

Abuso sexual de menores: derechos de la víctima v. derechos del acusado; ¿Se puede hacer justicia vía T.V.?*

Athos Vega De Jesús**

Introducción

En un sistema de justicia, como el que ofrece nuestro Estado de Derecho, existe la posibilidad de que una persona inocente se encuentre preso por un delito que no cometió. En el caso del abuso sexual de menores, el que esto suceda es especialmente cruel porque la persona inocente convicta de tan despreciable delito usualmente sufre represalias tanto por parte de la comunidad penitenciaria como de la comunidad civil. Aun si el caso termina antes de llegar a juicio, el acusado podría gastar miles de dólares en honorarios de abogado y sufrir un daño irreparable, indistintamente de la veracidad de la acusación.

A nadie le perturbaría la idea de sacar de circulación a un enfermo sexual, sin embargo, como estudiantes de Derecho o miembros de la comunidad jurídica en general, debe parecer insólito que alguien inocente vaya a prisión convicto de tan horrendo y despreciable delito.

Recientemente en Puerto Rico se implementó una ley que podría aumentar las probabilidades de encarcelar a un inocente por el delito antes mencionado. Esta ley permitirá, por vez primera en Puerto Rico, presentar el testimonio de un menor, alegada víctima de abuso sexual, mediante un sistema televisivo de circuito cerrado. Con este sistema, el acusado puede observar a la víctima, pero ésta no puede ver al acusado. Por un lado, la mente jurídica piensa en el derecho constitucional del acusado a confrontar los testigos en su contra; por otro, hay que considerar que la confrontación podría ser perjudicial para el menor. Aunque la percepción

* El autor desea dedicar este trabajo a su familia y a un gran amigo, el Profesor Thomas C. Pryde.

** Estudiante de segundo año. Miembro del Cuerpo de Investigadores, Redactores y Correctores de la *Revista de Derecho Puertorriqueño*.

general es que los niños no mienten, bajo ciertas presiones las circunstancias cambian. Los menores son muy propensos a la sugestión y muchas veces se les hace difícil diferenciar entre la realidad y la fantasía y pueden mentir por complacer a un adulto.

En un caso donde sea necesario el testimonio de un menor, permitir que éste testifique sin tener que confrontarse con el acusado, haría mucho más difícil la encomienda del juzgador de los hechos. Con la presunción de inocencia, el debido proceso de ley y la cláusula de confrontación parecería virtualmente imposible que un inocente vaya a prisión basado en un testimonio que no es necesariamente el más confiable. La nueva legislación sólo empeora una situación de por sí precaria. Este artículo intenta ilustrar las posibles implicaciones de esta legislación basándose en los resultados de una investigación, que es en parte el producto de estudios de varios sicólogos especializados en menores.

Tanto la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico¹ como la de los Estados Unidos² contienen unos derechos para los acusados en casos criminales de modo que tengan un juicio justo.³ Uno de estos derechos es el de *ser confrontado con los testigos en su contra*.⁴ En los casos de abuso sexual de menores el enfrentarse al acusado podría constituir un trauma y daño aun mayor para el menor abusado.⁵ Existe además el problema de que el menor pueda no hablar ante un grupo de personas desconocidas sobre los hechos que le causaron dicho

¹ CONST. E.L.A. art. II, § 11.

² U.S. CONST. amend. VI.

³ U.S. CONST. amend. VI. Esta reza:

In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to speedy public trial, by an impartial jury [...]to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of counsel for his defense.

⁴ U.S. CONST. amend. VI y CONST. E.L.A. art. II, § 11.

⁵ Paula E. Hill & Samuel H. Hill, *Videotaping Children's Testimony: An Empirical View*, 85 MICH. L. REV. 809 (1987).

trauma.⁶ Sería necesario acostumbrar al menor a un ambiente desconocido y prepararlo para participar en un proceso que la mayoría de los adultos consideran horroroso.

Para minimizar el trauma al menor abusado de tener que testificar en corte abierta y a la vez garantizar al acusado sus derechos consagrados en la Sexta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, treinta y ocho estados de la Unión Americana⁷ y el Estado Libre Asociado de Puerto Rico⁸ han adoptado mecanismos alternos al testimonio del menor en corte.⁹ Este tipo de legislación, diseñada para esconder a la víctima de la vista del acusado, está en conflicto con las garantías de la Cláusula de Confrontación de la Constitución Federal.¹⁰ La jurisprudencia federal ha modificado y ciertamente menoscabado los derechos enmarcados en la Sexta Enmienda, hasta el punto de decidir que la Cláusula de Confrontación *no requiere como elemento indispensable el careo con los testigos*.¹¹

La primera parte de este artículo presenta un breve recorrido histórico de la Cláusula de Confrontación. La segunda parte presenta la metamorfosis jurisprudencial sufrida por ésta a través de los años y la creación de excepciones a la

⁶ Goodman S. Helgeson, *Child Sexual Assault. Children's Memory and the Law*, 40 U. MIAMI L. REV. 181 (1985).

⁷ Alabama, Arizona, Arkansas, California, Colorado, Connecticut, Delaware, Florida, Hawaii, Illinois, Indiana, Iowa, Kansas, Kentucky, Maryland, Massachusetts, Michigan, Minnesota, Mississippi, Missouri, Montana, Nebraska, Nevada, New Hampshire, New Mexico, Ohio, Oklahoma, Oregon, Pennsylvania, Rhode Island, South Carolina, South Dakota, Tennessee, Texas, Utah, Vermont, Wisconsin y Wyoming.

⁸ Ley Núm. 31 de 16 de marzo de 1995, 5ta. sesión ordinaria (la cual entró en vigor el 15 de septiembre de 1995).

⁹ Estos consisten desde interponer un *screen* entre el menor y el acusado, testimonio grabado en videotape, hasta el uso de un sistema televisivo de circuito cerrado de una o dos vías. En el caso de Puerto Rico se trata de una sola vía. Veinticuatro de los estados mencionados en la nota #7 permiten el sistema de una vía, ocho el de dos vías y los treinta y ocho el del uso del videotape.

¹⁰ U.S. CONST. amend. VI: "In all criminal prosecutions the accused shall enjoy the right [...] to be confronted with the witnesses against him[...]"

¹¹ Véase *Maryland v. Craig*, 497 U.S. 836 (1990); en el caso de Puerto Rico sucede lo mismo, véase además, *Pueblo v. Ruiz Lebrón*, 111 D.P.R. 435, 442 (1982), *Pueblo v. Ríos Noguera*, 114 D.P.R. 256, 263 (1984).

misma. La tercera parte examina la confiabilidad del testimonio del menor. La cuarta parte explora si este testimonio cumple con los requisitos del Debido Proceso de Ley. Presenta, además, los resultados de estudios sobre los efectos de la confrontación en el menor. Finalmente, se discute si podría un jurado diferenciar entre un testimonio real y uno ficticio prestado por un menor y se sugiere un sistema ya probado como alternativa para reducir la probabilidad de radicar cargos contra un inocente.

