

Comentarios a la casación 21-2019.Arequipa y su incidencia en el régimen legal de prueba sobre violencia sexual

Mg. Lider Alamiro Gonzales Lara

lgonzalesla77@ucvvirtual.edu.pe

<https://orcid.org/0000-0002-5761-2492>

Universidad César Vallejo

Lima- Perú

RESUMEN

En el presente artículo, se analizará la Casación Nº 21-2019, Arequipa que otorga valor probatorio a la entrevista de declaración de menor de 14 años en Cámara Gesell por delitos de violación sexual bajo el régimen de prueba preconstituida, no obstante, para dichos casos el Código Procesal Penal de 2004 exige que sea bajo régimen de prueba anticipada, de lo que se advierte una evidente vulneración al principio de legalidad procesal penal.

Palabras claves: prueba preconstituída; justificación; prueba anticipada; proceso irregular.

Correspondencia: ciro. lgonzalesla77@ucvvirtual.edu.pe

Artículo recibido 29 diciembre 2022 Aceptado para publicación: 29 enero 2023

Conflictos de Interés: Ninguna que declarar

Todo el contenido de **Ciencia Latina Revista Científica Multidisciplinar**, publicados en este sitio están disponibles bajo

Licencia [Creative Commons](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/) 

Cómo citar: Gonzales Lara, M. L. A. (2023). Comentarios a la casación 21-2019.Arequipa y su incidencia en el régimen legal de prueba sobre violencia sexual. *Ciencia Latina Revista Científica Multidisciplinar*, 7(1), 2350-2369. https://doi.org/10.37811/cl_rcm.v7i1.4594

Comments on cassation 21-2019. Arequipa and its incidence in the legal regime of evidence on sexual violence

ABSTRACT

In this article, Cassation No. 21-2019 will be analyzed, which grants probative value to the declaration interview of a minor under 14 years of age in the Gesell Chamber for crimes of rape, under the preconstituted evidence regime, however, for said cases the The Criminal Procedure Code of 2004 requires that it be under a regime of anticipated evidence, of which an evident violation of the principle of criminal procedure legality is noted.

Keywords: *preconstituted test; justification; anticipated test; irregular process.*

1. INTRODUCCION

La Constitución Política del Estado desarrolla el principio de legalidad procesal en el artículo 139, inciso 3), del cual según el Tribunal Constitucional¹, dicho derecho, admite dos dimensiones: una de carácter formal o procesal y la otra de carácter sustantivo o material. En la primera lo concibe como un derecho continente que abarca diversas garantías y reglas que garantizan un estándar de participación justa o debida durante la secuela de todo tipo de proceso (derecho al procedimiento preestablecido, el derecho de defensa, el derecho a los medios de prueba, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, etc.). La sola inobservancia de cualquiera de estas reglas, como de otras que forman parte del citado contenido, convierte al proceso en irregular.

Por otro lado, el derecho penal, como última ratio, tiende a resguardar los bienes jurídicos protegidos, uno de ellos es la protección a la indemnidad sexual con principal resguardo e incidencia de las personas vulnerables, entre ellos los menores de 14 años, así el artículo 173 del Código Penal Peruano, tras la modificación según Ley N° 30838 publicado el 04 de agosto de 2018, sanciona, para este tipo de delitos, con una pena privativa de libertad de cadena perpetua.²

Bajo el contexto de lo anterior, a efectos de que se sentencie a un ciudadano por la comisión de esos delitos, existen reglas procesales previamente establecidas por el legislador, dentro de ellas está el derecho a la prueba, fijándose un régimen probatorio relacionado a la declaración de menor de edad por violación sexual que exige que se haga a título de prueba anticipada, sin embargo en la praxis se viene actuando y dando un valor probatorio a un régimen de prueba preconstituida, la misma que no ha sido admitida por el legislador.

En el presente artículo, bajo el enfoque cualitativo, se abordará y analizará, cómo la Casación N° 21-2019/Arequipa, contribuye a la institucionalización de este régimen irregular, demostrando que el criterio contenido en dicha jurisprudencia es equivocado, por cuanto ha infringido de manera directa la noma procesal penal y por ende el principio de legalidad procesal penal y los derechos fundamentales del procesado.

¹ Exp. N.° 00579-2013-PA/TC, SANTA

² Código Penal: "**Artículo 173.-** El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza cualquier otro acto análogo con la introducción de un objeto o parte del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de catorce años, será reprimido con pena de cadena perpetua."

2. ANÁLISIS

2.1. Naturaleza jurídica de la prueba, prueba preconstituida y de prueba anticipada

Derecho a la prueba

Para el jurista NEYRA FLORES sostiene que se entiende por “prueba” a aquello que confirma o desvirtúa una hipótesis o afirmación procedente en el proceso. Asimismo, constituye una de las más altas garantías contra la arbitrariedad de las decisiones judiciales (pág. 544).

Desde la posición de FERRER (2019) refiere que solo a través de una concepción racionalista de la prueba es posible hacer efectivo el derecho a la prueba en todo su alcance y, también el derecho a la defensa. Y sobre la racionalidad, como exigencia mínima en las decisiones, señala que esta debe basarse en razones mínimas que la justifiquen sobre la base de algún criterio intersubjetivo (pág. 13).

En palabras de TARUFO (2014), menciona que el Juez está liberado de las obligaciones legales de la prueba tasada, pero no de las reglas del pensamiento o de la razón. La valoración de las pruebas es discrecional, pero el Juez debe respetar esquemas racionales (pp. 75 y 180).

