

Prueba preconstituída en los delitos contra la indemnidad sexual

Lider Alamiro Gonzales Lara^{1*}, Gerardo Francisco Ludeña González¹, Nilton Isaias Cueva Quezada¹

¹ Escuela de Posgrado. Universidad César Vallejo. Perú.

*Autor para correspondencia: Lider Alamiro Gonzales Lara, lgonzalesla77@ucvvirtual.edu.pe

(Recibido: 01-11-2023. Publicado: 30-12-2023.)

DOI: 10.59427/rcli/2023/v23cs.3411-3419

Resumen

El presente estudio tuvo como objetivo, bajo un enfoque cualitativo, analizar Prueba preconstituída en los delitos contra la indemnidad sexual. A fin de comprender la naturaleza jurídica del derecho a la prueba relacionado a la entrevista de menor de edad en cámara Gesell en los delitos contra la indemnidad sexual, probando un régimen de ejecución indebida de la prueba preconstituída. La metodología se realizó con un enfoque cualitativo, teniendo como método el análisis documental, se buscó las diferentes bases de datos especializados de Scopus, Scielo, Dialnet y páginas web oficiales, como resultados obtenidos se tiene que, no obstante el marco normativo procesal penal, jurisprudencial y doctrinario prescribe que, para tales casos, la declaración del menor sea actuada como prueba anticipada y como única declaración. Como conclusión arribada se tiene que la actuación de entrevista del menor como preconstitución probatoria vulnera la no revictimización del agraviado, como también los derechos fundamentales del imputado y las garantías del debido proceso, de lo que dicha entrevista no puede tener efecto probatorio.

Palabras claves: Indemnidad sexual, prueba preconstituída, prueba anticipada, prueba ilícita, principio de legalidad procesal.

Abstract

The objective of this study, under a qualitative approach, was to analyze preconstituted evidence in crimes against sexual indemnity. In order to understand the legal nature of the right to evidence related to the interview of a minor on camera, Gesell in crimes against sexual indemnity, proving a regime of improper execution of the pre-constituted evidence. The methodology was carried out with a qualitative approach, having as a method the documentary analysis, the different specialized databases of Scopus, Scielo, Dialnet and official websites were searched, as results obtained it is that, despite the normative framework of criminal procedure, jurisprudence and doctrine prescribes that, for such cases, the statement of the minor is acted as advance evidence and as the only statement. As a conclusion reached, it must be concluded that the conduct of interviewing the minor as a pre-constitution of evidence violates the non-revictimization of the injured party, as well as the fundamental rights of the accused and the guarantees of due process, so that such an interview cannot have probative effect.

Keywords: Sexual indemnity, pre-constituted evidence, advance evidence, illicit evidence, principle of procedural legality.

1. Introducción

Los delitos contra la indemnidad sexual, por su gravedad merecen que se tramiten bajo el cumplimiento de las debidas garantías procesales para no vulnerar los derechos tanto de la víctima como del imputado. Así, en un estado constitucional de derecho del cual se rige el Perú, el artículo 44 de la Constitución establece un deber del Estado en una doble dimensión, el de garantizar la defensa de los derechos humanos, y por el otro, garantizar la seguridad ciudadana (Talavera, 2009, p. 29). Como garantía de los derechos fundamentales, la Constitución en su artículo 139, 3 regula el principio de la observancia al debido proceso, que en su perspectiva formal, comprende a diversos derechos que forman parte de su contenido constitucionalmente protegido, como el derecho a: un procedimiento preestablecido, de defensa, los medios de prueba, un proceso sin dilaciones indebidas, pluralidad de instancia, a la motivación de las resoluciones, etc. La inobservancia de cualquiera de estas reglas, como de otras que forman parte del citado contenido, convierte al proceso en irregular (Exp. N° 00579-2013-PA/TC, Santa, fundamento 5.3.2). El órgano Constitucional al invocar los principios de la actividad probatoria y a la vez los límites a su ejercicio, estableció que el derecho fundamental a la prueba implica reglas de pertinencia, conducencia, idoneidad, utilidad, licitud y preclusión (EXP. N° 00655-2010-PHC/TC, fundamento 5).

