
Ejecución irregular de la prueba preconstituida en los delitos de violación contra la libertad sexual de menores

Lider Alamiro Gonzales Lara¹

lgonzalesla77@ucvvirtual.edu.pe

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

Universidad César Vallejo

Lima- Perú

RESUMEN

En el presente artículo, bajo el enfoque de análisis doctrinario y normativo, se analizará la naturaleza jurídica del derecho a la prueba relacionado a la entrevista de menor de edad en Cámara Gesell en los delitos de violación sexual, probando un régimen de ejecución irregular de la prueba preconstituida, pese a que el marco normativo para tales casos regula su actuación a nivel de prueba anticipada, proponiendo que para efectos de eficacia probatoria, tiene que adoptarse las medidas correctivas de regularización a nivel jurisdiccional.

Palabras claves: prueba preconstituída; prueba anticipada; prueba irregular; cámara gesell; violación de menor de edad.

¹ Autor Principal

Irregular execution of the preconstituted evidence in the crimes of violation against the sexual freedom of minors

ABSTRACT

In this article, under the approach of doctrinal and regulatory analysis, the legal nature of the right to evidence related to the interview of a minor in the Gesell Chamber in the crimes of rape will be analyzed, proving a regime of irregular execution of the preconstituted evidence, despite the fact that the regulatory framework for such cases regulates its performance at the level of anticipated evidence, proposing that for purposes of probative effectiveness, corrective regularization measures must be adopted at the jurisdictional level.

Keywords: preconstituted test; early trial; irregular test; gesell camera; rape of a minor.

Artículo recibido 01 abril 2023

Aceptado para publicación: 15 abril 2023

1. INTRODUCCION

Bajo el enfoque de los derechos fundamentales, nuestro país se rige dentro del contexto de un Estado constitucional de derecho. Así, conforme al artículo 38 de la vigente Constitución de 1993 contempla que todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación; asimismo el Artículo 138 establece que: “La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. Sobre esa línea, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre el Estado constitucional y Supremacía Normativa de la Constitución², estableciendo que el Estado Constitucional de Derecho supone, abandonar la tesis según la cual la Constitución no era más que una mera norma carente de contenido jurídico vinculante, señalando que la Constitución es también una Norma Jurídica, con contenido dispositivo capaz de vincular a todo poder (público o privado) y a la sociedad en su conjunto.

Es de señalar que artículo 139° inc. 3 de la norma constitucional invocada regula como derecho fundamental la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva. Sobre esa línea el máximo intérprete de la Constitución³ se ha pronunciado estableciendo que el debido proceso dentro de la perspectiva formal, cuya afectación se invoca en el presente caso, comprende un repertorio de derechos que forman parte de su contenido constitucionalmente protegido, entre ellos, el derecho al procedimiento preestablecido, el derecho de defensa, el derecho a los medios de prueba, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, el derecho a la pluralidad de instancia, a la motivación de las resoluciones, etc. La sola inobservancia de cualquiera de estas reglas, como de otras que forman parte del citado contenido, convierte al proceso en irregular, legitimando con ello la necesidad de ejercer labores de control constitucional.

Bajo ese contexto y dentro del marco de los derechos fundamentales, se tiene al derecho a la prueba el mismo que implica reglas de pertinencia, conducencia, idoneidad, utilidad, licitud y preclusión, posición

² Exp. N° 4053-2007-PHC/TC, Lima, fundamento 12.

³ Exp. N° 00579-2013-PA/TC, Santa, fundamento 5.3.2.

del Tribunal Constitucional al invocar los principios de la actividad probatoria y a la vez los límites a su ejercicio, derivados de la propia naturaleza del derecho⁴.