El derecho a la prueba, si bien no se encuentra definida de manera expresa en nuestra vigente constitución, sin embargo ello se encuentra claramente enfocada en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional³, *estableciendo que ha quedado establecido que el derecho a la prueba es un derecho implícito al derecho del debido proceso, por lo tanto abarca todo el ámbito del proceso*. En la misma línea, en el Exp. N° 1014-2007-PHC/TC, fundamento 8, ha sostenido que el derecho fundamental a la prueba tiene protección constitucional, en la medida en que se trata de un derecho comprendido en el contenido esencial del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución. Una de las garantías que asisten a las partes del proceso es la de presentar los medios probatorios necesarios que posibiliten la creación de convicción en el juzgador sobre la veracidad de sus argumentos.

Asimismo, dicho órgano Constitucional, ha señalado que la prueba capaz de producir un conocimiento cierto o probable en la conciencia del juez debe reunir las siguientes características⁴: (1) Veracidad objetiva, según la cual la prueba exhibida en el proceso

³ Exp. N° 00010-2002-AI/TC

⁴ Exp. N° 1014-2007-PHC/TC, fundamento 12.

debe dar un reflejo exacto de lo acontecido en la realidad; (2) Constitucionalidad de la actividad probatoria, que implica la proscripción de actos que violen el contenido esencial de los derechos fundamentales o transgresiones al orden jurídico en la obtención, recepción y valoración de la prueba; (3) Utilidad de la prueba, siempre y cuando ésta produzca certeza judicial para la resolución o aportación a la resolución del caso concreto; (4) Pertinencia de la prueba, si guarda una relación directa con el objeto del procedimiento, de tal manera que si no guardase relación directa con el presunto hecho delictivo no podría ser considerada una prueba adecuada.

Antecedentes de prueba preconstituida y prueba anticipada

Como un primer antecedente, según SALAS BARRERA (2018) refiere que este se encuentra en la obra de BENTHAM, quien acuñó el término “preconstituida”, al referirse que ésta no alcanzaba a ser un medio de prueba, debido a que, luego de la revisión judicial, ella solo podría probar que algo puede ser bueno o malo, completo o incompleto. BENTHAM señalaba que entre los objetos a los que se podía aplicar la prueba preconstituida se encontraban: 1) los hechos que ofrecen una presentación legal: nacimiento, muerte, matrimonio, etc.; 2) los contratos; 3) los actos judiciales; 4) los actos de administración; 5) los actos legislativos; 6) los atestados sobre un hecho que acaba de pasar y que son redactados inmediatamente; y, 7) el registro de las copias.

El Segundo antecedente, se encuentra en la jurisprudencia del TCE⁵, la cual permitió la utilización de actos de investigación para sustentar una sentencia condenatoria, así ASCENCIO MELLADO señala que la prueba preconstituida tiene su origen en la jurisprudencia, a diferencia de la prueba anticipada tiene su fundamento en el art. 777.2⁶ como excepción del Art. 741 de la LEC1882. De ello ROSAS YATACO, siguiendo la postura de las sentencias emitidas por el TCE, señala que se ha podido sistematizar cuatro requisitos fundamentales, aplicables tanto para la denominada prueba anticipada como en la prueba preconstituida y son: (i) Material, que debe versar sobre hechos que, por su fugacidad, no pueden ser reproducidos en el día de la celebración del juicio oral; (ii) Subjetivo, que sean realizadas por la única autoridad dotada de la suficiente independencia para generar actos de prueba, el cual es el Juez; (iii) Objetivo, la necesidad

⁵ Tribunal Constitucional Español (TCE)

⁶ LEC 182 Art.777.2: Cuando, por razón del lugar de residencia de un testigo o víctima, o por otro motivo, fuere de temer razonablemente que una prueba no podrá practicarse en el juicio oral, o pudiera motivar su suspensión, el Juez de Instrucción practicará inmediatamente la misma, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes.

de que se garantice la contradicción; (iv) Formal, en la ejecución de la prueba sumarial se debe seguir el mismo procedimiento del juicio oral; por otro lado, debe ser introducida mediante la “lectura de documento”, es decir, la lectura del acta que reproduce la diligencia.

Partiendo de la naturaleza de ambas categorías, según la doctrina española, en este caso ASENCIO MELLADO señala que la diferencia entre ambas, aunque no lo diga expresamente la ley, está en que los actos materiales y objetivos constituyen prueba preconstituida, la prueba anticipada ha de limitarse a los testigos, coimputados, que deben ser interrogados anticipadamente si se prevé la imposibilidad de hacerlo posteriormente por cualquier motivo (pág.282).

La prueba preconstituida y prueba anticipada en el proceso penal peruano

La prueba preconstituida como la anticipada dentro del proceso penal tienen similitudes y diferencias una respecto de la otra, el cual lo enfocamos a continuación:

Prueba preconstituida

Según SANCHEZ VELARDE, quien recoge la posición de Asencio Mellado, señala que la llamada prueba preconstituida, al igual que la prueba anticipada, aparece como otra institución procesal por la cual se exceptúa la práctica de la prueba en juicio oral, porque esta es irreproducible, dada la existencia de circunstancias especiales de su obtención y atendiendo a la necesidad propia de la investigación preliminar, pero con observancia de los principios de inmediación y contradicción. Además, señala que es aquella que se obtiene, sobre todo de las investigaciones iniciales, y solo podrán convertirse en actos de prueba si se producen en el juicio oral y se someten al contradictorio (p. 282).