Este artículo concluye que la interpretación que dio base constitucional a este tipo de legislación es contraria a la historia y al precedente; que el sistema alterno es más dañino que beneficioso; que viola la Cláusula de Confrontación, el Debido Proceso de Ley y hace más difícil el proceso de impartir justicia. El trauma, si alguno, sufrido por el menor es por lo regular temporero, mientras que el daño al acusado pudiera ser permanente. Por último, se sugiere explorar otros métodos para facilitar la búsqueda de la verdad.

I. Perspectiva histórica

Según el diccionario de la Real Academia Española,¹² *confrontación* significa *careo entre dos o más personas*. Confrontar viene a su vez del latín *cum*, (con), y *frons*, *frontis*, (la frente). De manera que el derecho al careo o a la confrontación confiere, por lo menos, un derecho a verse cara a cara con todos los que presenten evidencia en su contra.¹³ La jurisprudencia ha dicho que no existe una certeza con respecto a la intención de la Cláusula de Confrontación, pero la realidad es que ésta cuenta con un gran arraigo histórico.

La confrontación estaba latente en el Imperio Romano.¹⁴ En el siglo I D.C. el Emperador romano Trajano aconsejó al

¹² REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA 539 (XXI ed., 1992).

¹³ Véase *Chambers v. Mississippi*, 410 U.S. 204 (1973). El acusado tiene también derecho a confrontarse con sus propios testigos cuando el testimonio de éstos le resulte adverso.

¹⁴ Véase *Coy v. Iowa*, 487 U.S. 1012, 1015-1016 (1985).

gobernador de Bitinia que *acusaciones anónimas no pueden ser admitidas en evidencia contra ninguno, ya que introduciría un precedente peligroso y no sería acorde con el espíritu de nuestros tiempos*.¹⁵

Algunos autores han rastreado el derecho del acusado a carearse con los testigos hasta el Derecho Común. Estos proclaman que este derecho surgió de los abusos ocurridos en el juicio de Sir Walter Raleigh. Raleigh fue acusado de traición por conspirar con Lord Cobham para coronar a Anabella Stuart como reina de Inglaterra y procurar la invasión del reino por enemigos.¹⁶ La única evidencia contra Raleigh era la confesión de Lord Cobham, obtenida en un proceso en el cual Raleigh ni estuvo presente ni estuvo representado por su abogado. Raleigh exigió su derecho a confrontarse con Lord Cobham, pero este derecho le fue denegado. Raleigh fue ejecutado, sin embargo, dejó un precedente: había exigido carearse con los testigos en su contra.

No obstante, la Corona temía que en casos tales como el de Raleigh los testigos cambiaran su versión o testimonio al enfrentarse cara a cara con el acusado. La Corona se negó a poner en peligro a los testigos utilizando este método de encontrar la verdad. Esto causó protestas entre los ingleses, el Parlamento y los colonos quienes conocían a Raleigh muy bien.¹⁷ Tales protestas se convirtieron en motines, luego de que un ministro muy respetado, llamado John Lilburne, fuese convicto de traición sin que se le permitiera confrontar a los testigos en su contra.¹⁸ Esta protesta obligó al gobierno inglés, en 1650, a convertir el derecho a la confrontación en una norma

¹⁵ Daniel H. Pollitt, *The Right of Confrontation: Its History and Modern Dress*, 8 J. PUB. L. 381, 384 (1959).

¹⁶ Kenneth W. Graham, *The Right of Confrontation and the Hearsay Rule: Sir Walter Raleigh Loses Another One*, 8 CRIM. L. BULL. 99-100 (1972).

¹⁷ Pollitt, *supra* nota 15.

¹⁸ Randall L. Hagan, *Comment, Maryland's Child Abuse Testimony Statute: Is Protecting the Child Witness Constitutional?*, 49 MD. L. REV. 463, 465 (1990) (citando a Pollitt, *supra* nota 15, págs. 389-390). En el año 1645 John Lilburne fue acusado de traición por importar libros ilegalmente que atacaban al Obispo de la Corona. No se le permitió confrontar a sus acusadores. Fue encarcelado, lo que resultó en protestas contra Carlos I y la Iglesia Anglicana.

de Derecho Común.¹⁹ De allí en adelante la confrontación fue parte de todo juicio en Inglaterra.

En las Colonias Americanas los Tribunales de Brujas de Salem dieron paso al derecho a la confrontación en el Nuevo Mundo. En el Siglo XVII los oficiales de Massachusetts, ansiosos por lograr más convicciones, escuchaban a cualquiera que estuviera dispuesto a relatarle algún encuentro con una bruja.²⁰ Dichos oficiales a menudo torturaban a individuos hasta que éstos produjeran nuevos nombres de brujas.²¹ Basándose en estas declaraciones, las alegadas brujas eran juzgadas sin la oportunidad de confrontarse con sus acusadores y posteriormente eran ahorcadas.²²

El 10 de junio de 1692 el Juez Saltonstall, uno de los siete jueces de la Corte de Brujas, renunció porque no se permitió al acusado confrontarse con sus acusadores y el juez no estaba satisfecho con la evidencia presentada. Los mismos procedimientos continuaron siendo usados a pesar de esta renuncia. El reverendo Increase Mather, embajador de Massachusetts en Inglaterra y Presidente del Colegio de Harvard, disgustado con los procedimientos de la Corte de Brujas declaró: *Es preferible que diez alegadas brujas escapen a que una persona inocente fuese condenada; prefiero juzgar a una bruja como una mujer honesta que a una mujer honesta como una bruja.*²³ Ante la insistencia de Mather la legislatura aprobó un mandato requiriendo evidencia sustancial y la oportunidad de carearse con sus acusadores antes de una convicción. Luego de este mandato muy pocas personas estaban dispuestos a testificar por lo que el gobernador de Massachusetts ordenó la

¹⁹ Tres años más tarde el Parlamento declaró la sentencia contra Lilburne ilegal por lo que fue dejado en libertad. En 1649 fue acusado de traición nuevamente, pero esta vez se le permitió carearse con sus acusadores. Pollitt, *supra* nota 15, págs. 389-390.

²⁰ Véase Jackeline Miller, *Note the True Value of the Confrontation Clause: a Study of Child Sex Abuse Trials*, 82 GEO. L. J. 1605 (citando a DAVID D. HALL, WITCH HUNTING IN SEVENTEENTH CENTURY NEW ENGLAND 8 (1991)).

²¹ *Id.*

²² Véase Miller, *supra* nota 20 (citando a PAUL BOYER & STEPHEN NISSENBAUM, THE SALEM WITCHCRAFT PAPERS (1977)).

²³ *Id.*

descontinuación y desmantelamiento del tribunal de brujas de Salem el 29 de octubre de 1692. Posteriormente la mayoría de la colonias aprobaron legislación similar. Esta razón fue más que suficiente para que el Primer Congreso aprobara, sin debate alguno, la inclusión de la Cláusula de Confrontación en la Sexta Enmienda. Ya el debate se había llevado a cabo en los siglos anteriores.

II. Metamorfosis de una cláusula: de Derecho Constitucional a insignificante

Según la perspectiva histórica, la intención de los Padres de la Constitución de los Estados Unidos al escribir la Sexta Enmienda fue proveer un método para encontrar la verdad en los procesos criminales y, a su vez, garantizar unas medidas de precaución que asegurasen un juicio justo. En ningún lugar en el texto de la Constitución se indica que la verdad puede ser descubierta proveyéndole al acusado sólo algunos de los derechos enumerados en la Sexta Enmienda. A nadie se le ocurriría decir que si un acusado se le concede un juicio rápido y público entonces no sería necesario informarles de los cargos en su contra.

