador, los cuales sumados al resto de los testeos efectuados por los psicólogos mediante juegos y dibujos, permitirán recabar más señales a fin de interiorizarnos un poco más en el infante.

No se debe olvidar que el niño es el centro referencial del proceso, quien deberá ser entrevistado atendiendo -siempre- a su interés superior, el cual deberá primar por sobre todas las cosas, teniendo como eje central su protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar. Coincido en tal sentido con el Dr. Rozansky, en cuanto a que «el niño no sea una foja más de un expediente, sino el

centro y sentido mismo de esas actuaciones» (7).

IV. CONCLUSIÓN

Todo niño inmerso en un proceso judicial por abuso sexual deber ser respetado teniendo siempre en miras no solo las normas del derecho procesal nacional, sino también y primordialmente teniendo en cuenta el plexo normativo nacional e internacional en relación con los derechos en materia de infancia. Garantizando al propio tiempo, un proceso judicial justo donde sus palabras, creencias, opiniones y pareceres, sean tomados en consideración, conforme sus aptitudes, su edad y madurez intelectual. Participando en tal sentido, en dicho procedimiento conforme su capacidad progresiva sin que le sean cercenados sus derechos y garantías mínimas.

Atendiendo primordialmente a su interés superior y en procesos como el presente donde el infante ha sido traumatizado, deberán adoptarse todas aquellas medidas necesarias a fin de que sea pasible de un disfrute y un desarrollo tan pleno como saludable.

(1) Palabras de Julieta, víctima de abuso sexual.

(2) GUTIÉRREZ, Pedro A.: El menor víctima de abuso sexual. La Rocca, 2012, p. 60.

(3) CNCrim. y Corr., Sala I causa 33.774, «R., A. H. s/procesamiento», 29/8/08.

(4) Resolución interlocutoria N.º 216/8, 19/7/08, «Defensoría de los derechos del niño s/denuncia».

(5) GUTIÉRREZ, Pedro A.: El menor víctima..., op. cit., p. 77.

(6) Entendiendo por tal la obligación estatal de respetar todos los derechos legales que posee una persona involucrada en un proceso, haciendo uso de sus garantías mínimas, a un resultado justo y equitativo dentro del mismo, a ser oído y a hacer valer sus pretensiones legítimas frente al juez y al fiscal interviniente.

(7) ROZANSKY, Carlos A.: Abuso sexual infantil: denunciar o silenciar, Ediciones B Argentina, 2003.

(*) Abogada, UBA. Especialista en Derecho de Familia, UBA. Especialista en Violencia Familiar y Abuso Sexual. Docente, UBA. Coautora de Violencia familiar. Aspectos prácticos, Hammurabi. Disertante en congresos y en seminarios. Publicación de numerosos escritos especializados en la materia. Excoordinadora del Refugio de Mujeres y Niñas/os en situación de Trata con fines de explotación sexual dependiente del GCABA. Letrada adjunta de Casa Refugio para Mujeres en Situación de Violencia «Mariquita Sánchez» del GCABA. Letrada patrocinante de la Fundación Salud Activa. Abogada fundadora de Bentivegna Estudio.