Por otro lado, UGAZ ZEGARRA, citado por SALAS BARRERA (2018) señala que la preconstitución solamente se realiza en los denominados “actos de constancia”, incluyéndose en ellos a la inspección, revisión, incautación, hallazgo, pesaje, allanamiento, entre otros (pág. 69).

La prueba anticipada

Según el jurista ROSAS YATACO (2005) refiere que es aquel medio probatorio practicado durante la investigación preparatoria o etapa intermedia, es decir con anterioridad al juicio oral y con la intervención del juez de investigación preparatoria, dicho acto de prueba se realiza por razones de urgencia circunstancial (pág. 294).

Desde la posición de CUBAS VILLANUEVA explica que “(...) la prueba anticipada es aquella que se realiza en un momento anterior al inicio de las sesiones del juicio oral, motivada por la imposibilidad material de practicarla en ese acto.”

Así, bajo el enfoque antes citado una prueba anticipada implica la realización de actos por razones de urgencia o imposibilidad inminente que puedan amenazar su actuación, ello está referido a casos como a las declaraciones testimoniales, pero ésta bajo la dirección del juez de investigación preparatoria.

En nuestra norma procesal penal, los supuestos de prueba anticipada se encuentra expresamente regulado en el artículo 242.1 del Código Procesal Penal de 2004, el que establece que 1. Durante las diligencias preliminares o una vez formalizada la investigación preparatoria, a solicitud del Fiscal o de los demás sujetos procesales, podrá instarse al Juez de la Investigación Preparatoria la actuación de una prueba anticipada, y para el caso que nos ocupa en el literal d) señala: Declaración de las niñas, niños y adolescentes en su calidad de agraviados por delitos comprendidos en el Capítulo IX: Violación de la libertad sexual, Capítulo X: Proxenetismo y Capítulo XI: Ofensas al pudor público, del Código Penal.

Diferencias entre prueba preconstituida y prueba anticipada

Respecto a las diferencias de ambos institutos, la Corte Suprema de la República- Sala Penal Permanente⁷ ha emitido un pronunciamiento bajo el siguiente texto:

(...) la preconstitución probatoria procesalmente se entiende referida a la prueba material y la documentada o documental pública (actas de constatación, decomiso, incautación, hallazgo, pesaje, detención, intervención, de allanamiento, de registro, de control de comunicaciones, etcétera), mientras que la anticipación probatoria comprende exclusivamente la prueba personal -la primera puede actuarse por la Policía o el Fiscal, mientras que la segunda solo por el juez-. Empero, lo esencial y determinante desde la perspectiva jurídica es que la entrevista única se realice bajo los requisitos antes indicados y, de ser así, tendrá eficacia probatoria y, por ende, podrá ser valorada por el juez conforme a las reglas de la sana crítica.

⁷ Sentencia Casación N° 21-2019/Arequipa del 26/02/2020, Fundamento jurídico Quinto.

Para el Magistrado Escobar Antezano (2021), señala que: **La prueba preconstituida** es un complejo compuesto por aquellos actos de investigación de carácter material (no personal), objetivos e irreproducibles, que se practican con anterioridad al Juicio Oral por la PNP o el Fiscal. En este tipo de pruebas cabe su ratificación formal, cuando sea necesario llamar a los autores para impugnar el modo en que se han realizado o su reproducción. Y con relación a la **prueba anticipada**, son actos de investigación de carácter personal, de carácter irrepitible y urgente, que se lleva a cabo por el Juez de la Investigación Preparatoria, bajo las pautas de ejecución del Juicio Oral (oralidad, inmediación y contradicción). Su objeto no es documental, sino testifical y pericial. En tanto lo característico de la prueba anticipada es que es una prueba típica del Juicio Oral se ciñe a la prueba personal (testimoniales, examen pericial, careos), con las excepciones establecidas en el art. 242.1c del NCPP (pág. 325).

Bajo los conceptos invocados de prueba anticipada y prueba constituida, se puede advertir las siguientes similitudes y diferencias:

Prueba anticipada	Prueba preconstituida
En ambos institutos se realizan fuera del proceso, esto es durante la investigación preliminar o investigación preparatoria propiamente dicha	En ambos institutos se realizan fuera del proceso, esto es durante la investigación preliminar o investigación preparatoria propiamente dicha
Recoge testimonios	Recoge todo medio probatorio que tenga el riesgo de perderse
Solo la dirige el Juez (Investigación Preparatoria). Si requiere audiencia.	La dirige el fiscal o la policía. No requiere audiencia.
Se encuentra expresamente regulada en el artículo 242 del CPP	No está regulada expresamente. Pero si podemos citar algunos artículos que guardan relación (artículo 325), se establece que para los efectos de la sentencia tienen carácter de acto de prueba (...) las actuaciones objetivas irreproducibles cuya lectura en el juicio oral autoriza este Código.