En *Dowell v. U.S.*²⁴ el Tribunal Supremo de los Estados Unidos²⁵ interpretó que la confrontación era meramente parte del proceso del contrainterrogatorio.²⁶ En *Snyder v. Massachusetts*²⁷ el Juez Cardozo restringió aún más la confrontación diciendo que la presencia del acusado en el Tribunal era crucial solamente durante el contrainterrogatorio. No hizo referencia a la presencia del acusado en otras partes del proceso. En *Douglas v. Alabama*²⁸ se dijo que una oportunidad adecuada para contrainterrogar podía satisfacer la

²⁴ 221 U.S. 325 (1911).

²⁵ En adelante Tribunal Supremo o Tribunal.

²⁶ Véase *Dowell*, 221 U.S., pág. 330.

²⁷ 291 U.S. 97 (1934).

²⁸ 380 U.S. 415 (1965).

Cláusula de Confrontación, aun en ausencia de confrontación física.²⁹

Eventualmente el Tribunal Supremo, en *Pointer v. Texas*³⁰ dijo que: *el derecho a la confrontación era contiguo a la Sexta Enmienda... no completamente eliminado, pero ciertamente secundario al contrainterrogatorio.*³¹

En *California v. Green*³² basándose en el concepto o doctrina establecido en *Pointer*, el Tribunal dijo: *observar a los testigos ayuda al jurado a determinar su credibilidad...[aunque observar el demeanor es importante], pero si el jurado perdiera alguna de esa evidencia, los derechos del acusado no serían necesariamente violados.*³³ Como es obvio, ya la transición estaba completa. El derecho a la confrontación era secundario al contrainterrogatorio y no aseguraba necesariamente un careo con los testigos de cargo.

A. Desarrollo de las excepciones a la Cláusula de Confrontación

Esencialmente se podía prescindir de la confrontación o el contrainterrogatorio cuando la defensa renunciaba a éstos voluntariamente o simplemente no comparecía al juicio,³⁴ cuando un testigo había hecho una declaración al momento de su muerte,³⁵ cuando un testigo había testificado en un primer juicio, pero no estaba disponible para testificar en un segundo juicio del mismo caso³⁶ o cuando un testigo había hecho previamente una declaración bajo juramento (*e.g.*, en una vista preliminar) y no estaba disponible para el juicio a pesar del esfuerzo de traerlo al tribunal.

²⁹ *Id.* pág. 418.

³⁰ 380 U.S. 400 (1965).

³¹ *Id.* págs. 406-407.

³² 399 U.S. 149 (1970).

³³ *Id.* págs. 158-160.

³⁴ Véase *Snyder v. Massachusetts*, 291 U.S. 97 (1934).

³⁵ Véase *Mattox v. U.S.*, 156 U.S. 237, 244 (1895).

³⁶ *Id.* pág. 245.

Debido a que el Tribunal Supremo enfatizó en el conainterrogatorio por encima de la confrontación como mecanismo para descubrir la verdad, cuando se aprobaron las Reglas de Evidencia Federales, éstas estaban enfocadas en el conainterrogatorio y sus excepciones. Nunca el Congreso debatió o definió excepciones al derecho a la confrontación. Esto dejó al Tribunal Supremo de los Estados Unidos la gran responsabilidad de crear excepciones a la confrontación caso a caso.

Los casos de abuso sexual de menores proveyeron la oportunidad al Tribunal de crear excepciones, ya que el trauma y el daño sufrido por el menor era mayor en el caso de los que testificaban que en el caso de los que no testificaban. Es importante señalar que el miedo de los menores a enfrentarse a su agresor es frecuente entre los que esperan que el juicio se lleve a cabo. Además, en un estudio, el noventa por ciento de los casos de abuso sexual de menores fueron desestimados porque el menor no podía enfrentarse y testificar contra padres o personas en el rol de padres en una corte.³⁷ Por lo tanto, la mayoría de los padres optan por no continuar con el caso para así evitar que la víctima sufra daños y traumas adicionales.

La doctrina de *Parens Patriae* y su deseo de proteger a los menores víctimas de abuso sexual crea al Estado el siguiente dilema: podría proseguir con el caso, con la probabilidad de lograr la convicción de un enfermo sexual o retirar los cargos y así evitar a la víctima un trauma mayor.³⁸ Tendría que retirar los cargos, ya que el menor es por lo regular el único testigo y sin su testimonio el caso no puede seguir.³⁹ Si por el contrario, se decide continuar el caso, el *issue* de la confrontación se trae a colación de inmediato. Ante esta situación, el juez tiene que decidir entre hacer valer el derecho a la confrontación del acusado, probablemente causando al niño mayor daño, u

³⁷ Véase *Store v. Sheppard*, 484 A. 2d. 1330, 1333 (N.J. 1984).

³⁸ P. E. Hill & S. H. Hill, *supra* nota 5, pág. 828 (explica aquí el trauma psicológico que el niño-víctima podría sufrir por testificar).

³⁹ Sharon Parker Brustein, *Comment, Coy v. Iowa: Should Children Be Heard and Not Seen?*, 50 U. PITT. L. REV. 1187, 1189 (1989).

obviar el derecho a la confrontación y encontrar la manera de que el menor testifique sin enfrentarse al acusado.

En *Ohio v. Roberts*⁴⁰ el Tribunal explicó que era permisible admitir prueba de referencia si el declarante no estaba disponible para el contrainterrogatorio, siempre y cuando existiera suficiente indicio de confiabilidad en dicho testimonio, pero no se comprometió creando una regla de exclusión total.⁴¹ Con esto se estableció que se podría admitir este tipo de evidencia si ésta constituía *harmless error* (error no perjudicial) y si esa era la única manera de presentar tal evidencia. Basándose en *Ohio v. Roberts*⁴² los legisladores estatales, por analogía, convirtieron a los menores que no podían testificar, dado el trauma que esto les ocasionaría, en el declarante no disponible a que se refería la prueba de referencia.

Había dos maneras en que el menor fuese declarado no disponible. La primera era si un experto testificaba que el menor se traumatizaría si tuviera que testificar frente al acusado. La otra manera era traer al menor en una vista antes del juicio con el acusado presente y el juez observaría el comportamiento del menor.⁴³ Si el juez determinaba que el menor se afectaría, entonces decidiría que el menor no tenía que testificar frente al acusado.⁴⁴

Dada la gran cantidad de legislación proveyendo el mecanismo alternativo que omitía la confrontación, le llegó el día al Tribunal Supremo de los Estados Unidos de expresarse al respecto. El caso de *Coy v. Iowa*⁴⁵ le brindó esa oportunidad por primera vez. El Tribunal determinó que era inconstitucional la interposición de un *screen* entre el testigo (alegada víctima de abuso sexual) y el acusado para así evitarle trauma al menor.⁴⁶

⁴⁰ 448 U.S. 56 (1980).

⁴¹ Véase *Pueblo v. Esteves Rosado*, 110 D.P.R. 334, 339 (1980) (en donde procede de igual forma el Tribunal Supremo de Puerto Rico).