Con relación a la seguridad ciudadana, se tiene que los delitos contra la violencia sexual, ha quedado sentado que estos constituyen un grave problema de carácter mundial que trasgrede los derechos humanos, estimándose que del total de casos de maltrato infantil reportados anualmente, alrededor del 26 % son exclusivamente de abuso sexual (Acuña, 2014). Ante dicho contexto, a nivel de los países de América Latina, los estados con el afán de dar una respuesta a dicha problemática han venido dictando políticas con endurecimiento de penas. Arrieta et. al (2019) desde un análisis criminológico sobre delitos sexuales en contra de menores de edad en Colombia, asumieron que, de las normas de carácter sustantivo, procesal y jurisprudencial, tienen fundamentos teóricos del derecho penal del enemigo, del que convierten al agresor sexual de menores de edad en un “enemigo” de la sociedad como efecto-castigo es asegurar espacialmente al procesado o condenado mediante el internamiento por largos años y además, flexibilizando las garantías procesales y probatorias (p. 249). En esa línea, Mendoza (2019) al explicar si la cadena perpetua resulta ser eficaz para disminuir los altos índices de criminalidad por violencia sexual de menores de 14 años, y si dicha medida concuerda con el fin resocializador de la pena, arribó a la conclusión de que la pena máxima en mención en el Perú vulnera la dignidad, el fin resocializador y el principio de humanidad de la pena regulados en la Constitución (artículos 1 y 139 inc. 22). Además, señaló que aplicar penas en función a la simple opinión pública, sin los debidos estudios técnicos, se remite al escenario del llamado “populismo punitivo”.

Tuya (2023) señaló, con relación a la violencia sexual de menores en el Perú, se viene dando una tendencia de crecimiento porcentual año tras año, de lo que el gobierno implementó a manera de prevención la Ley N° 30364 del 23-11-2015 (Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar), sin embargo esta no ha venido dando resultado de eficacia, por lo que en el 2018 se tuvo que dar una mirada a modificar e incrementar las penas para los delitos de violación sexual tipificados en los artículos 170 y 173 del Código Penal (Ley N° 30838 del 04/08/2018) y varía desde 20 años de condena hasta cadena perpetua, según la edad de la víctima. La tendencia de crecimiento de año tras año por estos delitos se demuestra con la población carcelaria a nivel nacional por el delito de violación sexual contra NNA que, según el Observatorio Nacional de Política Criminal – INDAGA (2018) es de 3.101 procesados y 4.800 sentenciados (p. 153). Sin embargo, no obstante el derecho fundamental a la prueba tiene determinados estándares entre ellos el de licitud, sin embargo ha venido ocurriendo que la ejecución del régimen probatorio dentro del proceso penal para casos de delitos contra la indemnidad sexual deviene en irregular, por cuanto la entrevista de la víctima en cámara Gesell se ha venido actuando como prueba preconstituída, cuando por imperio de los alcances del artículo 242º, 1, d) del Código Procesal Penal de 2004, a partir de la vigencia de la Ley N° 30364 del 23/11/2015 dicha declaración debe ser como prueba anticipada; empero, ambos institutos tienen diferencias jurídico dogmáticas relevantes. En el presente artículo tiene por objetivo analizar la prueba preconstituída en los delitos contra la indemnidad sexual, considerando los aspectos doctrinario, normativo y jurisprudencial, con enfoque cualitativo, de los alcances jurídicos dogmáticos del derecho a la prueba, específicamente, en lo que respecta al régimen de la prueba preconstituída y régimen de prueba anticipada, estableciendo y describiendo su margen de aplicación irregular en lo que respecta al alcance de las declaraciones realizadas en cámara Gesell dentro del marco de un proceso de delitos contra la indemnidad sexual, demostrando así, la infracción a las debidas garantías procesales tanto del procesado como de la víctima; advirtiéndose que se viene legitimando un régimen de prueba irregular.