Sin embargo, pese a que el derecho fundamental a la prueba tiene estándares de licitud, muchas veces la ejecución del régimen probatorio en el proceso penal deviene en irregular, por contravenir los alcances del artículo 242º del CPP⁵, modificado por Ley N° 30364 del 23/11/2015 y el D. Leg. 1307 del 30/12/2016, la entrevista de los menores de edad en las investigaciones por delitos contra la Libertad sexual, en Cámara Gesell, se viene ejecutando a título de prueba preconstituida, debiendo ser, por imperio de dicha norma, a título de prueba anticipada; no obstante, ambos institutos tienen diferencias jurídico dogmáticas relevantes.

En el presente trabajo se abordará, bajo el análisis doctrinario y normativo con enfoque cualitativo, los alcances jurídicos dogmáticos del derecho a la prueba, específicamente, en lo que respecta al régimen de la prueba preconstituida y régimen de prueba anticipada, estableciendo y describiendo su margen de aplicación irregular en lo que respecta al alcance de las declaraciones en Cámara Gesell dentro del marco de un proceso de violación sexual de menor de edad, demostrando así, la infracción al debido proceso; y, bajo un enfoque cuantitativo, se invocará algunos casos, como Actas de Entrevistas de menores de edad en Cámara Gesell, las mismas que han venido actuándose sin la dirección del Juez de garantías y éstas han sido incorporadas al proceso y valoradas en sentencia, advirtiéndose que se viene legitimando un régimen de prueba irregular.

2. ANÁLISIS

2.1. Naturaleza jurídica del derecho fundamental a la prueba

Para el jurista Neyra (2010) señala que se entiende por prueba a aquello que confirma o desvirtúa una hipótesis o afirmación procedente en el proceso y a la vez constituye una de las más altas garantías contra la arbitrariedad de las decisiones judiciales (p.544).

Sobre el derecho a la prueba, si bien no se encuentra definida expresamente en nuestra vigente Constitución, sin embargo ello se encuentra claramente enfocada por el Tribunal Constitucional, que ha

⁴ EXP. N° 00655-2010-PHC/TC, fundamento 5.

⁵ Código Procesal Penal de 2004

establecido que el derecho a la prueba es un derecho implícito al derecho al debido proceso, abarcando todo el ámbito del proceso (Exp. N° 00010-2002-AI/TC). Asimismo, 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, inc. 3 de la Constitución y que 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 (Exp. N° 1014-2007-PHC/TC, F.J. 8).

Sobre el alcance de la prueba, dicho órgano constitucional ha señalado que la prueba capaz de producir un conocimiento cierto o probable en la conciencia del juez debe reunir ciertas características como: (1) Veracidad objetiva, implica que la prueba exhibida en el proceso 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, donde se verificará la utilidad de la prueba siempre y cuando ésta produzca certeza judicial para la resolución o aportación a la resolución del caso concreto; (4) Pertinencia, esto es, si guarda una relación directa con el objeto del procedimiento o hecho delictivo, de no ser así, no podría ser considerada una prueba adecuada (Exp. N° 1014-2007-PHC/TC, F.J. 12).

De lo anterior, se puede advertir que en el proceso penal, todo elemento probatorio para ser incorporado y ser parte del contradictorio, tiene que cumplir con determinados requisitos, como es la pertinencia, conducencia, idoneidad, utilidad y desde luego ceñirse a la licitud y preclusión.

2.2. Prueba preconstituida y prueba anticipada

Antecedentes

Según Salas (2018) señala que como primer antecedente de la prueba preconstituida lo encontramos en la obra de BENTHAM, quien fabricó 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; señalaba que la prueba preconstituida se podía aplicar a actos como: los contratos; los hechos que ofrecen una presentación legal como los nacimientos,

muerte, etc.; los contratos; los actos judiciales, administrativos y legislativos; los atestados sobre un hecho que acaba de pasar y que son redactados inmediatamente; entre otros.

Como un segundo antecedente el citado autor, señala que se encuentra en la jurisprudencia del TCE⁶, donde sustentar una sentencia condenatoria se permitió la utilización de actos de investigación.