⁴² 448 U.S. 56 (1980).

⁴³ Theresa Cusick, *Televised Justice: Toward a New Definition of Confrontation Under Maryland v. Craig*, 40 CATH. U. L. REV. 967, 979 (1991).

⁴⁴ *Id.*

⁴⁵ 487 U.S. 1012 (1985).

⁴⁶ *Id.* pág. 1022.

El *screen* impide a la víctima ver al acusado, pero éste, el juez, el jurado y todos los presentes podían ver al menor tenuemente.⁴⁷ Todo este procedimiento estaba justificado por la presunción general de que todos los menores que testificaran frente a su agresor, en caso de abuso sexual, estarían traumatizados. Esta presunción de trauma generalizada se determinó que violaba el derecho a la confrontación del acusado.

El Juez Scalia escribió la opinión mayoritaria y definió la Cláusula de Confrontación como *un mínimo de confrontación cara a cara*⁴⁸ Dijo además, *es siempre más difícil decir una mentira sobre una persona en su cara que a sus espaldas...en la primera aun si se dice una mentira, a menudo, se percibe menos convincente.*⁴⁹

La razón era la siguiente, a pesar de que los testigos no tienen que mirar al acusado a los ojos mientras testifican, la noción de que se está testificando en la presencia de alguien que sabe si se está o no diciendo la verdad asegura la integridad del proceso de descubrimiento de hechos.⁵⁰

El Juez Scalia añadió: *hemos reconocido que otros tipos de violaciones a la Cláusula de Confrontación están sujetos al análisis de error no perjudicial (Harmless Error Analysis)...y no vemos razón alguna para negar que la confrontación cara a cara sea tratada del mismo modo.*⁵¹ Además explicó que *si se eliminaba la confrontación cara a cara y existían indicios de confiabilidad del testimonio admitido, dicha admisión debía ser considerada un error no perjudicial.*⁵²

Con esta decisión se dio a entender que podrían existir excepciones a la Cláusula de Confrontación, incluso en los casos en que los testigos estuvieran disponibles. El Tribunal prosiguió diciendo cuán dificultoso era probar que el testimonio del menor era confiable.

⁴⁷ 487 U.S. 1014-1015.

⁴⁸ *Id.* pág. 1019.

⁴⁹ 487 U.S. 1019.

⁵⁰ *Id.* pág. 1013.

⁵¹ 487 U.S. 1021 (citando a *Delaware v. Van Arsdall*, 475 U.S. 679, 684 (1986)).

⁵² *Id.* (la eliminación del careo no es aceptable porque el testigo estaba disponible y, de éste no sentarse a testificar ante el acusado, la confiabilidad de sus declaraciones estaría en duda).

Concluyó el Juez Scalia que: *el omitir el testimonio del menor era un error porque el Juez no podría determinar con certeza que dicha admisión sin confrontación sería sin perjuicio.*⁵³

En el caso de *Maryland v. Craig*⁵⁴ el Tribunal encontró una manera de justificar la eliminación de la confrontación en caso de abuso sexual de menores. Este caso de *Craig* es muy parecido al de *Coy v. Iowa*.⁵⁵ Alegadamente hubo abuso sexual de menores, pero en vez del *screen* iban aún más lejos y sacaban al menor de la sala y lo ponían a testificar por medio de un sistema de circuito cerrado de una vía, por cierto, muy parecido al que se acaba de implantar en Puerto Rico.⁵⁶ El acusado veía lo que sucedía por medio de un televisor y se podía comunicar con su abogado por medio de un dispositivo electrónico. No se vislumbraba razón alguna para pensar que el Tribunal Supremo consideraría el testimonio de menores-testigos, víctimas de abuso sexual, en *Craig*, como menos perjudicial que en *Coy*.

Se debe recordar que en *Coy* el Tribunal sostuvo que el testimonio de los menores no era, necesariamente, confiable. De acuerdo con esa decisión, el testimonio del menor sin el careo era perjudicial.⁵⁷ Por lo tanto, si el Tribunal en *Craig* permitía que el menor testificara sin confrontarse, tendría que obviar si dicho testimonio constituía o no error perjudicial (*Harmless Error*) por razón de la poca confiabilidad del mismo.

Desafortunadamente eso fue exactamente lo que hizo el Tribunal en *Craig*. Determinó que si el derecho al contrainterrogatorio era renunciable entonces, siendo el derecho a la confrontación menos importante, también era renunciable por razones aun más benignas.⁵⁸ La Juez O'Connor

⁵³ 487 U.S. pág. 1021.

⁵⁴ 497 U.S. 836, 854-857 (1990).

⁵⁵ 487 U.S. 1012 (1985).

⁵⁶ Ley Núm. 31 de 16 de marzo de 1995, 5ta. sesión ordinaria.

⁵⁷ Véase *Coy*, 487 U.S. 1012 (1985).

⁵⁸ Véase *Craig*, 497 U.S., pág. 855.

desarrolló esta excepción⁵⁹ basándose en una política pública pertinente. Explicó que el Estado debía demostrar adecuadamente una necesidad, debía demostrar que el interés del Estado en proteger al menor del trauma de testificar en un caso de abuso sexual era suficientemente importante para justificar el uso de un procedimiento especial que permitiera a un testigo testificar sin tener que carearse con el acusado.⁶⁰ No consideraron el elemento, tan crucial, de la confiabilidad del testimonio. También omitieron el hecho de que sólo se podía obviar el careo si esto constituía error no perjudicial.

El Tribunal en *Craig* estableció que el Estado tiene un interés apremiante en proteger a los menores víctimas de abuso sexual de sufrir un trauma aún mayor. Ese interés va por encima del derecho del acusado a confrontarse si se prueba que existe una necesidad. Si se establece que testificar traumatizaría al menor, se cumple con los requisitos de necesidad e interés apremiante. Por lo tanto, los estatutos aprobados a los fines de evitar el trauma son consistentes con la Cláusula de Confrontación.⁶¹ Razona el Tribunal que ya que el trauma distorsiona el testimonio del menor, la integridad del proceso en la búsqueda de la verdad estaría mejor protegido si el menor testificara en circunstancias menos tensas.

Si el menor está diciendo la verdad, el proceso estaría protegido obviando la confrontación. Por el contrario, si el menor estuviera mintiendo, entonces el proceso estaría protegido mediante la confrontación del menor y su agresor en corte.⁶² La presencia cara a cara podría, desafortunadamente, afectar a una víctima de abuso sexual que esté diciendo la verdad, pero del mismo modo podría desconcertar y desenmascarar al falso acusador o revelar que el menor ha sido

⁵⁹ Ya desde *Coy* habían hablado de crear una excepción si existiera una política pública pertinente (Juez O'Connor en su opinión concurrente, *Coy*, 487 U.S., pág. 1024).

⁶⁰ *Craig*, 497 U.S., pág. 855.