2. Desarrollo

2.1. El derecho fundamental a la prueba

Sánchez (2020) ha señalado que la prueba es una de las instituciones de mayor trascendencia y apasionamiento en el proceso judicial, por ello es la forma natural de la demostración de la verdad de una afirmación o la existencia de un hecho o cosa (p. 268). El derecho a la prueba ha sido abordado ampliamente por el Tribunal Constitucional estableciendo que este es un derecho implícito al derecho al debido proceso, por lo entanto, abarca todo el ámbito

del proceso (Exp. N° 00010-2002-AI/TC). Asimismo, dicho órgano 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, por lo que, una de las garantías que asisten a las partes 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, fundamento 8).

En esa línea se ha señalado que la prueba capaz de producir un conocimiento cierto o probable en la conciencia del juez debe reunir determinadas características, como: (1) Veracidad objetiva, la prueba exhibida en el proceso debe dar un reflejo exacto de lo acontecido en la realidad. (2) Constitucionalidad de la actividad probatoria, proscribiendo actos que violen los derechos fundamentales o transgresiones al orden jurídico en la obtención, recepción y valoración de la prueba; (3) Utilidad; (4) Pertinencia, esto es, si guarda una relación directa con el objeto del procedimiento (Exp. N° 1014-2007-PHC/TC, fundamento 12).

Bajo la línea del derecho a la prueba, mientras se sigue el trámite del debido proceso (obtenerse, admitirse, actuarse y valorarse en la sentencia) el imputado goza de la presunción de inocencia. Así Talavera (2009) desde un enfoque a los Derechos Humanos, ha señalado que el derecho a la presunción de inocencia aparece considerado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 11^o.1 bajo el texto “ Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa ” (p. 33), de allí que la presunción de inocencia exige que las pruebas se practiquen con todas las garantías y se obtengan de forma lícita (p. 36).

2.2. La prueba preconstituida y prueba anticipada en el proceso penal

Antecedentes de prueba preconstituida y prueba anticipada Como un primer antecedente sobre prueba preconstituida, Salas (2018) refiere que esta se encuentra en la obra de BENTHAM, quien acuñó el término “preconstituida”, la misma que no alcanzaba a ser un medio de prueba, debido a que solo podría probar que algo puede ser bueno o malo, completo o incompleto; aplicándose a: 1) los hechos que ofrecen una representación legal: nacimiento, matrimonio, muerte, 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.

Como segundo antecedente se encontró en la jurisprudencia del TCE , que permitió el uso de actos de investigación para sustentar una sentencia condenatoria, así Asencio (2012) señaló que la prueba preconstituida tiene su origen en la jurisprudencia, a diferencia de la prueba anticipada tiene su fundamento en el Art. 777.2 como excepción del Art. 741 de la LEC1882. Bajo esa línea, cuatro son los requisitos fundamentales aplicables tanto a la prueba preconstituida como la prueba anticipada: (i) Material, versando sobre hechos que por su fugacidad, no pueden ser reproducidos en el juicio oral; (ii) Subjetivo, para generar actos de prueba, debe ser realizadas por el juez, como única autoridad dotada de la suficiente independencia; (iii) Objetivo, garantizando la contradicción; (iv) Formal, en la ejecución de la prueba sumarial se debe seguir el mismo, del juicio oral; introduciéndose mediante la lectura de documento (Rosas, 2016, pp.1122 y 1123). Partiendo del origen de ambas categorías, según la doctrina española, se señala que la diferencia entre ambas, aunque no lo diga expresamente la ley, está en que los actos materiales y objetivos constituyen prueba preconstituida, mientras que la prueba anticipada versa testigos, coinculpados, que deben ser interrogados anticipadamente si se prevé la imposibilidad de hacerlo posteriormente por cualquier motivo (Asencio, 2012, p. 282).

