

# EL TESTIMONIO DE MENORES EN LA TRADICIÓN PROCESAL PENAL COSTARRICENSE: EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y TENDENCIAS ACTUALES

*María Matamoros Peralta'*

## **El imperativo histórico**

Los dos problemas clásicos del testimonio de menores son la sugestionabilidad y la credibilidad (ver Matamoros, 1999). El problema de la sugestionabilidad se refiere al grado en que el testimonio de los menores puede ser influido o distorsionado por una multiplicidad de fuerzas, tanto internas como externas al sujeto, que dan como resultado alteraciones en los procesos de codificación, almacenamiento, recuperación o reporte de eventos que se ventilan en un juicio (Ceci, 1994). El problema de la sugestionabilidad implica un reconocimiento de la posibilidad de que un determinado testimonio contenga adulteraciones que pudiesen haber sido inducidas, inconscientemente, por factores tales como sugerencias sutiles, expectativas, estereotipos y preguntas dirigidas, así como por extorsiones, amenazas explícitas u otras formas de inducción capaces de distorsionarlo conscientemente. La credibilidad se refiere al grado en que el juzgador le atribuye al testigo pensamientos y memorias verídicas y precisas acerca del objeto de su declaración (Matamoros, 1999). En el caso específico de los menores, el juzgador, a menudo, no cuenta con más evidencia que declaraciones carentes de corroboración. El problema de la credibilidad se refiere al dilema que enfrenta el juzgador al valorar el testimonio de un menor, tomando en cuenta: (a) las deficiencias que este pueda tener en virtud de provenir de una persona aun en desarrollo y (b) la dificultad o, algunas veces, la imposibilidad de su corroboración.

Por los problemas antes descritos, el testimonio de menores arrastra una desconfianza histórica de siglos (ver Ceci & Bruck, 1993 y Goodman, 1984). A partir de la década de los ochenta se produce, en los países

occidentales, una toma de conciencia relacionada con el maltrato físico, emocional y moral a menores. Este fenómeno inundó los tribunales de justicia de casos relacionados con menores y ha obligado a los sistemas penales a transformarse profundamente para acomodar las necesidades especiales inherentes al testimonio de estos, generalmente en calidad de ofendidos sexuales.

En Costa Rica, desde 1910, mediante el Código de Procedimientos Penales, los Tribunales de Justicia han permitido que menores de prácticamente todas las edades testifiquen. No obstante su apertura al testimonio de menores, nuestros tribunales no estaban preparados para la presencia de menores testigos, principalmente ofendidos. Los tribunales de justicia penal fueron, por siglos, tribunales de adultos, que acomodaron al menor dentro de su lógica tradicional. En Costa Rica, algunos pequeños ajustes se fueron haciendo en la práctica, por necesidad. Conforme al espíritu y conciencia de la época, el nuevo Código Procesal Penal, que entró en vigencia el 1° de enero de 1998, revela un esfuerzo por dar respuesta a las necesidades y requerimientos singulares de los testigos y ofendidos menores y, en general, a la problemática del testimonio de menores.

La coyuntura histórica impele, como se dijo, hacia la protección del menor. El sistema procesal está obligado a modificar sus estructuras y procedimientos para la recepción del testimonio de ofendidos o testigos menores de edad. En aras de la justicia, al testigo u ofendido menor se le deben brindar condiciones óptimas para que pueda hacer buen uso de su memoria y de sus capacidades lingüísticas al hacer sus declaraciones. Sin embargo, desde el punto de vista legal, algunas de las medidas para tratar

el testimonio de menores resultan controversiales. Si bien, desde el punto de vista humanista, es importante facilitarle el tránsito emocional por el sistema penal al testigo u ofendido menor, las modificaciones e innovaciones al procedimiento solo se justifican si finalmente se demuestra que los menores que testifican bajo dichas condiciones brindan un testimonio más informativo (claro, preciso y completo) que los que testifican según los procedimientos convencionales (Matamoros, 1999).

### Códigos estudiados

Durante la colonia y en los albores de la independencia, Costa Rica se rigió fundamentalmente por el Código de las Siete Partidas de Alfonso X, el Sabio. Costa Rica ha tenido desde entonces cuatro códigos que tratan sobre materia procesal penal. El primero de ellos fue el *Código General de la República de Costa Rica*<sup>1</sup>, compendio general del cuerpo de leyes de la nación, emitido el 30 de julio de 1841, siendo presidente Braulio Carrillo. El 23 de julio de 1858, en el gobierno de Juan Rafael Mora, Rafael Ramírez presenta una versión actualizada de dicho código. El segundo de ellos, el *Código de Procedimientos Penales*, fue emitido según el decreto N° 51 del 3 de agosto de 1910 y subsecuentemente reformado mediante las leyes N° 8 del 14 de setiembre de 1922, N° 8 del 29 de noviembre de 1937 y N° 372 del 22 de agosto de 1941 y otras disposiciones aisladas. El tercero de ellos fue el *Código de Procedimientos Penales*, emitido el 20 de diciembre de 1963, durante el gobierno de Francisco Orlich, rigió hasta el 31 de diciembre de 1998. El 28 de marzo de 1996, en el gobierno de José María Figueres, se aprobó el actual *Código Procesal Penal*, vigente a partir del 1° de enero de 1998.