Así, Asencio Mellado (2012) explica que la prueba preconstituida tiene su origen en la jurisprudencia, mientras que la prueba anticipada tiene su fundamento en la LEC 1882, artículo 777.2⁷ como excepción del Art. 741.

Siguiendo la misma postura, Rosas (2005) asume que se ha podido sistematizar cuatro requisitos fundamentales, aplicables a ambas categorías y son: (i) Material, que debe versar sobre hechos que, por su fugacidad, no pueden ser reproducidos en el día del juicio oral; (ii) Subjetivo, que sean realizadas por la autoridad dotada de la suficiente independencia para generar actos de prueba, el cual es el Juez; (iii) Objetivo, la necesidad de que se garantice la contradicción; (iv) Formal, en su ejecución se debe seguir el mismo procedimiento del juicio oral; precisando que, debe ser introducida mediante la “lectura de documento”, esto es, la lectura del acta que reproduce la diligencia.

Partiendo del origen de ambas categorías, según la doctrina española cita que la diferencia entre ambas, aunque no esté regulada expresamente en la ley, se da en que los actos materiales y objetivos constituyen prueba preconstituida, mientras que la prueba anticipada ha de limitarse a los testigos, coinculpados, que deben ser interrogados anticipadamente si se advierte la imposibilidad de hacerlo posteriormente (Asencio Mellado, 2012: p. 282).

Prueba preconstituida

Desde la posición de Neyra (2010) menciona que la prueba preconstituida puede deducirse como aquella prueba realizada antes de iniciarse el proceso y donde no interviene para nada la figura de un juez y que por su naturaleza y característica deben ser considerados actos definitivos e irreproducibles, que se llevan a cabo durante la investigación preliminar o la investigación preparatoria y no es posible postergar su realización hasta el juicio (p. 617).

⁶ Tribunal Constitucional Español (TCE)

⁷ 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.

Asimismo, dicho autor ha señalado que la preconstitución no se caracteriza por la presencia de la contradicción y la irreproducibilidad, supuestos que si son presupuestos de la anticipación de la prueba. En ese sentido, la prueba preconstituida representa una prueba que no debe ser valorada en el proceso penal por llevarse a cabo sin la intervención de un órgano jurisdiccional y por tener lugar antes del inicio del proceso, afectándose de esta forma el principio de inmediación y contradicción (p. 618).

Por otro lado, Salas (2018) asume 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 (p. 69).

La prueba anticipada

Cubas (2015) asume 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 (p.316). Así, la prueba anticipada es aquel medio probatorio practicado durante la investigación preparatoria o etapa intermedia, esto es con anterioridad al juicio oral y con la intervención del juez de investigación preparatoria, tal acto se realiza por razones circunstanciales de urgencia (Rosas, 2005, p. 294).

Así, bajo el enfoque anterior se infiere que la prueba anticipada implica la realización de actos urgentes o con imposibilidad inminente de verse amenazada su actuación, ello está referido a casos como las declaraciones testimoniales, pero su actuación se realiza bajo la dirección del juez de garantías.

Similitud y diferencias entre prueba preconstituida y prueba anticipada

Según Escobar (2021) en su tesis de doctorado, manifiesta que la prueba preconstituida es un complejo compuesto por aquellos actos de investigación de carácter material (no personal), objetivos e irreproducibles, que se realiza por la PNP o el Fiscal, con antelación al Juicio Oral, con fines de impugnación cabe la posibilidad de su ratificación formal cuando sea necesario (p. 243). Sobre la prueba anticipada menciona que 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, siendo su objeto testifical y pericial, mas no es documental (p.244).

Desde el enfoque de la jurisprudencia, la Corte Suprema de la República⁸ ha establecido señalando que la preconstitución probatoria procesalmente *está* referida a la prueba material y la documentada (referido a las actas de decomiso, constatación, hallazgo, pesaje, incautación, detención, de registro, 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, desde la perspectiva jurídica, lo esencial y determinante es que la entrevista única se realice bajo los requisitos antes mencionados, si así ha de serlo, tendrá eficacia probatoria y, por ende, podrá ser valorada por el juez conforme a las reglas de la sana crítica.