Prueba preconstituida

Para el jurista Neyra (2015), la prueba preconstituida es aquella que dada su naturaleza y características de urgencia e irreproducibilidad posterior, es considerada como un acto definitivo e irreproducible que se lleva a cabo durante la investigación preliminar, sin la intervención del juez, ocupándose sobre las actas de: registro personal, intervención en flagrancia, incautación, etc., que por la premura de constatar el momento oportuno del hecho se deben realizar de inmediato, en muchas veces a cargo de la Policía Nacional. En esa perspectiva, Salas (2018) citando a UGAZ señala que la preconstitución solamente se realiza para “actos de constancia”, como la inspección, revisión, incautación, hallazgo, pesaje, allanamiento, entre otros (p. 69).

La prueba anticipada

El jurista Rosas (2015) asume que la prueba anticipada es practicada siempre con intervención del juez penal o tribunal y con posibilidad de someterla a contradicción, al advertir imposibilidad de practicarse en el juicio oral o que pudiera motivar su suspensión, como por ejemplo en la declaración testifical que pueden concurrir circunstancias fundadas que impiden practicarlas en el plenario. Su actuación como tal se justifica en tanto y en cuanto se haga efectiva los principios de inmediación y contradicción, con el fin de garantizar la oportunidad a todas las partes procesales de interrogar o contrainterrogar sobre los hechos que son materia del proceso penal

(pp. 1126 y 1128). Bajo ese mismo criterio, para Cubas (2015) la prueba anticipada es aquella que se realiza antes del inicio del juicio oral, debido a la imposibilidad material de practicarla en dicho acto (p.316).

Diferencias entre prueba preconstituida y prueba anticipada Sobre el particular, la Corte Suprema de la República a través de la Sala Penal Permanente, ha desarrollado el objeto de cada una de las instituciones, la preconstitución probatoria procesalmente está referida a la prueba material y la documentada o documental pública (actas de constatación, decomiso, incautación, hallazgo, pesaje, detención, intervención, allanamiento, de registro, de control de comunicaciones, etcétera) pudiendo actuarse por la Policía o el Fiscal, mientras que la anticipación probatoria comprende exclusivamente la prueba personal, siendo su actuación dirigida solo por el juez. Agrega que lo esencial y determinante desde una visión jurídica es que la entrevista única se realice bajo los requisitos antes indicados para surtir eficacia probatoria y, por ende, podrá ser valorada por el juez conforme a las reglas de la sana crítica (Casación N° 21-2019/Arequipa del 26/02/2020, F.J. Quinto). De lo invocado sobre de ambas categorías, teniendo en cuenta el marco normativo procesal penal, se puede observar en la tabla 1 las siguientes similitudes y diferencias:

Tabla 1: Similitudes y diferencias de ambas categorías.

Prueba preconstituida	Prueba anticipada
En ambas categorías se realizan fuera del juicio oral	
Es de carácter material, constata hechos materiales que tenga el riesgo de perderse	Es personal, versa sobre testigos o peritos
Puede dirigirla el fiscal o la policía. Sin necesidad de audiencia.	Solo la dirige el Juez (Investigación Preparatoria). En acto de audiencia.
No se advierte regulación expresa, pero si se advierte relación en el artículo 325 del CPP de 2004, con el texto que para los efectos de la sentencia tienen carácter de acto de prueba (...) las actuaciones objetivas irreprodu. cibles cuya lectura en el juicio oral autoriza este Código.	Se encuentra expresamente regulada en el artículo 242º del CPP de 2004.