### Objetivos

Este trabajo contiene dos partes complementarias. En la primera parte reseño la evolución del testimonio de menores en el proceso penal costarricense, desde el Código de Carrillo hasta el Código de Procedimientos Penales de 1963, que rigió hasta 1997. Con excepción del recientemente aprobado Código Procesal Penal, los demás códigos contienen muy pocas alusiones directas al testimonio de menores. Debido a esa limitación, lo

que hice fue seleccionar de cada código los artículos que consideré relevantes para comprender la evolución histórica del testimonio de menores. Esta primera parte permite visualizar la evolución histórica del trato procesal penal del testimonio de menores hasta nuestros días y sirve de telón de fondo para el análisis del nuevo Código Procesal Penal. En la segunda parte reviso críticamente los artículos del nuevo Código Procesal Penal que conciernen directa o indirectamente al testimonio de menores.

### Evolución histórica

El Código de Carrillo refleja un fuerte prejuicio acerca de la capacidad de los menores para atestiguar.

El artículo 192 estipula lo siguiente:

"No pueden ser testigos: 1° los menores de 14 años; 2° los que carecen de juicio; 3° los infames declarados en juicio."

Hoy día se sabe que los menores comparecen en tribunales penales, principalmente por agresiones sexuales perpetradas contra sus personas por hombres mayoritariamente adultos. El Código de Carrillo vendría a dejar desprotegidas a las personas menores víctimas de tales agresiones. Dicho código refleja además fuertes prejuicios hacia la mujer. Por ejemplo, en materia de adulterio tutela los derechos del hombre en relación con el adulterio de la mujer y no viceversa. Estos indicios remiten a una sociedad dominada por hombres adultos.

Desde principios de este siglo, en el Código de Procedimientos Penales de 1910, desaparece el impedimento para testificar en razón de la edad de la persona. En cuanto al juramento, en el Código de Carrillo los artículos 202 al 206 no contienen ninguna estipulación explícita en relación con el menor mayor de 14 años, pero se infiere que estos deben hacerlo en tanto que testigos. En el Código de Procedimientos Penales de 1910, segundo párrafo del artículo 434, se circunscribe la necesidad de tomar juramento a las personas de 10 años en adelante:

"No se tomará este juramento a los menores de diez años, ni a aquellos de quien se sospeche

1. Conocido como Código de Carrillo.

2. Denominado Código de Procedimientos Penales de 1910.

3. Denominado Código de Procedimientos Penales de 1963.

que hayan tomado parte en los delitos que se investigan, en calidad de autores, cómplices o encubridores."

Desde 1963, el Código de Procedimientos Penales, en el primer párrafo del artículo 234, exige a todo menor de 17 años de la obligación de tomar juramento.

"Antes de comenzar la declaración, los testigos serán instruidos acerca de las penas de falso testimonio y prestarán juramento, bajo pena de nulidad, con excepción de los menores de diecisiete años y de los que en el primer momento de la investigación aparezcan como sospechosos o partícipes del delito que se investiga o de otro conexo."

A diferencia del Código de Carrillo, en el cual los menores de 14 años no podían ser testigos, en los otros dos códigos los menores sí pueden serlo. La diferencia entre dichos códigos estriba en que mientras el Código de Procedimientos Penales de 1910 responsabiliza más al menor al considerarlo capaz de tomar juramento de los 10 años en adelante, el actual Código de Procedimientos Penales sitúa dicha capacidad a una edad prácticamente adulta.

El Código de Carrillo hacía la distinción entre prueba plena y semiplena en el artículo 164:

"La prueba es plena o semiplena. Plena o completa es aquella por la que el Juez queda bien instruido para dar la sentencia; y semiplena o incompleta, la que por sí sola no instruye lo bastante para decidir."

En lo referente al testimonio, la prueba era plena o completa si reunía al menos dos testimonios convergentes:

"Dos testigos de toda excepción o sin tacha, conformes y contestes en personas y hechos, tiempos y lugares, hacen plena prueba."

En el Código de Procedimientos Penales de 1910 desaparece la exigencia de dos testimonios conformes y contestes como prerrequisito para que el juez quede bien instruido para la sentencia. El actual Código de Procedimientos Penales también carece de tal exigencia.

En el artículo 433 del Código de Procedimientos Penales de 1910 aparece la figura del curador o adulto a quien se le asigna la vaga función de presenciar toda la diligencia:

"Cuando el testigo fuere un menor, se le nombrará en el mismo acto un curador que presencie toda la diligencia."

Por el hecho de que el artículo 433 está entre dos artículos (432 y 434) que tratan sobre el procedimiento para examinar a los testigos durante el debate, se presume que el curador, aunque legalmente sería un representante del menor, en la práctica simplemente se limitaría a estar formalmente presente durante el interrogatorio de este. Además, el hecho de que el curador es nombrado en el mismo acto, hace presumir que dicha persona es un individuo "cualquiera" escogido en forma *ad hoc*. El Código de 1910 no define con precisión las funciones y potestades del curador. El Código de Procedimientos Penales de 1963 no contiene la figura del curador, pero el nombramiento de uno para los testigos menores se conservó en la práctica.