2.2. Prueba Ilícita, Prueba Prohibida y Prueba Irregular

Ya hemos hablado sobre determinados requisitos que debe cumplir todo medio de prueba para ser incorporado y admitido en el proceso, ello nos estamos refiriendo a su legalidad. Sobre el particular Hairaberdian, M. (2002), sostiene que:

Por prueba ilícita se entiende a aquella en la que su origen y/o desarrollo se ha vulnerado un derecho o libertad fundamental; prueba prohibida sería la consecuencia de la prueba ilícita, esto es, aquella prueba que no puede ser traída al proceso, puesto que en su génesis se ha vulnerado derechos o libertades fundamentales, *y prueba irregular sería aquella generada con vulneración de las normas de rango ordinario que regulan su obtención y practica*" (P. 29)

La doctrina jurisprudencial vinculante de la Corte Suprema ha establecido que la prueba irregular es la que se produce por la inobservancia de una norma procesal para la obtención o actuación de un elemento de prueba. No obstante, la exclusión de los elementos de prueba derivados de una prueba irregular se sustenta, tal como establece el artículo 159 del Código Procesal Penal, *en la vulneración del contenido esencial de un derecho fundamental*. Por tanto, la sola inobservancia de una norma procesal no implica necesariamente la exclusión de los elementos de prueba derivados de la obtención de una prueba irregular (Casación N° 591-2015-Huánuco).

2.3. El régimen de prueba en el delito de violación de menor

El delito contra la Libertad sexual en su tipo base se encuentra regulada en el artículo 170 del Código Penal, y entre sus elementos constitutivos del tipo penal es la violencia que emplea el sujeto activo sobre el sujeto pasivo manifestada a través de una acción física o psicológica, grave amenaza o de coacción o de cualquier otro entorno que impida a la persona agraviada dar su libre consentimiento.

Pero en cuanto al delito contra los menores de edad, se regula en el artículo 173º, tras la modificación según Ley N° 30838 publicado el 04 de agosto de 2018, establece: "el que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza cualquier otro acto análogo con la introducción de un objeto o parte del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de catorce años, será reprimido con pena de cadena perpetua"

Como se puede apreciar en el tipo base, es decir, en los delitos contra la libertad sexual el bien jurídico protegido es la libertad sexual, pero distinto es en el caso de los menores de edad o los incapaces, en donde el bien jurídico protegido es la intangibilidad sexual o indemnidad sexual.

Según el Ministerio Público a través de la Guía de Procedimiento de Entrevista Única a víctimas en el marco de la Ley N° 30364, define a la Violencia sexual como acciones de

naturaleza sexual que se cometen contra una persona sin su consentimiento o bajo coacción. Tales acciones incluyen actos que no involucran penetración o contacto físico alguno⁸.

Con respecto a la indemnidad sexual, la Corte Suprema de Justicia de la República ha establecido que la protección de la indemnidad sexual está relacionado con la necesidad de proteger y garantizar el desarrollo normal en el ámbito sexual de quienes aún no han alcanzado el grado de madurez suficiente. En este caso señala que los menores, no tienen la capacidad física ni psíquica para ejercer su derecho a orientar y decidir sobre su vida y libertad sexual, y por ello no están en condiciones de ejercer una autodeterminación capaz de comprometer válidamente su comportamiento sexual⁹.

La Cámara Gesell

El Protocolo de Entrevista Única para Niñas, Niños y Adolescentes en Cámara Gesell¹⁰ la define como un ambiente especialmente acondicionado, que permite la realización de la entrevista única a niñas, niños o adolescentes víctimas y/o testigos, permitiendo el registro y preservación de la declaración o testimonio. Garantiza la posibilidad de que dicha entrevista sea grabada en audio y video con las garantías correspondientes. En cuanto a su procedimiento se establece que la entrevista en la Cámara Gesell es una diligencia judicial que tiene como finalidad registrar la declaración de la niña, niño o adolescente, evitando así la revictimización y sus efectos en la víctima y/o testigo. Asegura la posibilidad de que dicha entrevista sea grabada en audio y video, sea obtenida por única vez y con las garantías correspondientes, *participan en la Cámara Gesell: (...), b) Juez/a de familia, penal o mixto.*

Bajo ese enfoque, una de las formas de probar la vulneración de la indemnidad sexual de un menor de edad, tenemos por ejemplo las evaluaciones médico legales, la evaluación psicológica y la entrevista en Cámara Gesell¹¹, pero en el caso que nos ocupa, es verificar que la manifestación del acto vulneratorio de indemnidad a través de la declaración testimonial del menor, esto es, la entrevista en Cámara Gesell bajo el instituto de la

⁸ Guía de Procedimiento de Entrevista Única a víctimas en el marco de la Ley N° 30364 para prevenir, sancionar y erradicar La Violencia Contra Las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar; y, a Niños y Adolescentes Varones Víctimas de Violencia, del Ministerio Público.

⁹ ACUERDO PLENARIO N° 01-2012/CJ-116, I Pleno Jurisdiccional Extraordinario de las Salas Penales Permanente y Transitoria, publicado el 26/0/2012.

¹⁰ Protocolo de Entrevista Única para Niñas, Niños y Adolescentes en Cámara Gesell, aprobado por Resolución Administrativa N° 277-2019-CE-PJ de fecha 03/07/2019.

¹¹ Guía de Procedimiento de para la entrevista Única de Niños, niñas y adolescentes, víctimas de Violencia Sexual, explotación sexual y trata con fines de explotación sexual, del Ministerio Público.

prueba preconstituida la que asume eficacia probatoria en el proceso, teniendo en cuenta para ello lo resuelto en la Casación N° 21-2019 Arequipa, para cuyo efecto, sus implicancias y fundamentos lo analizamos en líneas a parte.

2.4. Los informes psicológicos y su valor probatorio

Los estándares de prueba pericial

Bajo los sistemas de la prueba tasada y la libre valoración y sobre todo en este último, cabe formularnos la siguiente interrogante *¿cuál debe ser el proceso justificatorio para la prueba científica?* En respuesta a ello, recurrimos a la historia judicial de los Estados Unidos que sobre casos paradigmáticos han sentado bases a nivel internacional con relevancia para la jurisprudencia, legislación y la doctrina, por ello resulta sumamente interesante verificar los planteamientos epistemológicos desarrollados por la Suprema Corte de Justicia.