Prueba Ilícita, Prueba Prohibida e irregular Uno de los principios en que se sustenta la prueba para ser incorporado y admitido en el proceso es su licitud, sobre el particular por prueba ilícita es aquella en la que su génesis y/o desarrollo se ha vulnerado un derecho fundamental; por prueba prohibida sería la consecuencia de la prueba ilícita, y prueba irregular sería aquella prueba que en su obtención y práctica se originan con violación de las normas de rango ordinario (Hairabedian, 2002, p. 29).

2.3. Delito de violencia sexual

Desde un marco normativo, 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 menores de edad, se regula en el artículo 173º, estableciendo que 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, esto es 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 14 años o los incapaces, en donde el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual. Por libertad sexual se entiende por el derecho que tiene toda persona de autodeterminarse sexualmente y de rechazar la intromisión de dicha esfera a terceras personas cuando no medie consentimiento. Con respecto a la “indemnidad sexual” o “intangibilidad sexual” está referido al bien jurídico que protege a los menores de edad o “incapaces”, pues son sujetos que no pueden determinarse sexualmente porque aún no tienen libertad sexual. Lo que se trata de resguardar es el desarrollo normal de la sexualidad manteniéndola libre de la intromisión de terceros (Gutiérrez, 2021).

La Cámara Gesell, es un dispositivo creado por el psicólogo y pediatra estadounidense pionero en el campo del desarrollo infantil Dr. Arnold Lucius Gesell con el fin de 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). Así también, el Poder Judicial según el Protocolo de Entrevista Única para Niñas, Niños y Adolescentes, establece que la Cámara Gesell es un ambiente especialmente acondicionado, que permite llevar adelante la entrevista única a niñas, niños o adolescentes víctimas y/o testigos, permitiendo el registro y preservación de la declaración o testimonio (Resolución Administrativa N° 277-2019-CE-PJ de fecha 03/07/2019).

La Entrevista Única, es la diligencia judicial que registra la declaración o testimonio de la niña, niño o adolescente y tiene como finalidad esclarecer la verdad de los hechos y evitar la revictimización (Protocolo de Entrevista Única para NNA en cámara Gesell, R.A. N° 277-2019-CE-PJ). En esa línea, Robles (2020) la entrevista a única de cámara Gesell, es considerada como una herramienta para obtener el testimonio de los menores de edad agraviados orientado a la protección integral del niño en la investigación fiscal y el proceso judicial.

Los estándares en las pericias psicológicas

La jurisprudencia internacional ha establecido como doctrina determinados estándares que se debe cumplir en las pericias para su validez y fiabilidad. Entre los factores de cientificidad que debe tener una prueba pericial se verifica en el Caso *Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals Inc.* de 1993 donde la Suprema Corte de los Estados Unidos estableció como criterios jurisprudenciales siendo de utilidad para explicar cualquier pericia, estos a la vez han sido recogidos en la jurisprudencia nacional según el Acuerdo Plenario N° 4-2015/CIJ-116, bajo lo siguiente: a) La controlabilidad y falsabilidad de la teoría científica o de la técnica en que se fundamenta la prueba, que implica que la teoría haya sido probada no solo dentro de un laboratorio sino de forma empírica. b) La publicación en revistas sometidas al control de otros expertos de la teoría o la técnica en cuestión, permitiendo su control y revisión por 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 (Vásquez, 2014, p. 69). La pericia científica según Tarufo (2017) ha señalado 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. Sin embargo, desde la posición de Escobar (2021), ha señalado que la declaración en cámara Gesell es una pericia con tendencia a ser científica que debe ser practicada por psicólogos y asistente sociales.

Las pericias psicológicas

Para el acto de las pericias psicológicas, en el Perú, se tiene a 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”, que 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. El tiempo técnico estimado para la evaluación psicológica forense es de 4 horas con veinte minutos dividiéndose en cuatro sesiones de 60 minutos cada una, siendo la: 1º Entrevista (motivo de la evaluación); 2º Entrevista (Historia personal y familiar), 3º Aplicación y calificación de instrumentos y 4º Análisis e interpretación de los resultados (Ministerio Público, 2016).