En cuanto a la validez de la declaración del testigo, el artículo 211 del Código de Carrillo hace hincapié en el origen, inmediato o mediato, de la información que brinda el testigo:

"El testigo declarará, o será preguntado si no lo hace, si sabe lo que depone, *por haber visto* el hecho o cosa en disputa, o *si lo ha oído a otros*, y quiénes son éstos; cuyas circunstancias deberá manifestar, con expresión de las personas que estaban presentes, y la del día, mes y año."

El artículo 212 refleja una posición en principio contraria al testimonio basado en la opinión y creencia del testigo y opuesta al testimonio de oídas, el cual solo es aceptado por la vía de la excepción:

"No será válida la declaración del testigo que depone por creencia sin dar razón concluyente de ella. Tampoco lo será la del *testigo de oídas*, excepto en los hechos cuyo conocimiento solo puede adquirirse por este sentido, o cuando no se pueda producir otra prueba, por ser el suceso muy antiguo, o por otro motivo semejante."

El Código de Procedimientos Penales de 1910 no contiene una definición conceptual de testimonio de oídas. Sin embargo, el artículo 468 pone de manifiesto que se continúa otorgando más valor a la declaración de los testigos que percibieron el hecho directamente con sus propios sentidos:

"Para que el dicho del testigo pueda merecer fe al Tribunal, han de mediar las condiciones y circunstancias siguientes:

- 1º- Que la declaración haya sido prestada bajo previo juramento con arreglo a la ley;
- 2º- Que los hechos sobre los que verse hayan podido caer directamente bajo la acción de los sentidos del testigo, y que éste los conozca por sí mismo y no por indicaciones y referencias.
- 3º- Que el informante dé razón de sus asertos expresando por qué y de qué manera sabe lo que ha aseverado; y
- 4º- Que el testigo no haya sido obligado por fuerza o miedo, ni impulsado por error, soborno o engaño."

El artículo 440 va en la misma dirección que el anterior:

"Todo testigo debe explicar circunstancialmente los hechos sobre los que declara, y dar razón de su dicho; si los deduce de antecedentes que conoce o si los ha oído referir a otras personas, cuyo nombre y residencia determinará, en cuanto le sea posible, o si los ha presenciado."

El Código de Procedimientos Penales de 1963 no hace ninguna alusión a la relación entre el testigo y los hechos en disputa. Según el artículo 224, lo único que se requiere del testigo es que su declaración pueda ser *útil* para descubrir la verdad en cuanto al asunto que se investiga:

"El Juez interrogará a toda persona que conozca los hechos que se investigan, cuando su declaración pueda ser útil para descubrir la verdad."

El requisito de que el testigo *conozca* los hechos es general y omiso en cuanto a la forma o las circunstancias en las cuales el testigo desarrolló dicho conocimiento. Este sistema permitiría, en principio, la admisión de testimonios con diferentes grados de mediación. Al tribunal le compete determinar, *a posteriori*, la utilidad relativa de dicho testimonio en el esclarecimiento de los hechos que se investigan. Esta posición dista mucho de la búsqueda de relevancia, *a priori*, de la prueba, presente en el artículo 166 del Código de Carrillo:

"Las pruebas deben señarse al asunto sobre el que se litiga; y las que no le pertenezcan serán rechazadas de oficio."

En cuanto a la forma de dar testimonio y a la dinámica interaccional del interrogatorio al testigo, el

Código de Carrillo, en su artículo 208, estipula que la declaración debe ser espontánea, sin el apoyo de notas: "El testigo declarará *sin que le sea permitido leer ningún apunte*. Su deposición se sentará en el proceso a la letra, *sin mudar palabras ni aclararlas*, y le será leída preguntándole el juez si persiste en ellas, pena de nulidad."

La segunda oración del artículo implica una conciencia del potencial distorsionador del sentido de las palabras del testigo por parte del juzgador.

En cuanto a la dinámica del interrogatorio, el artículo 210 del Código de Carrillo parece indicar que la formulación de las preguntas directamente al testigo era una prerrogativa del juez:

"El Juez podrá ya de oficio, ya a pedimento de las partes, o de una de ellas, hacer al testigo las preguntas que crea convenientes para ilustrar su deposición. Las respuestas del testigo se escribirán, leerán y firmarán del mismo modo que sus declaraciones."

En ningún artículo del Código de Carrillo hay mención de la forma como se deben hacer las preguntas (ej.: preguntas capciosas, dirigidas, etc.). El artículo 213 hace presumir que la dinámica del interrogatorio estaba orientada a valorar la consistencia de la declaración, lo cual generaría preguntas en esa dirección:

"El testigo vario o contradictorio en lo principal de su deposición, no hace fe, a no ser que la variedad o contradicción resulte de miedo grave, en cuyo caso valdrá la deposición en que no influya este miedo."

El Código de Procedimientos Penales de 1910 es mucho más específico en torno a la dinámica del interrogatorio. El artículo 462 sugiere un afán desmedido por controlar, anticipadamente, la naturaleza de las preguntas a las que el testigo será sometido e indirectamente indica una conciencia aguda del poder de la palabra:

"Las preguntas del interrogatorio serán formuladas por escrito, con claridad y precisión. El Juez repelerá de oficio las preguntas impertinentes capciosas o que no se concreten a los hechos del debate."