De lo invocado a la preconstitución y anticipación probatoria, se puede advertir las siguientes similitudes y diferencias:

Prueba preconstituida	Prueba anticipada
En ambos institutos se realizan fuera de la etapa del juicio oral	
Recoge todo medio probatorio que tenga el riesgo de perderse	Recoge testimonios
La dirige el fiscal o la policía. No requiere audiencia.	La dirige el Juez de garantías en acto de audiencia.
No está regulada expresamente. Pero sí se advierte en algunos artículos del CPP, que guardan relación (artículo 325), prescribe 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.	Se encuentra expresamente regulada en el artículo 242 del CPP.

Prueba Ilícita y Prueba Prohibida

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 Hairabedian (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; por prueba prohibida sería la consecuencia de la

⁸ Casación N° 21-2019/Arequipa del 26/02/2020, Fundamento de derecho Quinto.

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).

Desde la posición de Neyra (2015) ha señalado que la prueba ilícita es la que infringe cualquier ley (no solo la Constitución, también la legislación ordinaria), esta concepción amplia de prueba ilícita supone la exclusión del proceso de aquel medio probatorio obtenido no solo quebrantando derechos fundamentales (integridad física, inviolabilidad de las comunicaciones, entre otros), sino, además, las generadas vulnerando normas de rango ordinario (p. 420).

2.3. El régimen de prueba en el tipo penal de violación sexual de menor

El delito de violación 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 agresor sobre su víctima manifestada a través de una acción física, psicológica, grave amenaza o de coacción o de cualquier otro modo que impida a la persona agraviada dar su libre consentimiento. Pero en cuanto al delito contra los menores de 14 años de edad se regula en el artículo 173º, reprime con una 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 tipo de agravio a los menores de 14 años o los incapaces, donde el bien jurídico protegido es la intangibilidad o indemnidad sexual.

Violencia sexual, según el Ministerio Público (2016) 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 alguno*⁹.

Con respecto a la indemnidad sexual, la dogmática jurídica en este caso autores como Díez (2000) señala como un claro precedente es el de intangibilidad sexual, introducido en la doctrina española por influencia de la italiana a fines de los setenta e inicios de los ochenta, y en atención a una extendida opinión social en virtud de la cual ciertas personas, dadas las cualidades en ellas concurrentes o la situación en la que se encuentran, son sexualmente intocables, esto es, deben permanecer completamente al margen de experiencias sexuales (p. 80).

⁹ Guía de Procedimiento de Entrevista Única a víctimas en el marco de la Ley N° 30364 Ley 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.

Sobre el particular, una clara definición lo da la Corte Suprema¹⁰ quien establece 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*, esto es, a manera de explicación 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 sexual, en tal sentido, las normas y la doctrina nacional y comparada, consideran que la “indemnidad sexual” es el objeto fundamental de tutela penal respecto a los referidos menores de edad¹¹.

Cámara Gesell.- La Cámara Gesell es una herramienta creado por el psicólogo y pediatra norteamericano, pionero en el campo del desarrollo infantil, Dr. Arnold Lucius Gesell (21/06/1880 – 29/05/1961). Básicamente consiste en dos habitaciones con una pared divisoria en la que hay un vidrio espejado (solo permite la visión en un solo sentido). Gesell la creó para ver la conducta de los niños sin que estos se sintieran presionados al ser observados. El relato del menor debe llevarse a cabo en un ambiente físico especialmente diseñado para lograr la mayor comodidad y seguridad del mismo (Pintos, 2016, p. 17).

En esa misma línea, según el Protocolo de Entrevista Única para Niñas, Niños y Adolescentes¹², establece que la Cámara Gesell es 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 y garantiza la posibilidad de que dicha entrevista sea grabada en audio y video con las garantías correspondientes.