Así, en palabras de CARMEN VÁZQUEZ (2018) al abordar la prueba pericial en la experiencia de Estados Unidos, señaló que, el primer estándar que se presentó fue el sobre el caso *Frye* (James Alphonse *Frye*), quien en 1923 se le seguía proceso por homicidio, le practicaron la prueba del polígrafo, siendo el resultado favorable, pues se acreditó, por ese medio, que él decía la verdad. Sin embargo, no se admitió la prueba por el juzgado, por cuanto refirió que esa técnica carecía de aceptación general en la comunidad científica. Esta resolución fue confirmada por la Corte Suprema de los Estados Unidos. Es a partir de ahí se estableció el estándar que ordenaba que una prueba científica sería admitida si la técnica o la teoría tenía reconocimiento en la comunidad científica general.

El segundo estándar tenemos a la Caso DAUBERT, donde el tribunal de alzada tuvo en sus manos la posibilidad de definir de una vez por todas si bastaba la opinión científica mayoritaria de la técnica o la ciencia empleada (estándar *Frye*) o, en su caso, si eran necesarios algunos otros requisitos. La Corte Suprema estadounidense, al resolver este asunto, eliminó el estándar *Frye* y determinó que no bastaba el respaldo científico mayoritario para admitir una prueba científica, sino que además debían cumplirse los siguientes requisitos de científicidad y/o fiabilidad probatoria: 1) Si la teoría o técnica puede ser (y ha sido) sometida a prueba, lo que constituiría un criterio que comúnmente distinguiría a la ciencia de otro tipo de actividades humanas. 2) Si la teoría o técnica empleada ha sido publicada o sujeta a la revisión por pares. 3) Si se trata de una técnica

científica, el rango de error conocido o posible, así como la existencia de estándares de calidad y su cumplimiento durante su práctica. 4) finalmente, si la teoría o técnica cuenta con una amplia aceptación de la comunidad científica relevante (pág. 84).

Dichos estándares internacionales han sido recogidos por la Jurisprudencia Nacional, Corte Suprema de la República en el ACUERDO PLENARIO N° 04-2015/CJ-116, al abordar sobre la Valoración de la prueba pericial en delitos de violación sexual, además ha señalado que, a efectos de la valoración de las pericias, estas son clasificadas en formales y fácticas. Forman parte de las primeras, saberes como la química, biología e ingeniería, cuya calificación es indiscutible. Así, por ejemplo, la prueba de ADN se basa en conocimientos científicos biológicos, o las pericias toxicológicas, físicas, médicas (que se guían por el Manual de Protocolos de Procedimientos Médicos Legales Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses. En cuanto a las ciencias fácticas, señala que la integran las ciencias sociales: psicología, historia, etc. Sus principales pericias son: la pericia psicológica, psiquiátrica (que cuando son oficiales se orientan por la Guía Psicológica Forense para la Evaluación de casos y otras). No toda pericia que se utilizará en el proceso tendrá como base conocimientos científicos.

Según TARUFO (2017) respecto a una prueba científica (pericia científica) ha señalado que el juez por el hecho de que esa prueba científica implicaría que debería darle por probado, sino lo que tiene que hacer el juez no es cuestionar el resultado de la prueba sino verificar el método, esto es conocer bastante de métodos científicos para juzgar si el perito operó correctamente o no. Ej. En un test de ADN, el juez para la aplicación de ese test debe verificar el cumplimiento de los protocolos.

La psicología como ciencia

Esteban (2015), señala que para establecer que la Psicología es una ciencia debemos conceptualizar los paradigmas de los que se vale dicha disciplina, limitándose a enfocar las tres grandes revoluciones científicas en la psicología: el psicoanálisis, el conductismo y el cognitivismo:

El psicoanálisis: Para el psicoanálisis la psicología debe estudiar el inconsciente ya que es ahí justamente donde está el origen del comportamiento humano. Para el citado autor el inconsciente no se puede observar, la interpretación que se da del mismo es subjetiva y por ende no cumple con la definición de la ciencia, pues no es observable ni objetivo. Así mismo Tiene como trasfondo filosófico al idealismo subjetivo y no hace uso del

método científico, ya que, no hace uso de la experimentación para la comprobación de su marco teórico.

La psicología cognitiva: Para esta escuela la psicología debería centrar su estudio en los procesos mentales implicados en el conocimiento como son almacenar, recuperar, reconocer, comprender, entre otros. Según la definición de psicología del paradigma cognitivo, en el marco de la ciencia, su objeto de estudio son los procesos mentales o procesos cognitivos que suceden al interior del sujeto, los procesos mentales son subjetivos por ende no cumplen con la objetividad del objeto de estudio en la ciencia, pues los pensamientos o la memoria de otra persona no se pueden ver o tocar, por lo que la definición de psicología por el paradigma cognitivo tampoco soporta una evaluación epistemológica de la ciencia.