El artículo 442 implica la búsqueda de espontaneidad a través de la declaración oral del testigo, no obstante su conocimiento anticipado de las preguntas que se le formulan:

"Los testigos declararán *de viva voz, sin* que les sea permitido *leer respuestas que lleven escritas*; pero sí pueden consultar las notas o documentos necesarios, según la naturaleza de la causa."

El artículo 437 implica una mayor conciencia acerca de la influencia sugestiva que ejerce el interrogador sobre la declaración del testigo:

"El Juez dejará que el testigo *narre sin interrupción* los hechos sobre los cuales declare, y solamente le exigirá las explicaciones complementarias que sean conducentes a desvanecer los conceptos oscuros o contradictorios.

Después le dirigirá cuantas preguntas y repreguntas estime oportunas para el esclarecimiento de los hechos".

"No se podrán hacer al testigo *preguntas capciosas, ni se empleará coacción, engaño, promesa ni artificio alguno*, para obligarle o inducirle a declarar en determinado sentido. La declaración se consignará con las propias palabras del testigo, sin alteración alguna y guardando la forma del diálogo."

El Código de Procedimientos Penales de 1963 también es un tanto específico en relación con la dinámica del interrogatorio y la forma aceptable de hacer preguntas al testigo. En el artículo 95 se recoge el *principio de oralidad*, las preguntas inaceptables y el registro literal de la declaración:

"Las personas que fueran interrogadas deberán responder *a viva voz y sin consultar notas o documentos*, con excepción de los peritos y de quienes sean autorizados para ello en razón de sus condiciones, o de la naturaleza de los hechos.

En primer término el declarante será invitado a manifestar cuanto conozca del asunto de que se trate y después, si fuera menester se le interrogará.

Las preguntas que se formulen no serán *capciosas ni sugestivas*.

Cuando se proceda por escrito, se consignarán las preguntas y las respuestas usándose las expresiones del indagado. Las declaraciones podrán ser registradas taquígraficamente o por cualquier otro modo."

## Conclusiones

Del análisis comparativo de los tres códigos de procedimientos penales que ha tenido nuestro sistema jurídico hasta 1997, se desprenden varias conclusiones.

En materia de *aceptabilidad del testimonio* de menores, se ha evolucionado desde un sistema que marginaba al menor (de 14 años) como testigo, a uno que acepta su testimonio sin reparos.

En cuanto a la *valoración de la credibilidad* del testimonio de menores, se ha pasado de un sistema cuasicuantitativo que requería de al menos dos testigos conformes y contestes como precondition para una sentencia, a un sistema de libre valoración de la prueba, en el cual el juzgador valora cualitativamente cada testimonio y puede emitir sentencia, si fuese necesario, sobre la base del testimonio de un único testigo.

En materia de *juramentación*, el Código de Carrillo responsabiliza por perjurio a las personas mayores de 14 años, coincidiendo con la posibilidad de ser testigos, y el Código de Procedimientos Penales de 1910, aunque admite a todo menor como testigo, responsabiliza por perjurio a las personas mayores de 10 años. Finalmente, el Código de Procedimientos Penales de 1963 exceptúa del juramento a las personas menores de 17 años.

Los cortes de edad de 14 (Código de Carrillo) y 10 años (Código de Procedimientos Penales de 1910) son consistentes con la noción de que las personas menores (de 14 ó 10 años) carecen de la capacidad para comprender el carácter del juramento. El corte de edad de 17 años, que establece el Código de Procedimientos Penales de 1963, no tiene sentido a la luz de la interpretación de falta de comprensión del juramento, puesto que las capacidades cognitivas de las personas de 17 años convergen con las de los adultos. Por lo tanto, el código actual exceptúa del juramento al menor de 17 años simplemente porque es penalmente inimputable (Castillo, 1982).

Finalmente, en cuanto a *la dinámica del interrogatorio*, el sistema se ha vuelto más flexible y participativo. En el Código de Carrillo y en el Código de Procedimientos Penales de 1910 existía un único juez, quien además de hacer sus propias preguntas, canalizaba también las de las partes al testigo. El Código de Procedimientos Penales de 1963 permite la participación directa de las partes en disputa (fiscales y defensores) y el testigo es interrogado no por un juez, sino por un tribunal. En cuanto a la naturaleza de las preguntas permisibles, el Código de Carrillo es omiso. La preocupación por la sugestionabilidad de las

preguntas emerge en el Código de Procedimientos Penales de 1910 y se consolida en el Código de Procedimientos Penales de 1963.

### **El testimonio de menores en el nuevo Código Procesal Penal: tendencias actuales**

Luego de 34 años de experiencia con el Código de Procedimientos Penales de 1963, el 1° de enero de 1998 entró en vigencia en Costa Rica un nuevo Código Procesal Penal.

En esta sección hago una revisión y valoración de aquellos aspectos innovadores del Código Procesal Penal que guardan especial significación para el testimonio de menores. Primeramente repaso las diferentes modalidades de protección al menor ofrecidas por el nuevo proceso y, seguidamente, reviso las implicaciones de otra serie de aspectos contenidos en dicho código.