Dicho Protocolo, con relación a *la entrevista en la Cámara Gesell establece que 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; asimismo enfatiza que participan en la Cámara Gesell, entre las partes procesales, el Juez, pudiendo ser el de familia, penal o mixto.*

¹⁰ Acuerdo Plenario N° 01-2012/CJ-116

¹¹ ACUERDO PLENARIO N° 01-2012/CJ-116 – I Pleno Jurisdiccional Extraordinario de las Salas Penales Permanente y Transitoria, publicado el 26/0/2012.

¹² Aprobado por Resolución Administrativa N° 277-2019-CE-PJ de fecha 03/07/2019.

En efecto el protocolo antes citado establece que la entrevista está sujeta al cumplimiento de diferentes etapas, entre ellas podemos mencionar a: 1) Como actos previos a la Entrevista Única, el fiscal o juez y el psicólogo se reúnen en la sala de observación con los padres o responsables del menor, con la finalidad de obtener información básica, como, generales de ley, hechos, sus condiciones familiares y demás en lo pertinente. 2) Inicio de la entrevista, donde el fiscal o juez da inicio a la Entrevista Única y el psicólogo se presenta siendo su primera función el de explorar adecuadamente sobre el hecho que se investiga.

Los estándares en las pericias psicológicas

Sobre el valor probatorio de la entrevista de un menor en Cámara Gesell, víctima de violencia sexual, uno de los puntos a abordar es la competencia de entrevistador, esto es la del perito Psicólogo y, por otro lado, es a tomar en cuenta quién es la autoridad competente para dirigir dicha entrevista, en este último caso, por mandato imperativo de la norma, debería ser dirigido por el Juez de garantías, del cuyo análisis se hace en los siguientes puntos.

Con relación a la competencia del perito Psicólogo que realiza la entrevista y su procedimiento, esta se rige por el cumplimiento de determinados protocolos regulados en la Guía de procedimientos de entrevista única a víctimas en el marco de la Ley N° 30364¹³ y el Protocolo de Entrevista Única para Niñas, Niños y Adolescentes en Cámara Gesell¹⁴, a tener en cuenta, entre ellos:

El psicólogo entrevistador

Según lo regulado en el Protocolo antes citado, se establece que el psicólogo/a entrevistador/a deberá estar capacitado en las técnicas de psicología forense y psicología del desarrollo, de acuerdo a la edad y circunstancias personales de la niña, niño o adolescente, sin embargo la jurisprudencia internacional ha establecido como doctrina determinados estándares que se debe cumplir.

Por otro lado, también correspondería revisar los estándares de calidad que deben cumplir las pericias para su validez y fiabilidad, así Vásquez (1014) explica los factores de científicidad que debe tener una prueba pericial (p. 69), al abordar el Caso Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals Inc. de 1993 donde la Corte Suprema de los Estados Unidos estableció como criterios jurisprudenciales los mismos que son

¹³ Ley N° 30364 para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar

¹⁴ Aprobado con Resolución Administrativa N° 277-2019-CE-PJ de fecha 03/07/2019

útiles para explicar cualquier pericia, y estos son: a) La controlabilidad y falsabilidad de la teoría científica o de la técnica en que se fundamenta la prueba, ello implica que la teoría haya sido probada no solo dentro de un laboratorio, sino empíricamente; b) La publicación en revistas sometidas al control de otros expertos de la teoría o la técnica en cuestión, lo que permite su control y revisión de otros expertos; c) El porcentaje de error conocido o potencial, así como el cumplimiento de los estándares correspondientes a la prueba empleada; d) La existencia de un consenso general de la comunidad científica interesada.