La psicología conductista: Nace como un nuevo paradigma, con una nueva definición para la psicología como ciencia, desde sus inicios con Watson¹² quien demarcó la psicología, como la ciencia que estudia la conducta del ser humano, así mismo el interés del conductista no es solo conocer la conducta sino controlar las reacciones del hombre, pues estas conductas no eran ocasionadas por el medio exterior, es decir los estímulos. Desde el manifiesto conductista se entiende a la psicología como la ciencia que estudia la conducta o el comportamiento. Desde tal definición, el paradigma conductista, tiene un objeto de estudio sí es la conducta o comportamiento, el objeto de estudio es objetivo; sí, la conducta puede ser observada, medida, cuantificada, su objeto de estudio pertenece a la realidad; sí, la conducta es parte de la realidad objetiva se puede encontrar en la naturaleza y la sociedad, tiene objetivos; sí, su objetivo más claro la predicción y el control de la conducta, tiene supuestos filosóficos; si, el materialismo filosófico es la base filosófica del conductismo, ya que parte de la premisa que la materia existe independiente de la idea, y por supuesto el paradigma conductista hace uso del método científico, específicamente del método experimental. De allí que, el paradigma conductista es la única que logra satisfacer la definición de ciencia.

Las pericias psicológicas

En cuanto se refiere a las pericias psicológicas, en el Perú, la “Guía de Evaluación Psicológica Forense en casos de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo

¹² John Broadus Watson fue un psicólogo estadounidense, a quien se le atribuye la fundación de la escuela psicológica del conductismo.

familiar y en otros casos de violencia”, tiene como objetivo *establecer una metodología de trabajo para uniformizar criterios y sistematizar los procedimientos que orienten a los profesionales psicólogos del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses del Ministerio Público, así como de otras entidades públicas y privadas, dando respuesta a los requerimientos periciales solicitados para esclarecer un hecho de violencia.*

En cuanto al procedimiento establece que el responsable es el psicólogo, profesional del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses del Ministerio Público con formación y experiencia en el campo forense; y, además los psicólogos de los establecimientos públicos de salud de los diferentes sectores e instituciones del Estado y niveles de gobierno, así como centros de salud parroquiales y los establecimientos privados cuyo funcionamiento se encuentra autorizado por el Ministerio de salud. En caso de ampliaciones, precisiones, ilustraciones o aclaraciones respecto a la pericia emitida o informe psicológico que solicite la autoridad competente, deben ser explicadas por el mismo psicólogo responsable de la evaluación psicológica. El tiempo técnico estimado para la evaluación psicológica forense, se realiza en cuatro sesiones de 60 minutos cada una, según el siguiente cuadro:

Entrevista (motivo de la evaluación)	60 minutos
Entrevista (Historia personal y familiar)	60 minutos
Aplicación y calificación de instrumentos	60 minutos
Análisis e interpretación de los resultados	60 minutos
Tiempo técnico estimado	4 horas (240 minutos)

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, en el RN N° 680-2021, Áncash, ha establecido que, *para que un Protocolo de Pericia Psicológica adquiera el valor probatorio requiere que este se haya realizado bajo los parámetros establecidos en la “Guía de Evaluación Psicológica Forense en casos de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar”.*

En esa línea dicho tribunal se ha pronunciado en la Casación 233-2018, Arequipa del 29 de mayo de 2019, fundamento jurídico tercero y cuarto: 1) La prueba pericial psicológica, según su propio tenor, permite una conclusión precisa, que no puede alterarse por el órgano jurisdiccional sin apoyo científico alternativo; 2) Lo valorable en un informe pericial no son los aspectos fácticos derivados de las preguntas introductorias del perito

acerca de los hechos que determinaron la intervención especializada -que, por lo demás, no tienen control judicial-, sino los criterios que orientan al juez en la interpretación y valoración de los hechos -su conocimiento profesional-; esto es, (i) la parte reflexiva, con los instrumentos o técnicas utilizados dictados por la especialidad que ejerce para su justificación o diagnóstico; y, (ii) las conclusiones. Los datos sobre hechos se introducen mediante la prueba testifical, a menos que se interrogue al perito como testigo y detalle lo que la víctima le dijo durante la investigación pericial.

Desde la posición de Escobar Antezano (2021), con relación a la declaración de un menor en Cámara Gesell ha señalado que la cámara Gesell es una pericia con tendencia a ser científica que debe ser practicada por psicólogos y asistentes sociales. De allí que, según la posición de dicho autor, se puede colegir que la pericia Psicológica aún no tiene el carácter de científica.

2.5. Análisis de la Casación Nº 21-2019, Arequipa

Antecedentes

La Segunda Fiscalía Provincial Corporativa de Arequipa solicitó el 19 de julio del 2018 que se actúe como prueba anticipada la declaraciones de dos menores, no obstante, éstas ya habían declarado en cámara Gesell el 14 de mayo del 2018. El Cuarto Juzgado de Investigación Preparatoria de Arequipa mediante auto de fecha 3 de octubre del 2018 dispuso la realización de tal audiencia única, siendo confirmada por la Segunda Sala de Apelaciones de Arequipa, por lo que la defensa interpuso recurso de casación. El sustento del recurso extraordinario es que el segundo artículo de la Ley 30364 del 23 de noviembre del 2015, restringe la declaración de menores víctimas de abuso sexual a la etapa de juicio oral; esto es, no cabe una segunda declaración de los menores en sede de investigación preparatoria e intermedia. El artículo 18 de la Ley 30364, reformada por Ley 30862 del 25 de octubre del 2018, señala que se debe evitarse la doble revictimización de las personas agraviadas a través de declaraciones reiterativas o de contenido humillante.