Conforme al espíritu de los tiempos, el actual Código Procesal Penal contiene muchas disposiciones que, en su conjunto, intentan: (a) proteger el paso del menor por el proceso, minimizando el trauma potencial producido por dicha experiencia, y (b) crear condiciones para una óptima recepción de su testimonio.

### **Duración del proceso**

En los casos de delitos menos graves, en los cuales proceda la ejecución condicional de la pena, el acusado que admita el ilícito tendría la opción de solicitar la suspensión del procedimiento de prueba, ofreciendo a cambio un plan de reparación, material o simbólica, del daño causado a la víctima (ver artículos 25 y 26). En la medida en que se otorgue este beneficio, menos cantidad de menores llegarían al juicio, evitándose así una buena parte de la experiencia potencialmente traumática del proceso.

En cuanto a la duración del período de investigación preparatoria (instrucción), el artículo 171 solamente establece que el Ministerio Público debe concluir dicha investigación en un *plazo razonable*. Además de que el concepto de plazo razonable es un concepto difuso, sin fronteras precisas, dicho artículo tampoco le brinda al ofendido, como sí lo hace con el imputado, la posibilidad de protestar por su prolongación indebida.

Recibido el auto de elevación a juicio, el artículo 324 establece que el día y la hora del juicio deberán señalarse en las siguientes 48 horas. Además, los juicios comenzarán una vez transcurridos 5 días pero no después de 30 días luego de haberse recibido el auto de elevación a juicio. Aunque, en principio, esta disposición viene a acortar el tiempo transcurrido entre el hecho y el debate, variable importante en el debate sobre la sugestionabilidad del testigo menor, es necesario recordar que el grueso del tiempo del proceso es atribuible a la investigación preparatoria y que, por lo tanto, la contribución de esta disposición a la disminución de la duración total del proceso es relativamente pequeña.

### **Protección de la privacidad del menor**

A pesar de que los juicios son orales (artículo 333) y públicos, en los casos en que se afecte el pudor, la vida privada o integridad física de alguno de los participantes (artículo 330, inciso a), el tribunal podrá resolver, por auto fundado y aun de oficio, que se realice parcial o totalmente en forma privada. Si para un menor ofendido (ej.: una niña abusada o una joven violada) la experiencia misma es dolorosa y bochornosa, más lo sería sí tuviese que ventilar públicamente un episodio tan penoso de su vida. El artículo 330 le otorga la potestad al tribunal de evitar una sobreexposición de tal magnitud. Además, el artículo 331 le permite al tribunal prohibir las grabaciones de cualquier índole por parte de los medios de información.

### **Testimonios especiales**

El nuevo código establece una serie de categorías de personas a quienes se les brinda la prerrogativa de declarar y ser interrogadas en privado o con el auxilio de familiares o peritos especializados. El artículo 121 reza así:

"Cuando deba recibirse testimonio de mujeres<sup>4</sup>, de menores agredidos o de personas agredidas sexualmente, sin perjuicio de la fase en que se encuentre el proceso, el Ministerio Público o el tribunal, en su caso, podrán disponer su recepción en privado y con el auxilio de familiares o peritos especializados en el tratamiento de esas personas.

La misma regla se aplicará cuando algún menor deba declarar por cualquier motivo."

4. Permitirle a las mujeres dicha prerrogativa por su condición de género parecería inconstitucional, a la luz de la tesis de la igualdad ante la ley del artículo 33 de la Constitución Política.

Como puede observarse, los menores agredidos (presumimos físicamente, aunque hay otras formas de agresión no sexuales ni físicas, como las psicológicas) y las personas agredidas sexualmente (incluyendo, desde luego, menores), pueden declarar en las formas previstas por el artículo, en cualquier fase del proceso. El último párrafo del artículo extiende dicho beneficio, indiscriminadamente, a todo menor que declare por *cualquier* motivo.

Si la recepción del testimonio en privado significa la separación del acusado del acusador, podría argumentarse que dicho artículo lesiona los derechos del acusado, porque el motivo que se aduce para justificar tal aislamiento comunicacional es proteger a la víctima de una posible revictimización. Se presupone que la persona ofendida, fuera de la presencia del ofensor, experimenta menos estrés emocional y, por lo tanto, está en condiciones de brindar una declaración más fluida y precisa. El aislamiento del acusador, sin embargo, viola el principio de inocencia porque el acto procesal mismo define a *priori* al acusado como culpable. La conducta del ofendido frente al imputado puede ayudar a un tribunal a observar indicadores de inocencia (ej.: niños que permanecen relajados o son amistosos con el imputado durante el interrogatorio) y también puede suceder que, en general, al menor le cueste más mentir (cuando ese sea el caso) delante del imputado o ante un tribunal y otras personas.

### Medidas cautelares

El nuevo Código Procesal Penal es prolijo en disposiciones que procuran: (a) prevenir la revictimización del menor ofendido, (b) estimular al ofensor hacia una conducta socialmente constructiva y (c) dejar abiertas las puertas de la reconciliación. Este último aspecto es de capital importancia debido a que, frecuentemente, el maltrato o agresión sexual ocurre en el seno mismo de la familia.

El artículo 26 establece una serie de restricciones preventivas y condiciones constructivas a las que el imputado puede ser comprometido durante el período de suspensión del procedimiento de prueba (entre 2 y 5 años). Por ejemplo:

Participar en programas especiales de tratamiento con el fin de abstenerse de consumir drogas, bebidas alcohólicas o cometer hechos delictivos.