⁶¹ *Id.*

⁶² Thomas L. Feher, *The Alleged Molestation Victim, The Rules of Evidence and the Constitution: Should Children Really Be Seen and Not Heard?*, 14 AM. J. CRIM. L. 227, 230-233 (1987).

asesorado por un adulto malévolo o que ha sido mal guiado por un entrevistador o trabajador social (bien intencionado) quien lo ha hecho creer en el abuso, luego de relatárselo en tantas ocasiones antes del juicio.⁶³

El Juez Scalia, en una explosiva opinión disidente, expresó que *la Cláusula de Confrontación no garantiza evidencia confiable; garantiza un procedimiento judicial específico que se pensó para asegurar evidencia confiable, entre los cuales estaba la confrontación cara a cara.*⁶⁴ Continuó diciendo que

el testigo podría ser cualquiera que sepa o vea algo, siempre que se pueda encajonar dentro de las excepciones a la prueba de referencia. Sin embargo, esta definición se excluye de la Sexta Enmienda por las palabras que siguen al nombre: testigos en su contra. Esta frase obviamente se refiere a los testigos que testifiquen contra el acusado en el juicio.⁶⁵ El interés del Estado aquí no es ni más ni menos de lo que siempre es el interés del Estado cuando intenta que algún tipo de evidencia sea admitida en un proceso criminal: más convicciones de acusados culpables. Esto no es un interés que no valga la pena, pero no debe ser disfrazado como un interés humanitario.⁶⁶

No obstante, hasta el día de hoy, el Tribunal permite que se viole el derecho a la confrontación mediante mecanismos alternos al careo.

III. La confiabilidad del testimonio de los menores

Un miembro de un jurado en un caso de abuso sexual de menores dijo: *Es muy difícil poner a alguien en prisión por algo tan serio basándose sólo en el testimonio de un niño.*⁶⁷ La razón principal de un juicio criminal es determinar la verdad de manera que el inocente pueda ser exonerado y el culpable

⁶³ Véase parte III de este artículo, La confiabilidad del testimonio de los menores

⁶⁴ Véase *Craig*, 497 U.S., pág. 862.

⁶⁵ *Id.* pág. 865.

⁶⁶ 497 U.S., pág. 867.

⁶⁷ Benett H. Beach, *Out of the Mouth of Babes*, TIME, Jan. 31, 1983, pág. 58 (citando a un miembro de un jurado no identificado de un caso de abuso sexual de menores).

pueda ser convicto. Una de las herramientas principales para descubrir la verdad es el careo.⁶⁸ Lamentablemente el derecho al careo ha sido degradado.

En los casos de menores, en los cuales existe una gran probabilidad de que los cargos sean infundados, se ha prescindido del mismo. De manera que la jurisprudencia establece una preferencia por el careo, pero dicha preferencia puede, ocasionalmente, dar paso a consideraciones de política pública y las necesidades del caso.⁶⁹ *Sólo cuando la confiabilidad del testimonio se asegure de otra manera*⁷⁰ [se puede obviar la confrontación]. Es necesario tener esto de la confiabilidad bien presente y claro, ya que si el testimonio del menor no fuese confiable se tendría que volver al careo convencional.

A. Lo que sucede desde el punto de vista del menor

Una vez el menor hace la declaración de que ha sido abusado sexualmente, el niño es llevado al hospital donde es examinado y entrevistado por un médico, es entrevistado por oficiales de la policía y trabajadores sociales. Estos trabajadores sociales determinan entonces si el menor debe o no ser removido de su hogar para protegerlo. Hay que recordar que el menor podría no haber sido objeto de abuso sexual.⁷¹ De todas maneras el menor es ahora el centro de atención; uno o ambos padres están dándole mayor atención y él puede notar que ellos están enfadados o preocupados. Cuando el niño es más joven puede no saber lo que está pasando. De esta atmósfera cargada de emociones el menor es llevado a un cuarto de entrevista con un adulto extraño. Este adulto es muy amigable y tiene muchos

⁶⁸ R. EVID. P.R. 37 y 39, 32 L.P.R.A. Ap. IV, según enmendadas, disponen en parte: El Tribunal no examinará la capacidad del testigo para comprender la obligación de decir la verdad ni exigirá a éste de expresar su propósito de decir la verdad, lo cual hará prestando juramento [...]cuando el testigo sea la víctima de un delito sexual o de maltrato y éste no haya cumplido catorce (14) años o fuere incapacitado mental.

⁶⁹ Véase *Maryland v. Craig*, 497 U.S. 836 (citando a *Mattox v. U.S.*, 156 U.S. 237 (1895)).

⁷⁰ *Id.* (citando a *Coy v. Iowa*, 487 U.S., pág. 1021 (1988)).

⁷¹ Recuérdese aquí la presunción de inocencia que cobija al acusado.

juguetes con los que el menor puede jugar. Usualmente uno de los padres se queda con el menor para que esté más tranquilo. Al rato el entrevistador empieza hacerle preguntas sobre el alegado incidente. El entrevistador tiene que encontrar palabras que el niño entienda para que de esa manera el menor narre lo que le ocurrió. El menor puede no querer hablar, ya que puede tener miedo o sentirse avergonzado. Además pudo haber sido amenazado por su agresor. Puede no sentirse cómodo hablando sobre sexo y su intimidad con el entrevistador, una persona a quien él acaba de conocer.⁷² Si el entrevistador tiene problemas para que el niño se comunique con él, éste podría proveerle al menor una muñeca. Esta muñeca, muy parecida a una niña o niño, será su juguete por un rato. Luego el entrevistador incitará al menor a que le señale en qué parte de esa muñeca fue que lo tocaron o le hicieron lo que alegadamente le hicieron. El entrevistador le asegurará al menor que todo estará bien y que su familia lo seguirá queriendo aun después de divulgar lo que le pasó. Si este proceso no tuviera éxito, el entrevistador procederá a indicarle partes del cuerpo de la muñeca⁷³ y a preguntarle si ahí fue que le tocaron. Proseguirá refiriéndose a otras partes del cuerpo y actos sexuales de acuerdo a las declaraciones iniciales del menor.

Si el menor ha sido abusado sexualmente y tiene dificultad para recordar o encontrar las palabras adecuadas o tiene miedo o vergüenza, este procedimiento podría tener efecto a los fines de ayudar al menor y adelantar su testimonio. Es importante recordar que existe la posibilidad de que el menor no haya sido

⁷² John R. Christiansen, *The Testimony of Child Witnesses: Fact, Fantasy and the Influence of Pretrial Interviews*, 62 WASH. L. REV. 705 (1987) (citando a Berliner, *The Child Witness: The Progress and Emerging Limitations*, 40 U. MIAMI L. REV. 167, 168-169 (1985)).

⁷³ Muy pocas veces las muñecas son anatómicamente correctas. A menudo los genitales están fuera de proporción sugiriéndole al menor que para complacer a los entrevistadores tiene que declarar algo con respecto a éstos. Feher, *supra* nota 62 (citando a H. Wakefield & R. Underweger, *Excerpts from the Child Witness and Sexual Abuse 5* (manuscrito no publicado; disponible a través del Institute of Psychological Therapies)).

abusado. En este caso y bajo estas circunstancias, *la entrevista podría ser un ejercicio de aprendizaje y no de recordación.*⁷⁴

Se encuentra el entrevistador por un lado y uno o ambos padres por el otro, quienes quieren que el menor declare algo que pudo o no haberle pasado. El menor confronta dificultad para entender lo que ellos quieren, pero piensa que si puede determinar qué es, y lo dice, todos estarán complacidos. Así que escucha las preguntas⁷⁵ e intenta descifrar.