Análisis

Lo que se busca de la Casación en mención, es verificar los fundamentos jurídicos de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema para resolver el Recurso de casación, sobre la declaración del menor de edad bajo el instituto de la prueba preconstituida, de la cual asumiría o no valor probatorio, o es que, no obstante la norma procesal penal de manera

expresa exige que tal declaración sea practicada bajo el instituto de prueba anticipada, lo que, a primera vista conllevaría a que la primera devengue en ineficaz.

Si bien es cierto, existía la disyuntiva cuál de las normas procesales se aplicaba al caso en concreto, ya que para casos de violencia sexual de menores de edad se cita al artículo 19 de Ley N° 30364 “Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar”, que señala que la declaración debe practicarse bajo la técnica de entrevista única y *tiene la calidad de prueba preconstituida*, paralelamente se tiene al Artículo 242, 1 del Código Procesal Penal, que establece, en estos casos, la declaración de una menor sea bajo la anticipación probatoria.

Es de recalcar que el texto legal originario del artículo 19 de la citada Ley N° 30364, se consideraba la declaración del menor agraviado, bajo la entrevista única y como *prueba preconstituida*; lo que desde mi posición ha venido generando un grave conflicto, por cuanto esta clase de pruebas se limitan, por su naturaleza, a actuar pruebas de carácter material (documentales); empero, la prueba anticipada se ocupa de actuar pruebas de carácter personal. No obstante, con la modificación por el Decreto Legislativo N° 1368 del 04 de septiembre de 2018, la testimonial se tramita como prueba anticipada, dejando atrás el hecho de que, como prueba preconstituida, sea actuada por la Policía o Fiscalía; sin embargo, con calidad de prueba anticipada, es ahora el juez el llamado a actuarla, adquiriendo por tanto eficacia probatoria.

Sin embargo, de la Casación en comento, fundamento jurídico Sexto, la Corte Suprema establece que *las declaraciones realizadas en la Fiscalía bajo la técnica de entrevista única se llevaron a cabo con el concurso de la defensa de las partes*. Sin embargo, en el razonamiento de las resoluciones de primera y segunda instancia no se examinó si, en efecto, tales declaraciones presentaron algún *defecto interno relevante* que mereciera aclarar, complementar o precisar, única posibilidad para excepcionar razonablemente la regla de no repetición de tales declaraciones. El dato formal consistente en que se presentó una denuncia ampliatoria, ello no justificaba objetivamente una ampliación del testimonio de las niñas desde que, en esa declaración inicial uno de los denunciados estaba presente con su defensor y verso sobre todo el contexto de lo que ocurrió con las niñas —una ampliación por esta sola circunstancia no tiene sustento material.

Así, en dicha decisión, el colegiado declaró fundado el recurso interpuesto, casaron el auto impugnado, y revocándolo desestimaron el requerimiento del Ministerio Público de

actuación como prueba anticipada, las declaraciones de dos menores de edad; en los seguidos por el delito de actos contrarios al pudor.

De ello podemos colegir que la Corte Suprema se limitó a ponderar la doble victimización del menor y el cumplimiento de la norma procesal penal, es decir si un menor su declaración fue actuado a título de prueba preconstituida, no obstante, como ya lo hemos señalado, para estos casos la norma procesal penal exige que sea a título de prueba anticipada, siendo que para otorgar valor probatorio a dicha declaración debería de corregirse, volviendo a actuar una segunda declaración, lo que según se estaría propiciando la revictimización, del cual no resulta admisible.

Sin embargo bajo ese criterio, el Supremo Tribunal dio validez a una declaración de un menor de edad actuado por el Fiscal bajo el régimen de prueba preconstituída, y como fundamento central fue que *las declaraciones realizadas en la Fiscalía bajo la técnica de entrevista única se llevaron a cabo con el concurso de la defensa de las partes*, sin embargo dicho fundamento colisiona con la naturaleza de la prueba preconstituida que tiene carácter material, mientras que la prueba anticipada tiene carácter personal, más aún si el Código Procesal Penal en su artículo 242, 1, desde su modificatoria por la Ley 30364 del 23 de noviembre de 2015, contempla que la prueba anticipada se aplica para la declaración de menores de edad víctimas de violencia sexual.

Por otro lado, el Artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Penal de 2004 regula la Vigencia e interpretación de la Ley procesal penal, y en el inc. 1. señala que la Ley procesal penal es de aplicación inmediata, incluso al proceso en trámite, y es la que rige al tiempo de la actuación procesal. Bajo ese contexto, en el caso en concreto, no obstante los hechos ocurrieron estando vigente la norma legal invocada, se omitió por parte de la fiscalía aplicar la anticipación probatoria a la declaración de un menor, a lo que, ante tal omisión, según la posesión Hairaberdian, la actuación bajo prueba preconstituida esta deviene en prueba irregular, y si ello no ha corregido, su efecto sería la ineficacia.

III. CONCLUSIONES

Primera: Desde la posición de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en la Casación en comento, se tiene que si una declaración de menor de edad por delito de violencia sexual, es actuada bajo prueba preconstituida y en esta participó la defensa del imputado, y si no existe razón para una ampliación, dicha declaración es convalidada, asumiendo valor probatorio; no obstante, para dichos actos la norma procesal penal

exige que sea a título de prueba anticipada. Por lo que bajo ese contexto la Suprema Corte está legitimando una prueba irregular.

Segunda: Los delitos de violación sexual en menores de edad, se encuentra tipificado en el artículo 173 del Código Penal, el cual tras la modificatoria según Ley N° 30838 del 04 de agosto de 2018, sanciona con una pena privativa de libertad de cadena perpetua, por lo que, estamos ante una sanción con la máxima de las penas, por lo consiguiente corresponde que en un debido proceso, las pruebas que justifican la imposición de la pena sea actuada respetando el orden constitucional y legal; sin embargo, a la fecha se viene vulnerando lo antes invocado.