Desde un enfoque de la Jurisprudencia nacional la Corte Suprema ha establecido que el delito de violación sexual genera un daño psicológico en la víctima que implica a su vez lesiones psíquicas agudas producidas por un delito violento, por cuya razón la pericia psicológica forense es la idónea para determinar el daño causado, llevado a través de un procedimiento metodológico realizado por un perito psicológico, con la finalidad de esclarecer la conducta y determinar el estado de salud mental de personas implicadas en procesos de investigación policial y/o judicial (Acuerdo Plenario N° 04-2015/CJ-116, F.J. 34). Sobre el valor probatorio de la pericia, en el R.N. N° 680-2021- Áncash, se 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” (Corte Suprema de la República, 2021).

La ponderación principio del interés Superior del Niño sobre el debido proceso del imputado

A través de la ponderación de principios, como parte de la teoría de la argumentación jurídica, Cabrera (2020) sostiene que la ponderación implica sopesar derechos que tienen la cualidad de haber entrado en conflicto para alcanzar una solución razonable, de allí que la ponderación en el derecho constitucional se justifica ante la colisión de derechos o deberes, de rango constitucional, que requiere una solución razonable, para cuyo efecto los derechos y deberes en conflicto deben ser aprehendidos a la luz de una categoría superior de normas: los principios y valores constitucionales.

Desde un enfoque de los Derechos Humanos, Robles (2020) menciona que los instrumentos internacionales y opiniones interpretativas de la normativa supranacional, reconocen que si el menor es víctima del delito le asiste una doble protección: una en tanto víctima del delito y la otra por su condición de niño o niña. Sokolich (2020) señala que el Principio del Interés Superior del Niño debe indiscutiblemente ser la guía en la toma de cualquier decisión pública o privada, más aún en sede judicial; sin embargo, su sola enunciación no constituye razón ni justificación suficiente de la decisión; peor aún, no puede instituirse como herramienta de la arbitrariedad, sino

que, por el contrario, debe ser la consecuencia lógica de la valoración de todo el caudal probatorio aportado al proceso, a partir del cual el Juzgador utilizando su apreciación razonada determinará lo mejor para el niño (p. 84). Concluye que, en caso de colisión entre el Principio del Interés Superior del Niño y el Principio del Debido Proceso, deben ponderarse los derechos en conflicto y privilegiarse el primero, por lo que el Principio del Interés Superior del Niño constituye una norma sustantiva que tiene prevalencia sobre cualquier norma procesal.

Di Pretoro (2015) asume que nadie duda de la fuerte protección de la garantía de la defensa en juicio y los derechos que asisten a la persona sometida a un proceso penal; sin embargo, ante casos como el de la entrevista en cámara Gesell, que el Principio del Interés Superior del Niño -de idéntica jerarquía que el del imputado-, no logra imponerse e internalizarse en la cultura judicial con la misma intensidad. Siendo de vital importancia que se comience a transitar este camino en pro del Interés Superior del Niño, y entender que tomar una decisión como ésta, no importa violar otros derechos reconocidos internacionalmente sino, más bien, armonizarlos.