Dichos criterios también han sido recogidos por el Supremo Tribunal Peruano¹⁵, al abordar sobre la valoración de la prueba pericial en delitos de violación sexual, señalando que, a efectos de la valoración de las pericias, estas son clasificadas en formales y fácticas. Sobre las primeras, están la química, biología e ingeniería, cuya calificación es indiscutible (como ejemplo, la prueba de ADN se basa en conocimientos científicos biológicos, o las pericias toxicológicas), estas se guían por el cumplimiento de un determinado protocolo¹⁶. En cuanto a las ciencias fácticas, señala que la integran las ciencias sociales: psicología, historia, etc., entre sus principales pericias están, la psicológica, psiquiátrica, que estas 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.*

Sobre el valor de una prueba científica (pericia científica) TARUFO (2017) 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.

En la posición de Escobar (2021) en su artículo concluye que el medio de prueba denominado cámara Gesell debe ser pericia científica en la que participan más de dos profesiones, el de asistencia social que se encarga del reporte y el examen a cargo de dos Psicólogos cognitivos (p. 337).

De este último enfoque, advertimos de la casuística para estos casos, se tiene que muchos psicólogos emiten sus Informes Psicológicos basándose a lo que fue la entrevista en cámara Gesell, y desde la

¹⁵ Acuerdo Plenario N° 4-2015/CIJ-116

¹⁶ Manual de Protocolos de Procedimientos Médicos Legales Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses

posición del citado autor, se puede colegir que la Pericia Psicológica aún no tiene el carácter de científica.

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 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 los establecimientos privados cuyo funcionamiento se encuentra autorizado por el Ministerio de salud.

Establece que 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)

Sobre el valor probatorio de la pericia, el Supremo Tribunal se ha pronunciado en el R.N. N° 680-2021, Ancash, del que se puede esgrimir 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 ha establecido que: 1) La prueba pericial psicológica, 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 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. Los datos sobre hechos se introducen mediante la prueba testifical (Cas. N° 233-2018, Arequipa, F.J. tercero y cuarto).

2.4. Análisis concreto de la aplicación irregular de la prueba preconstituida en las entrevistas en cámara Gesell

Se ha invocado para los casos de violencia sexual de menores de edad, el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual, y una de las formas de probar tal vulneración, tenemos por ejemplo las evaluaciones medicolegales, la evaluación psicológica y la entrevista en Cámara Gesell¹⁷, pero en el caso que nos ocupa, el reto fundamental es probar la manifestación del acto vulneratorio de indemnidad a través de la declaración testimonial del menor.

Al respecto, en nuestro vigente Código Procesal Penal y a partir de la vigencia de la Ley N° 30364 y el D. Leg. 1307 que modifica el Artículo 242°, 1 exige que para casos de delitos de Violación Sexual en menores de edad, la declaración de un menor de edad en cámara Gesell *podrá instarse al Juez de la Investigación Preparatoria la actuación de una prueba anticipada.*

Atendiendo a la modificatoria invocada, y sobre su aplicación a los casos en concreto, el artículo VII del Título Preliminar de la norma procesal, establece 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.*

Entonces para los casos invocados, claro está, que a partir de la vigencia de las citadas leyes modificatorias del mencionado artículo 142°, esto es, desde el 16 de octubre de 2015, y 30 de diciembre de 2016, la declaración de la víctima menor de edad, bajo la técnica de entrevista única en Cámara Gesell, por tratarse de una prueba personal, corresponde su efectivización bajo el régimen de prueba anticipada, con la dirección del Juez de la Investigación Preparatoria.

¹⁷ 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.