Comenzar o finalizar la escolaridad primaria si no la ha cumplido, aprender una profesión u oficio o seguir cursos de capacitación en el lugar o la institución que determine el tribunal.

Someterse a un tratamiento médico o psicológico, si es necesario.

- Permanecer en un trabajo o empleo, o adoptar, en el plazo que el tribunal determine, un oficio, arte, industria o profesión, si no tiene medios propios de subsistencia.

Además, allí donde razonablemente pueda ser sustituida la prisión preventiva por una medida menos gravosa, el artículo 244 brinda una serie de medidas cautelares para la regulación de la conducta del imputado, incluido el abandono inmediato del domicilio cuando este último conviva con la víctima y se trate de agresiones a mujeres y niños o delitos sexuales. El artículo 248 regula específicamente el abandono de domicilio como medida precautoria, dejando abiertas las puertas de la reconciliación entre las partes, y el artículo 249 regula la imposición de pensión alimentaria en estos casos.

### Dinámica del interrogatorio

El artículo 121, ya comentado, acerca de la recepción del testimonio en privado, constituye una de las medidas dirigidas a proteger los intereses especiales del menor. En este punto cabe señalar que la experiencia de testificar siempre será, en una u otra medida, estresante para el testigo, menor o adulto, y que el fin de la justicia no sería acomodar el procedimiento a las necesidades emocionales especiales de cada persona, sino más bien crear condiciones adecuadas para la búsqueda de la verdad. La recepción del testimonio en privado solo se justifica si dicho procedimiento demuestra ser superior al tradicional en términos de la calidad y extensión de las declaraciones brindadas por el testigo bajo dicha condición. La protección emocional del testigo no puede ser un fin en sí mismo, sobre todo si se demuestra que bajo recepción en privado el testimonio es de inferior calidad o presenta desventajas en relación con otras formas de recepción.

En cuanto a la manera de interrogar al menor, el quinto párrafo del artículo 352 establece límites al tipo de preguntas a las que un testigo menor (o de cualquier edad) puede ser sometido:

"Quien preside moderará el interrogatorio y evitará que el declarante conteste *preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes*, procurará que el interrogatorio se conduzca sin *presiones indebidas* y sin *ofender la dignidad* de las personas."

Este inciso reconoce el poder sugestivo de la comunicación humana, poniendo límites al carácter de las preguntas permisibles durante el interrogatorio. En este

punto es necesario recordar que esta disposición no constituye un aporte nuevo de este código pero, en el contexto de las demás medidas precautorias, contribuye en su especie a aliviar el paso emocional del menor, sobre todo del ofendido, por el proceso penal.

Una última observación en torno a la protección relativa del testigo u ofendido frente al imputado, por medio del trato que se les brinda durante el interrogatorio, revela que el artículo 96 establece condiciones mucho más elaboradas y extensas para la protección del imputado, a saber:

"En ningún caso, se le requerirá al imputado juramento ni promesa de decir la verdad, ni será sometido a ninguna clase de coacción o amenaza, ni se usará medio alguno para obligarlo, inducirlo o determinarlo a declarar contra su voluntad, ni se le formularán cargos ni reconvencciones tendientes a obtener su confesión.

Estarán prohibidas las medidas que menoscaben la libertad de decisión del imputado, su memoria o la capacidad de comprensión y dirección de sus actos, en especial, los malos tratos, las amenazas, el agotamiento, la violencia corporal, la tortura, la administración de sicofármacos y la hipnosis.

La promesa de una ventaja solo se admitirá cuando esté específicamente prevista en la ley.

Si por la duración del acto se notan signos de fatiga o falta de serenidad, la declaración será suspendida, hasta que desaparezcan.

Las preguntas serán claras y precisas; no estarán permitidas las capciosas o sugestivas y las respuestas no serán instadas perentoriamente."

Si se sustituye la palabra imputado por la palabra testigo menor u ofendido menor, muchas de las medidas reservadas para el imputado son generalizables al testigo u ofendido. Véase, por ejemplo, la delicadeza de trato implicada en el cuarto párrafo: "Si por la duración del acto se notan signos de fatiga o falta de serenidad, la declaración será suspendida, hasta que desaparezcan". En el contexto de un testigo menor u ofendido, una disposición de esta naturaleza tiene al menos tanto sentido como el que tiene en el contexto de un imputado adulto. En el mismo orden de cosas, aplicando una parte del segundo párrafo del mismo artículo al testigo u ofendido, se obtiene: "Estarán prohibidas las medidas que menoscaben la memoria o la capacidad de comprensión del testigo u ofendido", lo cual tendrá

mucha vigencia en relación con la problemática de la sugestionabilidad en la memoria, especialmente tratándose de menores de corta edad.

### Peritos y peritajes

El tema del peritaje es regulado por los artículos desde el 213 hasta el 224. En esta sección se hacen algunas observaciones relativas a los peritos, el peritaje y el testimonio de menores.