2.4. Análisis concreto

Se ha señalado que hay dos maneras de ver a las restricciones de derechos fundamentales: desde una visión dogmática y la otra, desde una visión pragmática. La primera se trata de una posición basada en gran medida en dogmas, en ideas abstractas, apriorísticas, preconcebidas y de origen fundamentalmente doctrinal que tienden a afirmarse de manera inconcusa, universal e inflexible, y de las cuales se deducen múltiples reglas y consecuencias jurídicas. Desde una segunda visión, está basada en la concepción pragmática e instrumental del Derecho, con arreglo a la cual las normas jurídicas, así como sus interpretaciones y aplicaciones, han de evaluarse en función de sus efectos prácticos, en la medida en que éstas satisfacen realmente ciertos intereses merecedores de protección. De ahí que ésta sea una concepción realista, que a la hora de interpretar una norma jurídica otorga una fundamental importancia a las consecuencias que las interpretaciones consideradas pueden tener sobre la realidad social (Domenech, 2021). Los delitos contra la violencia sexual de menores en su mayor porcentaje se producen en la clandestinidad, por lo que la entrevista única en cámara Gesell constituye la herramienta idónea para realizar la toma de declaraciones en menores de edad, por lo que su debido procedimiento debe ser garantizado independientemente de la necesidad de que el profesional encargado tenga la idoneidad para asumir la complejidad inherente a este medio de prueba (Robles, 2020).

En el Perú, según la Tercera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 30364 del 23/11/2015 que modificó el artículo 242° del Código Procesal Penal de 2004, exige que para casos de delitos contra la indemnidad sexual, la actuación de la declaración de la víctima debe ser realizada en cámara Gesell y como prueba anticipada, así reza en el inciso 1 literal d) de la norma procesal en mención, estableciendo 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, en los casos: d) Declaración de las niñas, niños y adolescentes en su calidad de agraviados por delitos comprendidos en . . . el Capítulo IX: Violación de la libertad sexual”. Además, el artículo VII del Título Preliminar del mismo cuerpo legal, contempla la aplicación inmediata de la Ley procesal penal, incluso a los procesos en trámite, y es la que rige al tiempo de la actuación procesal (MINJUS, 2023).

Por otro lado, se tiene que el rol que le confiere la Constitución al Ministerio Público como titular de la acción penal, quien desde que toma conocimiento de la noticia criminal, realiza actos de investigación y luego acusa en función a los elementos de investigación recabados; sin embargo, para los delitos contra la indemnidad sexual en que la norma penal sanciona con el máximo de las penas (cadena perpetua), a fin de no vulnerar el principio de inmediación y legalidad procesal se requiere que sea el Juez que actúe la prueba (entrevista al menor), todo ello a fin de no desnaturalizar el principio de la igualdad de armas, característica propia del sistema adversarial que recoge el NCCP. De lo anterior, claro está que la declaración de la menor víctima, bajo la técnica de entrevista única en cámara Gesell, por ser personalísima, corresponde que sea actuada bajo el régimen de prueba anticipada, esto es, bajo la dirección del Juez de la Investigación Preparatoria y no como prueba preconstituida, bajo la dirección del fiscal, quien, por su rol de acusador, mella el principio de la igualdad de armas en el proceso.

De la casuística se tiene que en muchos distritos judiciales del país, se viene actuando la entrevista del menor agraviado como prueba preconstituida, lo cual se considera, según el modelo pragmatista, el de dar celeridad a la investigación en cautela del Interés Superior del Niño, sin embargo, se está inaplicando el régimen de regulación normativa definido por el legislador, del modo específico, se citan algunos casos: i) En el Distrito Fiscal de Lima Norte Carpeta N° 290-2022, Tercera Fiscalía de Familia de Lima Norte, con fecha 06 de marzo de 2023 se llevó a cabo la Entrevista a una menor de edad (07), bajo prueba preconstituida; ii) En el Distrito Judicial de Huancavelica, Exp. 102-2019-29, sobre el delito contra la Libertad Sexual de menor de edad), se recibió la declaración en cámara Gesell de 2 menores de edad (12 y 13) con fecha del 14/05/2019 y 12/11/2019 fue dirigida por el Fiscal como prueba preconstituida, en ambas diligencias no participó el Juez de garantías. 2) 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. 3) 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 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 entrevista de una menor de edad (13) en Cámara Gesell, ampliándose la misma en la fecha del 09 de febrero de 2018, siendo dirigida por el Fiscal a cargo de la investigación como prueba preconstituida. Se realizó con un enfoque cualitativo, teniendo como método el análisis documental, se buscó las diferentes bases de datos especializados de Scopus, Scielo, Dialnet y páginas web oficiales.