El proceso de esta entrevista le da una buena idea de lo que ellos quieren. Si el menor comienza a hablar de lo que ya descifró que ellos quieren que él diga, los adultos pensarán que ya el menor superó el miedo, la vergüenza y el trauma y que les está narrando su experiencia traumática. Si por el contrario, el menor no dice nada, toda esta duda o timidez es tomada por los adultos como indicación de que el menor ha sido abusado sexualmente y que esto lo ha traumatizado, por lo que tiene dificultad para hablar al respecto. No se les ocurre que el menor pudo haber inventado esas acusaciones.

Ya el menor aprendió durante la entrevista lo que debe decir. No pasará mucho tiempo (ya sea en esta entrevista o en una posterior) para que el menor desborde todo lo aprendido ante la insistencia de éstos. Tendría que ser un niño con una gran fuerza de voluntad para no dar paso a tal persistencia y preguntas sugestivas dirigidas a que él haga unas declaraciones.⁷⁶

⁷⁴ "Yo podía descifrar lo que ellos querían que les dijera por el modo que me hacían las preguntas", dijo un niño en Minnesota quien admitió que había fabricado historias de abuso sexual. Véase Feher, *supra* nota 62 (citando a *The Youngest Witness*, NEWSWEEK, Feb. 18, 1985, pág. 74).

⁷⁵ Que en su mayoría son sugestivas.

⁷⁶ En el caso número tres, una madre le dijo a su hijo de ocho años que él no podría regresar a casa, nunca correría bicicleta, nunca más vería a su padre y sería llevado al hospital en donde le inyectar agujas, a menos que admitiese que su padre le había tocado el trasero. El padre de este niño recibió una sentencia de por vida basada en la declaración del menor. Véase Feher, *supra* nota 62 (citando a Schetky & Boverman, *Faculty Assessment of Child Sexual Abuse: Legal and Emotional Sequelae*, trabajo presentado en la Reunión Anual de la American Academy of Psychiatry and the Law, Albuquerque, N. M., Oct. 10, 1985; narrando la historia de un padre que fue exonerado quien acumuló una deuda de \$30,000 en su defensa de una acusación de abuso sexual).

Obviamente, este no es el testimonio confiable a que hacía referencia el caso de *Coy* como determinante de si existía o no *harmless error*.⁷⁷ No obstante, éste es el tipo de testimonio que se admite en corte hoy día.

En el tema de la sugestibilidad de los menores existe gran controversia. En el 1991 la Asociación Americana de Psicólogos patrocinó una conferencia de investigación especial sobre la sugestibilidad de los niños.⁷⁸ A juzgar por los resultados no es previsible una solución a esta controversia por buen tiempo, pero dicho estudio establece que existen circunstancias en las que los niños parecen ser más propensos a ser sugestionados. Por ejemplo:

1. Cuando el entrevistador utiliza lenguaje inapropiado;⁷⁹
2. Cuando el entrevistador es autoritario;⁸⁰
3. Cuando la información *engañoso* es repetida.⁸¹

⁷⁷ Véase parte II de este artículo donde habla de *Coy v. Iowa*, 487 U.S. 1012 y el *Harmless Error Analysis*.

⁷⁸ Peters, D. P., *The Influence of Stress and Arousal on the Child Witness* (1991) (citando a Doris J., *The Suggestibility of Children's Recollections*, Washington, D.C. AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION (1991)).

⁷⁹ G. S. Goodman, et. al., *Children's Memory for Stressful Event: Improving Children's Reports*, 1 JOURNAL OF NARRATIVE AND LIFE HISTORY 69, 99, (1991).

⁸⁰ Loftus, E. F. & Davies, G. M., *Distortions in the Memory of Children's*, 40 JOURNAL OF SOCIAL ISSUES 51, 67 (1984).

⁸¹ G. S. Goodman & R. S. Reed, *Age Differences in Eyewitness Testimony*, 10 LAW AND HUMAN BEHAVIOR 317, 332, (1986).

B. El fenómeno de la retractación

Otro problema que puede surgir es que el menor decida retractarse en su testimonio. Un menor, por razones tan variadas como la venganza, celos o coraje, es capaz de acusar de abuso sexual a un familiar o persona conocida aun no siendo verdad.

El fenómeno de la retractación ha sido extensamente discutido por el Dr. Roland C. Summit en su artículo *The Child Sexual Abuse Accomodation Syndrome*.⁸² En este trabajo de investigación el Dr. Summit explica cómo el menor, luego de alegar que fue abusado sexualmente, se retracta y sus razones. Cuando se retracta el menor usualmente le comunica a un miembro de su familia que él estaba mintiendo. Presentará un motivo para explicar que él o ella se inventó tal alegación porque tenía mucho coraje con su papá, pues éste lo castigó. Esta simple mentira tiene mucho menos credibilidad que unas alegaciones de abuso sexual o incesto, pero le resulta más creíble a quien lo escucha.

Los niños, víctimas de abuso sexual, enfrentan un trauma secundario en la crisis del descubrimiento de los hechos. Ellos intentan hacer una reconciliación entre sus experiencias privadas y las realidades del mundo exterior. Tienen que enfrentar los problemas de la incredulidad, la culpa y el rechazo que experimenta por parte de los adultos. La declaración del menor, por lo regular, contradice las expectativas y creencias típicas de los adultos. En vez de creerle y apoyarle lo que hacen es estigmatizarlo llamándole mentiroso.

De acuerdo con el estudio del Dr. Summit⁸³ todo niño que alega haber sido abusado sexualmente lo ha sido en efecto.⁸⁴

⁸² Dr. Roland C. Summit, *The Child Sexual Abuse Accomodation Syndrome*, 1 JOURNAL OF CHILD ABUSE 153 (1992).

⁸³ *Id.*

⁸⁴ Esto ha sido muy criticado por un grupo conocido como V.O.C.A.L. (Victims of Child Abuse Laws); éstos dicen que si el menor niega que fue abusado, fue abusado. Si dice que lo fue, lo fue, si se retracta también fue abusado. De modo que todos los

Luego que este menor comunica el abuso sexual se encuentra en una situación tan deprimente y tan llena de sentimiento de culpa y frustración que él se ve en la obligación de retractarse.

El propósito del recuento anterior es ilustrar que el testimonio del menor no siempre es confiable y no llena las expectativas que requería el caso de *Coy*⁸⁵ y que fueron obviadas en el caso de *Craig*.⁸⁶ A pesar de lo dicho por el Dr. Summit en relación con la veracidad de las declaraciones de los menores, existen estudios que han probado que en muchas ocasiones, bajo presión, los niños sí mienten. Sea por la entrevista antes del juicio o según lo dicho por Dr. Summit, existe la probabilidad de que la declaración del menor carezca de confiabilidad.

Esta investigación demostró que existe la probabilidad en casos de abuso sexual que el menor esté mintiendo. Lo mismo ocurre cuando el menor se retracta y miente para proteger la estabilidad familiar. Ciertamente este testimonio no es confiable, por lo tanto, para ser admitido debería existir algún mecanismo para aumentar su credibilidad, precisamente lo que no se logra obviando el careo entre víctima y acusado.