Sin embargo, en muchos distritos judiciales, a nivel nacional diría yo, se viene actuando dicha declaración a título de prueba preconstituida, lo cual se considera, según el modelo pragmatista, en el sentido de apurar la diligencia desconociendo el régimen de regularidad que ha sido definido por el legislador, por citar algunos casos específicos: i) En el Distrito Judicial del Callao (Carpeta Fiscal 377-2017, que generó el Exp. 03929-2017), Juzgado Penal Colegiado Transitorio, sobre el delito contra la Libertad Sexual de menor de edad, con fecha 24 de mayo de 2017 se llevó a cabo la declaración de una menor de edad en Cámara Gesell, ampliándose la misma en la fecha del 09 de febrero de 2018, en ambas ha sido ordenada y dirigida por el Fiscal a cargo de la investigación. ii) En el Distrito Judicial de Huancavelica, Exp. 102-2019-29, sobre el mismo delito, se tiene que: a) la declaración en cámara Gesell de 2 menores de edad que se actuaron el 14/05/2019 y 12/11/2019 fue dirigida por el Fiscal bajo el régimen de prueba preconstituida, en ambas diligencias no participó el Juez de Investigación Preparatoria; b) En juicio oral (audiencia del 04/10/2021) se actuó como ampliación las testimoniales de las dos menores, pero sin la participación de un perito psicólogo y en Cámara Gesell, dado que las menores tenían la condición de agraviadas, se ha vulneró el artículo 171 inc. 3 del CPP; c) De la Sentencia de Vista, fundamento 2.3.5 hace referencia que las agraviadas habían declarado preliminarmente en calidad de prueba preconstituida. iii) En el presente año, en el Distrito Fiscal de Lima Norte (Carpeta Fiscal N° 290-2022), delito contra la Libertad Sexual de menor de edad), con fecha 06 de marzo de 2023 se llevó a cabo la Entrevista Única de menor en Cámara Gesell, dicha diligencia ha sido ordenada y dirigida por el Fiscal a cargo de la investigación.

Como se puede advertir las declaraciones de las menores de edad se actuaron obviando el rol que le corresponde al Juez de Garantías, conforme al mandato imperativo del artículo 242 inc. 1 d) del CPP, modificado por Ley N° 03364 del 23/11/2015 y el D. Leg. 1307 del 30/12/2016 y en aplicación el artículo VII del Título Preliminar de la norma procesal invocada, la norma es de aplicación inmediata al caso en concreto; empero, no obstante la vigencia de dicha norma, tal entrevista, si bien es cierto se llevó en cámara Gesell, con participación de un Psicólogo, pero estas se realizaron bajo el precepto de la preconstitución, esto es, fue actuada por mandato del Fiscal.

Así, el problema esbozado nos plantea un régimen irregular de la prueba, del cual deviene en preocupación, no obstante su regulación expresa en la norma procesal, siendo el fiscal defensor de la

legalidad, pueda actuar irregularmente una declaración en la forma y modo en el que se ha venido y viene haciendo.

Es de agregar, sobre la irregularidad de la prueba, lo que se busca es que esta sea subsanada de manera oportuna, para surtir su efecto probatorio.

Es de resaltar la Casación N° 33-2014, Ucayali, donde la Sala Penal Permanente estableció como doctrina jurisprudencial vinculante, al señalar que, a efectos de evitar la victimización secundaria dispuso como reglas, entre ellas, el de promover y fomentar la actuación de única declaración de la víctima, donde la declaración de un menor de edad con la declaración de la Cámara Gesell debe estar precedida de las condiciones que regula la prueba anticipada, sosteniendo además, que el entrevistador debe saber los puntos sobre los cuales debe versar la entrevista, los cuales son propuestos por las partes con la intervención del Juez, además estableció supuestos para actuarse, de manera excepcional, la declaración testimonial en juicio oral (f.j. décimo segundo, décimo cuarto y vigésimo sexto); sin embargo, en contradicción a ello, existe pronunciamientos de otras Salas penales (Casación N° 21-2019, Arequipa) que otorgan valor probatorio a la declaración testimonial de un menor actuada como prueba preconstituida, mención como antítesis al presente estudio se analiza en otro artículo.

3. CONCLUSIONES

Primera: En el último quinquenio, una de las modificaciones al Código Penal es el endurecimiento de las penas a los delitos contra la Libertad Sexual, sobre todo en agravio a los menores de edad, lo que mediante Ley N° 30838 de fecha 04/08/2018, se modificó en cuanto a las penas para este último caso, caso específico el artículo 173 que estaba determinada según el rango de edades, incrementándose genéricamente a cadena perpetua.