El artículo 214 establece que "los peritos deberán poseer título habilitante en materia relativa al punto sobre el cual dictaminarán". Sin embargo, en materia de testimonio de menores, el peritaje y testimonio de expertos (ej.: psicólogos, psiquiatras, trabajadores sociales, etc.), a pesar de sus títulos profesionales, adolece muchas veces de serias deficiencias, siendo una de las principales el desconocimiento de la literatura científica relevante. Como parte de un análisis crítico del asunto, Ceci y Bruck (1993) comentan lo siguiente:

"El hecho de que la comunidad judicial no esté dispuesta a evaluar críticamente el testimonio de expertos en ciencias sociales refleja en alguna medida una comprensión incompleta e imprecisa de la base de conocimientos relevante, pero también refleja, en el caso de la confiabilidad de los reportes de los niños, una brecha entre la práctica clínica y la investigación en ciencias sociales. Consecuentemente, en aquellos casos donde la práctica clínica no es informada por los resultados de las investigaciones, los clínicos y los científicos sociales podrían presentar testimonio experto diametralmente opuesto sobre un mismo asunto" (p. 21).

Una vez seleccionados los peritos, ellos mismos fijarán los temas específicos que serán objeto de la peritación (artículos 215 y 216), teniendo todas las partes derecho a proponer temas y objetar los propuestos por las otras. Además, el artículo 217 propone que, cuando sea posible y pertinente, los peritos deberán ejecutar el examen conjuntamente. El mismo artículo prevé que las partes y sus consultores técnicos tienen el derecho de presenciar la realización del peritaje y solicitar las aclaraciones que crean convenientes. Por supuesto que los peritos podrán dictaminar, por separado, cuando existan desacuerdos irreconciliables entre ellos (artículo 218).

Finalmente, en el caso de los menores agredidos o las personas agredidas sexualmente, el artículo 221, antes mencionado, propone que cuando deban realizarse

diferentes pruebas periciales (ej.: psicológicas y medicolegales), "deberá integrarse, en un plazo breve, un equipo interdisciplinario, con el fin de concentrar en una misma sesión las entrevistas que requiere la víctima", y añade que "antes de la entrevista, el equipo de profesionales deberá elaborar un protocolo de ella y designará, cuando lo estime conveniente, a uno de sus miembros para que se encargue de plantear las preguntas".

El sistema de peritación pasa a ser un sistema intencionalmente colegiado (Florián, 1933). La complejidad del proceso de peritación antes descrito, aunada al contexto de la pluralidad de intereses antitéticos en juego, arroja serias dudas en cuanto a la viabilidad del mismo. Los peritos son amigos de las partes, no del tribunal, y en virtud de los intereses para los que fueron contratados, sus opiniones podrían contener un acento poco más o menos pro víctima o pro imputado, según sea el caso. Es posible que, en no pocas ocasiones, al valorar la prueba, el tribunal termine sopesando una diversidad de opiniones inconmensurables o contradictorias. Al final se impondrán aquellos expertos que logren persuadir al tribunal. Idealmente, la causa de su mayor poder de persuasión debería estar anclada en su capacidad para fundamentar mejor sus inferencias y conclusiones, apoyándolas sobre una base científica y racional. Sin embargo, si los miembros del tribunal carecen del conocimiento necesario y suficiente para comprender críticamente los informes periciales, la valoración corre el riesgo de teñirse de sesgos, prejuicios y gustos personales, alejándose de la sana crítica.

### Consultores técnicos

El artículo 126 prevé la participación de peritos en calidad de consultores técnicos, quienes son expertos en alguna ciencia, arte o técnica que pueden presenciar las operaciones periciales, acotar observaciones durante su transcurso, sin emitir dictamen, quedando constancia de sus observaciones. Pueden, además, acompañar a las partes con quien colaboran en las audiencias, auxiliarlas en los actos propios de su función o interrogar directamente a los peritos, traductores o intérpretes, siempre bajo la dirección de la parte que asisten.

Peritos y consultores técnicos podrían erigirse en una especie de torre de Babel, cuyos miembros hablan lenguas diferentes producto de los intereses contrapuestos que representan. Los menores son los que quizá salgan perjudicados en un proceso en el cual ellos serían la piñata de una fiesta a la cual han sido directamente convidados los peritos y consultores, pero que indirectamente también participan los demás buscadores de "su verdad de los hechos".

### Valoración de la prueba y fundamentación de sentencias y autos

El artículo 184 establece que el tribunal determina el valor relativo de cada uno de los elementos de prueba con *aplicación estricta* de las reglas de la sana crítica. Y especifica que "debe justificar y fundamentar, adecuadamente, las razones por las cuales les otorga determinado valor, con base en la apreciación conjunta y armónica de toda la prueba esencial". Por otra parte, en el artículo 361, relativo a las normas para la deliberación y la votación, se insiste nuevamente en que el tribunal apreciará las pruebas producidas durante el juicio, de un modo *integral* y con *estricta aplicación* de las reglas de la sana crítica. Finalmente, el artículo 369, acerca de los vicios de la sentencia que justifican la casación, en el inciso d), establece como vicio el "que falte, sea insuficiente o contradictoria la fundamentación de la mayoría del tribunal o no se hubieran observado en ella las reglas de la sana crítica, con respecto a medios o elementos probatorios de valor decisivo".