IV. Testimonio sugestionado y el Debido Proceso de Ley

El Debido Proceso de Ley prohíbe que se logre una convicción basándose en un testimonio que ha sido contaminado por sugestión. El Tribunal Supremo de California en *People v. Guerra*⁸⁷ no permitió el testimonio de un testigo que había pasado por un proceso de hipnosis por estar éste hiper-receptivo a la sugestiones del hipnotizador. Según el Tribunal, la persona experimenta un deseo compulso de complacer al hipnotizador dándole las respuestas que cree que éste espera.

niños han sido abusados por sus padres o éstos han permitido que sus hijos sean abusados por alguien. *VOCAL's California State Newsletter*, Sept./Oct. Vol. 4, No. 5, pág. 6 (1988).

⁸⁵ *Coy v. Iowa*, 487 U.S. 1012 (1985).

⁸⁶ *Maryland v. Craig*, 497 U.S. 836 (1990).

⁸⁷ 37 Cal. 3d. 385, 412 (1984) (citando numerosos artículos del tema de hipnosis en revistas científicas y tratadistas).

Por analogía se podría concluir que el testimonio del menor en caso de abuso sexual estaría violando dicha cláusula dado el alto grado de sugestividad⁸⁸ en estos casos. Esta similitud entre personas hipnotizadas y niños que pasan entrevistas sugestivas es inmensa y no debe pasar desapercibido.

El Debido Proceso de Ley también prohíbe enviar a prisión a una persona sin proveerle un juicio fundamentalmente justo. Según el Tribunal Supremo, la Cláusula de Confrontación se satisface al conainterrogar efectivamente.⁸⁹ Cuando un testigo altamente propenso a ser sugestionado pasa por un proceso de entrevista sugestivo es muy probable que una nueva memoria se haya creado. La memoria resultante podría estar tan metida en la mente de la víctima que las técnicas legales tradicionales, como el conainterrogatorio, podrían ser inefectivas para exponer la no confiabilidad del testimonio.⁹⁰ El Tribunal Supremo ha reconocido que en estos casos podría no lograrse un conainterrogatorio significativo,⁹¹ por lo tanto, el jurado no podría escuchar este tipo de testimonio.⁹²

El Debido Proceso de Ley no permite la convicción basada en evidencia que es producto de la sugestión. En *U.S. v. Wade*,⁹³ la corte revocó la convicción de un acusado quien fue identificado en sala por un testigo, quien lo había identificado previamente bajo condiciones sugestivas. La revocación es mandatoria cuando la totalidad de la circunstancias indica que *el proceso fue tan imprescindiblemente sugestivo como para que exista probabilidad sustancial de identificación incorrecta irreparable*.⁹⁴ Los menores testigos son altamente sugestionables. Es muy difícil imaginar que el testimonio de tal persona pudiera tener suficientes indicios de confiabilidad como para no violar el Debido Proceso de Ley. No parece que exista base para limitar

⁸⁸ Véase parte III de este artículo.

⁸⁹ Véase *Davis v. Alaska*, 415 U.S. 308, 318 (1974).

⁹⁰ Véase *People v. Guerra*, 37 Cal. 3d. 385 (1984).

⁹¹ Véase *State v. Mena*, 128 Ariz. 226 (1981) (en este caso excluyeron testimonios de testigos interrogados bajo hipnosis).

⁹² *Id.*

⁹³ 338 U.S. 218 (1966).

⁹⁴ *Simmons v. U.S.*, 390 U.S. 377, 384 (1968).

el uso de estos estándares a casos en donde el testimonio del testigo consista de una identificación.

Existe una gran congruencia lógica que no podemos ignorar. *Si un hombre acusado de abuso sexual fuera verdaderamente presumido inocente, pero se enjuiciara con tan sólo el incorroborable testimonio que es producto de entrevistas sugestivas, entonces sería lógico concluir que él no podría ser culpable más allá de toda duda razonable.* Como escribió el Juez Harlan en su opinión concurrente del caso de *Winship*, *es mucho peor que salga convicto un inocente que dejar a un culpable libre.*⁹⁵ Es menester del sistema erradicar procedimientos con alta probabilidad de convicción de inocentes.

A. Los efectos de la confrontación en el menor

Un estudio del impacto de los procedimientos en corte en niños víctimas de abuso sexual fue llevado a cabo en tres condados en el área de Denver, Colorado.⁹⁶ Este estudio enfocó exclusivamente en la experiencia de los niños en cortes criminales. En este estudio el estado psicológico de los niños fue medido cuando fueron referidos por la fiscalía y en entrevistas subsiguientes. Para este estudio se utilizó dos grupos de alegadas víctimas perfectamente pareadas en relación a raza, edad, sexo y circunstancias del caso. Los niños fueron entrevistados tres veces: a los tres meses, luego del testimonio, a los siete meses, luego del testimonio y después de terminado el caso. Los resultados de los niños que testificaron fueron comparados con los resultados de los niños que no testificaron. Habían cuarenta y seis pares de estos niños en la entrevista de los tres meses, treinta y siete pares en la de los siete meses y veinte y ocho pares en la evaluación final.

Las medidas del *status* de salud mental mostraron poca diferencia entre niños que testificaron y niños que no testificaron. Los niños que testificaron más de una vez (*e.g.*, en

⁹⁵ *In re Winship*, 397 U.S. 359, 372 (1970) (opinión concurrente del Juez Harlan).

⁹⁶ G. S. Goodman *et. al.*, *Testifying in Criminal Court, Emotional Effects on Child Sexual Assault Victims*, Monographs of the Society for Research in Child Development, 57 (5) (1992).

vista preliminar y juicio) mostraron menos mejoría que los que testificaron sólo una vez. Ya en la entrevista final, la diferencia entre los menores que testificaron y los que no testificaron había disminuido significativamente. Estos descubrimientos sugieren que cualquier efecto adverso se podría disipar con el tiempo.

El estudio examinó factores que aparentaban estar relacionados con el desenvolvimiento emocional del menor al proceso en corte. El apoyo maternal resultó ser un factor importantísimo en la mejoría de la salud mental del menor abusado. Un estudio en Carolina del Norte reveló que los niños aparentaban beneficiarse de la asistencia de un representante de corte cuyo rol era apoyar y abogar por el mejor interés del menor. Otro estudio⁹⁷ no mostró signos de efectos adversos del proceso en corte en la salud mental de los niños, excepto en el caso de los niños mayores (sobre los ocho años) que testificaron más de una vez y que pasaron un largo y difícil conainterrogatorio. Sin embargo, los reportes de padres de niños más jóvenes sugieren que el testificar fue mucho menos difícil y podría hasta haber sido de ayuda en su recuperación.

Las investigaciones sugieren que para la mayoría de los niños cualquier efecto adverso de su experiencia en corte disminuirá con el paso del tiempo. Aunque se pueden utilizar muchos mecanismos para mitigar el problema del menor tener que testificar, es importante reconocer que ésta puede ser una experiencia que los niños pueden acomodar en el contexto más amplio de los eventos de su vida.