Tercera: Nuestro sistema procesal penal, se rige por el sistema adversarial, donde se resalta la igualdad de armas, recayendo en una de las partes procesales (el Ministerio Público), como titular de la acción penal, asumiendo los actos de investigación, y como tal, este al dirigir la actuación de una prueba, como es la declaración personal, no obstante la norma exige que la dirija el Juez, desnaturaliza la igualdad de las partes, a lo que estaríamos retrocediendo al desfasado sistema inquisitivo que adoptaba el CdPP de 1940.

Cuarta: Tras la vigencia del Decreto Legislativo N° 1368, del 04 de septiembre de 2018, que modifica el artículo 19 de la Ley N° 30364, regula que la testimonial de un menor de edad se tramita como prueba anticipada, quedando inadmisibles las pruebas preconstituídas; sin embargo, en muchos Distritos Fiscales y Cortes Superiores de Justicia del Perú, aún perdura la práctica de la prueba preconstituída para casos de delitos de violación sexual de menores, lo que se genera una vulneración al debido proceso y el derecho a la legalidad de la prueba, pese a que la Jurisprudencia internacional avoca a estándares elevados de legalidad en asuntos criminales y es muy estricto para la actuación de pruebas periciales, sin embargo, en nuestro sistema procesal penal peruano, se viene ejecutando actuaciones probatorias de manera deficiente.

IV. LISTA DE REFERENCIAS

DOCTRINA

ASENCIO MELLADO, J. M. (2012). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Valencia, Tirant lo Blanch, 6ta. Edición.

CUBAS, V. (2015). *El Nuevo Proceso Penal Peruano*". Segunda Edición. Palestra Editores. Lima-Perú, p. 316.

- ESCOBAR, C. A. (2021) *La cámara Gesell como medio de prueba en el ordenamiento procesal peruano*. Revista *Advocatus* N° 39, de la Universidad de Lima.
- ESCOBAR, C.A. (2020). *Diferencias conceptuales de la prueba preconstituida y prueba anticipada en los delitos de Violación Sexual de menores*. Recuperado el 06/10/2022: <https://agnitio.pe/2020/06/03/diferencias-conceptuales-de-la-prueba-pre-constituida-y-prueba-anticipada-en-los-delitos-de-violacion-sexual-de-menores/>
- FERRER, J. (2019) *Prueba y Racionalidad de las decisiones judiciales*. Primera edición. Editorial CEJL. México.
- FERRER, J., VÁZQUEZ, C. & TARUFO, M. (2018) *Teoría de la prueba*. Edición especial, Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. Recuperado el 08/12/2022: <https://tcpbolivia.bo/tcp/sites/default/files/2019%20LIBRO.pdf#page=71>.
- HAIRABERDIAN, M. (2002). *Eficacia de la Prueba Ilícita y sus Derivadas en el Proceso Penal*. Buenos Aires: Grafica Laf S.R.L.
- NEYRA, J. A. (2010). *Manual del Nuevo Procesal Penal & Litigación Oral*. Lima-Perú, EDEMSA.
- ROSAS, J. (2005). *“Tratado de Derecho Procesal Penal.”* Tomo II. Edit. Jurista Editores. Lima-Perú.
- SALAS, E. (2018) *La naturaleza jurídica de la prueba preconstituida en el Código Procesal Penal de 2004*. Tesis de Maestría en Derecho Penal, Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima-Perú.
- SÁNCHEZ, P. (2020). *El Proceso Penal*. Primera Edición. Editorial Iustitia, Lima Perú.
- TARUFO, M. (2016) *Los estándares constitucionales en materia probatoria*. Conferencia Magistral, Toluca México. Recuperado el 08/11/2022: https://www.youtube.com/watch?v=w_kirx194y8
- VÁZQUEZ ROJAS, C. (2017) *La prueba pericial en la experiencia Estadunidense*. Ponencia por la Universidad de Girona- España. Recuperado el 08/10/2022: <https://www.youtube.com/watch?v=IBJ-bhYVvA8>

JURISPRUDENCIA

- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. EXP. N° 4053-2007-PHC/TC Lima
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. EXP. N° 00579-2013-PA/TC, Santa
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. EXP. N° 00655-2010-PHC/TC-Lima

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Exp. N° 06712-2005-PHC/TC- Lima

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Exp. N° 1014-2007-PHC/TC

CORTE SUPREMA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. Acuerdo Plenario N° 01-2012/CJ-116 (I Pleno Jurisdiccional Extraordinario de las Salas Penales Permanente y Transitoria, publicado el día 26 de julio de 2012)

CORTE SUPREMA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. Acuerdo Plenario N° 04-2015/CJ-116. Recuperado el 06/10/2022: <https://www.gacetajuridica.com.pe/docs/AP-4-2015-LA-LEY.pdf>

CORTE SUPREMA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. Casación N° 21-2019/Arequipa. Recuperado el 05/10/2022: https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/12/Casacion.-N%C2%B0-21-2019-Arequipa_LP.pdf

LEGISLACIÓN

Ley N° 30364 del 23/11/2015

D. Leg. 1307, del 30/12/2016

D. Leg. N° 1368, del 04/09/2018

D. Leg. 957, Código Procesal Penal de 2004

D. Leg. 635, Código Penal