### Comentarios finales

El análisis del nuevo Código Procesal Penal muestra un énfasis histórico en la protección del menor ofendido. Si bien esto constituye, en un plano humanista, un avance, en el plano procesal se anticipan serios problemas en cuanto a la participación de terceros expertos, la duración del proceso y la valoración de la prueba testimonial.

### Participación de terceros expertos

La participación de múltiples peritos y expertos que representan intereses antagónicos, amigos de sus respectivas partes, hace pensar que, en no pocas ocasiones, dichos profesionales terminarán dictaminando u opinando por separado y, consecuentemente, el menor seguirá siendo sometido a múltiples entrevistas ante peritos privados que podrían interrogar de manera dirigida y sugestiva.

### La duración del proceso

El actual Código Procesal Penal no ofrece, en el fondo, ninguna seguridad de que la duración del proceso de investigación va a disminuir. El código solo especifica que la duración del período de investigación deberá ser "razonable", lo cual abre un portón temporal que deja sin solución algunos de los problemas clásicos del testimonio de menores: el deterioro de la memoria con el tiempo, las influencias sugestivas antes del debate y el estrés de mantener al menor de edad y a su familia en una causa pendiente de resolución por mucho tiempo. En cuanto a la duración del proceso intermedio y el proceso final de celebración del debate, el nuevo Código Procesal Penal sí

se compromete a atacarlos. Se está contando con que las fases anteriores al debate van a ser más eficientes, en el sentido de que descongestionarán de trabajo a los tribunales superiores penales.

### **La valoración de la prueba**

En la estructura procesal del nuevo código, los jueces del tribunal pasan a ser observadores y moderadores de las partes en disputa. La base fáctica y racional para que los jueces valoren situaciones y fundamenten sus decisiones será provista por las partes en disputa. Producto de una dinámica interaccional, el tribunal recibirá un conjunto de elementos preinterpretados por peritos y consultores técnicos que representan intereses en conflicto. El tribunal enfrenta la difícil tarea de valorar sabiamente la información que le ha sido presentada por expertos que, se supone, son conocedores de otras disciplinas que vienen al auxilio del Derecho. ¿Cómo ha de hacer un tribunal para cernir el valor probatorio de cada pieza de información entre una gama de posibles sesgos y prejuicios? Ciertamente, un título profesional no garantiza opiniones expertas científicamente bien fundamentadas. ¿Cómo puede un tri-

bunal distinguir entre un experto desapasionado que posee una base de conocimiento científico amplia y actualizada y un experto emocionalmente comprometido con una causa, por más noble que esta sea, y por ende atrincherado en una serie de hipótesis que le comunica al tribunal como si se tratase del conocimiento oficial de una comunidad científica? Alien y Miller (1995) opinan que "con la ayuda de tales expertos, los litigantes pueden y, si se les permite, van a explotar la profunda vulnerabilidad de información del sistema legal, a saber: los profesionales en derecho, quienes aunque expertos en leyes, no pueden navegar los cientos de campos de conocimiento especializado frecuentemente traídos a colación por las disputas legales, sin la asistencia de expertos en dichos campos". Obviamente, entre expertos cuya base de conocimiento podría ser deficiente o sesgada y jueces carentes del conocimiento necesario y suficiente para evaluar críticamente sus contribuciones, la valoración de la prueba y la fundamentación de sentencias será a menudo defectuosa. Este problema se complica aún más en el caso del testigo víctima de abuso sexual pues, en estos casos, la prueba testimonial es, a menudo, la única prueba con la que cuenta el juzgador.

### **BIBLIOGRAFÍA**

- Allen, R.J. & Miller, J.S. (1995). The Expert as Educator: Enhancing the Rationality of Verdicts in Child Sex Abuse Prosecutions. *Psychology Public Policy and Law*, 1(2), 323-338.
- Castillo, F. (1982). *El delito de falso testimonio*. San José, Costa Rica, Editorial Juricentro S.A.
- Ceci, S. J. & Bruck, M. (1993). Child Witnesses: Translating Research Into Policy. *SRCD Social Policy Report*, 7(3), 1-30.
- Ceci, S. J. (1994). Cognitive and Social Factors in Children's Testimony. En B. D. Sales & G. R. VandeBos (Eds.), *Psychology in Litigation and Legislation* (pp. 13-54). Washington DC: American Psychological Association.
- Código de Procedimientos Penales de la República de Costa Rica*, San José, Costa Rica, Porvenir 6ª edición, 1991.
- Código Procesal Penal de la República de Costa Rica*. (1996). Asamblea Legislativa de la República de Costa

Rica (Plenario 7594, aprobada el 28 de marzo de 1996).

*Código de Procedimientos Penales de 1910.* (1966). Edición preparada por A. Vicenzi. San José, Costa Rica, Lehmann.

*Código General de la República de Costa Rica de 1841.* (1858). Edición preparada por R. Ramírez. New York: Wynkoop, Hallenbeck y Thomas.

Florián, E. (1933). *Elementos de Derecho Procesal Penal.* Barcelona, Bosch.

Goodman, G. S. (1984). Children's Testimony in Historical Perspective. *Journal of Social Issues*, 40(2), 1-32.

Matamoros, M. (1999). *Los dilemas del testimonio de menores (sugestionabilidad y credibilidad) y los fines de la justicia.* Documento sometido a publicación, pp. 1-23.