V. Evaluación de la exactitud del testimonio de los menores

En los casos de abuso o acoso sexual de menores nadie sabe la verdad de los hechos, excepto la víctima y el acusado. Como consecuencia, es virtualmente imposible evaluar la exactitud de lo que está recordando y testificando el menor. En este momento lo que viene a ser más relevante es la habilidad del

⁹⁷ D. WHITCOMB *et. al.*, FINAL REPORT OF THE CHILD VICTIM AS WITNESS RESEARCH AND DEVELOPMENT PROGRAM (1992).

juzgador de los hechos para determinar la veracidad de las declaraciones del menor. Las investigaciones hasta la fecha sugieren que los adultos quienes escuchan declaraciones de menores no pueden diferenciar entre un testimonio real y uno falso.

En dos estudios⁹⁸ llevados a cabo, adultos que desempeñaron el rol de jurado escucharon los testimonios de algo que le había sucedido a unos menores. Los investigadores sabían cuándo los menores estaban o no mintiendo. *Ambos estudios determinaron que este jurado experimental no podía discriminar entre un testimonio real y uno falso.*

Este dato es muy preocupante, ya que podría poner en entredicho la confiabilidad del jurado. El menor podría estar testificando frente al acusado y el jurado posiblemente tendría dificultad en determinar si está o no diciendo la verdad. No sería prudente sacar al menor de la presencia del acusado haciéndole más fácil mentir. El jurado perdería parte de ese tan importante *demeanor*, haciéndole virtualmente imposible que se descubra la verdad.

Tal vez se deben evaluar o investigar otros métodos de evaluación de declaraciones del menor en caso de abuso sexual. Un ejemplo de un sistema en que algunos sicólogos han enfocado su atención es el sistema de evaluación de las declaraciones de los niños que han sido utilizados extensivamente en Alemania por más de treinta años. Se conoce como *Statement Validity Analysis* (Análisis de validez de las declaraciones) o *Criteria Based Content Analysis* (Análisis de criterios basado en contenido). Este sistema está basado en la premisa de que reportes de eventos, reales y verdaderos, son diferentes en calidad y contenido de los reportes que son producto de la fantasía o fabricados.⁹⁹

En este método los niños son entrevistados por profesionales entrenados; el protocolo recae mayormente en

⁹⁸ D. Whitcomb, *Accuracy of Children's Memories*, Education Development Center, (1992) (citando a CLARKE-STEWART, *et. al.*, MANIPULATING CHILDREN'S INTERPRETATIONS THROUGH INTERROGATION (1989).

⁹⁹ *Id.*

permitirle al menor que vaya narrando lo que le sucedió. Algunas preguntas sugestivas son utilizadas específicamente para probar la susceptibilidad del niño a ser sugestionado. Todas las entrevistas son grabadas y transcritas. En las cortes alemanas se les permite testificar a estos entrevistadores en vez del testimonio del menor sobre lo que ellos descubrieron y sus interpretaciones al respecto.

Psicólogos norteamericanos y canadienses recientemente reportaron dos estudios que sistemáticamente examinaron si este método verdaderamente discrimina entre declaraciones o historias verdaderas y fabricadas. En el primer estudio, noventa y ocho estudiantes de primero a cuarto grado fueron instruidos a escribir dos historias, una que fuese real y una que fuese ficticia. Los tópicos fueron provistos, incluyendo entre estos eventos llenos de tensión, tales como procedimientos quirúrgicos y dentales. Las historias de estos niños fueron luego documentadas por los entrevistadores entrenados y corregidas o evaluadas utilizando el método de los diecinueve elementos de criterio. Dicho método discriminó significativamente entre las dos historias o declaraciones.

En el segundo estudio, los entrevistadores analizaron las declaraciones de cuarenta niños que habían sido referidos para evaluación profesional como alegadas víctimas de abuso sexual. Lo que no sabían los entrevistadores era que la mitad de las declaraciones eran consideradas verdaderas porque habían sido corroboradas por la confesión del agresor o evidencia médica de abuso. La otra mitad de las declaraciones era considerada dudosa, ya sea porque el agresor había negado las acusaciones y/o había pasado la prueba del polígrafo, el niño se había retractado o hubo un fallo absolutorio.

Un examinador entrenado aplicó el referido método alemán a las declaraciones de estos niños. La técnica exitosamente distinguió entre historias verdaderas y falsas.¹⁰⁰ Aunque el sistema judicial de los Estados Unidos y Puerto Rico no permite

¹⁰⁰ *Id.* (citando a D. C. Raskin y P. W. Esplin, *Assesment of Children's Statements of Sexual Abuse*, (1991); véase además a J. Doris, *The Suggestibility of Children's Recollections*, AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION 153 (1991).

el uso de este tipo de procedimiento en la corte, aunque sí permite la prueba del polígrafo, quizás éste podría ser utilizado durante la etapa investigativa o preparativa. Esto reduciría la posibilidad de una persona ser acusada injustamente.

Conclusión

Basado en la información recopilada, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos se apartó del precedente histórico y jurisprudencial al establecer esta doctrina. La alteración radical que se le dio a la Cláusula de Confrontación no es beneficiosa para la sociedad, ya que elimina una herramienta indispensable en la búsqueda de la verdad. Intenta proteger al menor, pero ciertamente a expensas del acusado.

Además, abrió las puertas a limitar o hasta eliminar la confrontación en otras circunstancias en las que la víctima pudiera traumatizarse ante la presencia del acusado (ej. víctimas de violación, violencia doméstica y tentativa de asesinato). El testimonio del menor no es necesariamente confiable debido a que éstos pueden ser manipulados por la presión de la familia u otros fuera del hogar. La confrontación no debe ser obviada a pesar del efecto que ésta pueda tener en el menor, ya que este efecto es sólo temporal, mientras que las consecuencias en el acusado podrían ser permanentes.

Debería utilizarse un método más especializado durante la etapa investigativa de manera que sólo se radiquen cargos cuando exista suficiente probabilidad de que la versión del menor sea verídica. Esto toma mayor relevancia al recordar que una acusación por este tipo de delito, indistintamente de su desenlace, constituye lo equivalente a una condena perpetua en términos de la duda y la desconfianza de la sociedad con respecto al injustamente acusado.

Por último, se deben establecer límites a los abogados durante el contrainterrogatorio para prevenir que éstos se prolonguen excesivamente y se vuelvan hostiles.

Decir que un acusado pierde su derecho a confrontarse con un testigo cuando esto causaría que el testigo no testificara, sería como decir que un acusado perdería su derecho a

abogado cuando éste lo sacaría absuelto o su derecho a testigos compulsorios cuando éstos lo exculparían o su derecho a no testificar en su contra cuando esto probase su culpabilidad.¹⁰¹

La Ley 31 del 16 de marzo de 1995 constituye un menoscabo al derecho del acusado y a la vez disminuye las probabilidades de descubrir la verdad. Es por esto, que dicha legislación debe ser examinada objetivamente a la luz de lo antes expuesto, recordando siempre que el hecho de que se logren más convicciones no significa necesariamente que la legislación sea efectiva, puesto que muchos inocentes podría ser condenados.

¹⁰¹ Juez Scalia en la opinión disidente del caso de Maryland v. Craig, 497 U.S. pág. 867 (1990).