Segunda: Pese a la rigurosidad con el máximo de las penas para tal delito, hoy en día se viene institucionalizando un régimen irregular de la prueba anticipada, llevando la entrevista de un menor de edad en Cámara Gesell a un régimen de prueba preconstituida, no obstante su regulación expresa en el artículo 242° del CPP, modificado por la Ley N° 30364 del 23/11/2015 y el D. Leg. 1307 del 30/12/2016, por lo que se exige la urgente necesidad de su regulación interpretativa del Supremo Tribunal en un Acuerdo Plenario.

Tercera: La aplicación irregular de la preconstitución a los delitos de violación sexual de menor, no obstante, su regulación expresa es que debe ser bajo la anticipación probatoria, y según el criterio del máximo intérprete de la Constitución, estaríamos ante un caso de vulneración al debido proceso, por lo que al amparo de lo establecido en el artículo VIII del Título Preliminar y el artículo 159 del CPP, una entrevista en Cámara Gesell a título prueba preconstituida, no surtiría eficacia probatoria en la sentencia.

4. LISTA DE REFERENCIAS

DOCTRINA

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

AVILA, R. (2009) *Del Estado legal de Derecho al Estado constitucional de derechos y justicia*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de UNAM. Ecuador.

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

DIEZ, J. (2000). *El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual*. Revista de Derecho Penal y Criminología, Núm. 6, Pág. 69-102. En: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=174156>

ESCOBAR, C. (2021). *La Cámara Gesell como medio de prueba en el ordenamiento procesal peruano*. Revista Advocatus N° 39, Universidad de Lima. Recuperado el 15/12/2021, en: <https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/view/5137>

ESCOBAR, C.A. (2021). *Problemática del uso de la cámara Gesell en los delitos de Violación Sexual de menores como medio de prueba*. En: https://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12672/17009/Escobar_ac.pdf?sequence=1&isAllowed=y

HAIRABEDIAN, M. (2002). *Eficacia de la Prueba Ilícita y sus Derivadas en el Proceso Penal*. Grafica Laf S.R.L. Buenos Aires.

MINISTERIO PÚBLICO (1016). *Guía de procedimientos 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 víctima de violencia*. En: <https://repositorio.aurora.gob.pe/handle/20.500.12702/96>

NEYRA, J. (2010). *Manual del Nuevo Proceso Penal & Litigación Oral*. Editorial EDEMSA Lima-Perú.

NEYRA, J. (2015). *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo II. Editorial EDEMSA. Lima Perú.

PINTOS, N.F. (2016). La “Cámara Gesell” como medio de prueba en los delitos de abuso sexual a menores de edad. Universidad Empresarial Siglo 21, Argentina. En: <https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/bitstream/handle/ues21/12037/Pintos%2c%20Nelson%20Fernando.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

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.

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

VÁSQUEZ, C. (2014). Sobre la científicidad de la prueba científica en el proceso judicial. Anuario de Psicología Jurídica. Vol. 24. Colegio de Psicólogos de Madrid-España. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/3150/315031876009.pdf>

JURISPRUDENCIA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. EXP. N° 4053-2007-PHC/TC Lima

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. EXP. N° 00579-2013-PA/TC, Santa.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. EXP. N° 00655-2010-PHC/TC-Lima

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

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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Penal Permanente. Casación N° 33-2014/Ucayali, del 28/10/2015.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. 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 JUSTICIA, Acuerdo Plenario N° 01-2012/CJ-116, I Pleno Jurisdiccional Extraordinario de las Salas Penales Permanente y Transitoria, del 26/07/2012.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Penal Permanente. Sentencia Casación N° 21-2019/Arequipa,
del 26/02/2020.

MARCO NORMATIVO

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 de fecha 29.07.2004, Código Procesal Penal.

D. Leg. 635 de fecha 08/04/1991, Código Penal.

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