Como resultados, se puede advertir las entrevistas de las menores de edad se actuaron bajo la dirección del Fiscal a cargo de la investigación, sin la intervención del Juez de Garantías, evidenciándose vulneración al principio de legalidad procesal, esto es el artículo 242 inc. 1, d) del NCPP, modificado por la Tercera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 30364 del 23/11/2015 que exige para estos casos la declaración de la agraviada sea como prueba anticipada, más aún si por imperio del artículo VII del Título Preliminar del mencionado Código Adjetivo, la ley procesal es de aplicación inmediata a los casos en trámite. Así, el problema esbozado nos plantea un régimen irregular de prueba, el cual es preocupante la situación que a pesar de estar establecido en el Código Procesal Penal y siendo el fiscal defensor de la legalidad, pueda ejecutar irregularmente un medio probatorio en la forma y modo en el que se ha venido haciendo.

De la aplicación de la prueba anticipada a los delitos de violencia sexual de menor la Corte Suprema ha establecido como doctrina jurisprudencial vinculante que la declaración del menor agraviada sea fomentado como única declaración y como prueba anticipada con las debidas garantías (Acuerdo Plenario 1-2011) en esa línea, la Sala Penal Permanente, estableció, 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 y en cámara Gesell, el que debe estar precedida de las condiciones que regula la prueba anticipada (Casación N° 33-2014, Ucayali); sin embargo, a modo de contradicción a lo invocado, existe pronunciamiento de la Sala Penal Permanente en la Casación N° 21-2019, Arequipa, que otorgó valor probatorio a la entrevista de un menor actuada como prueba preconstituida, cuyo fundamento fue la ponderación de la no revictimización que estaría por encima del principio de legalidad procesal.

A los efectos de un acto irregular, como el que se ha invocado, el artículo VIII del Título Preliminar párrafo 2 del NCPP, prescribe que carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona, a cuyo efecto, en el artículo 159° contempla que Juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos bajo esa violación. Para casos similares la Suprema Corte en Sentencia de fecha 25 de febrero de 2022, estableció que ante la evidente afectación a las garantías constitucionales fundamentales, en razón que la declaración de la víctima en la entrevista en cámara Gesell a nivel preliminar no se realizó conforme a las exigencias formales mínimas que garantizan la defensa del imputado, las instancias de mérito tenían expedido como instrumento legal, acudir a la prueba de oficio, consistente en tomar un examen a la víctima en la etapa de juicio oral o en audiencia de apelación (Casación N° 918-2019, Del Santa, Sala Penal Permanente, F.J. 9°).

Así, bajo lo antes advertido una entrevista de un menor agraviado, víctima de violencia sexual, actuada bajo la categoría de prueba preconstituida, vulnerando el principio de legalidad procesal y el de intermediación, como otras garantías, deviene en irregular, no surtiendo eficacia probatoria (Contreras & Talavera 2022). Por lo que a fin de contrarrestar dicha problemática procesal urge el pronunciamiento de la Corte Suprema como del Poder Legislativo para regular expresamente el objeto de la prueba preconstituida.

3. Conclusiones

Desde el sistema jurídico peruano el objeto de la prueba preconstituida es abordada tanto por la doctrina y la jurisprudencia, pero la prueba anticipada es regulada de manera expresa por el marco normativo procesal penal; sin embargo, en la casuística, la prueba personal se ha venido actuando como prueba preconstituida, lo que evidencia vulneración al principio de legalidad procesal. Los delitos contra la indemnidad sexual son sancionados por el Código Penal, tras la modificación por Ley N° 30838 de fecha 04/08/2018, incrementó la pena a cadena perpetua, todo ello en respuesta del legislador ante un evidente crecimiento de tal criminalidad en los últimos ocho años. Pese a la rigurosidad del máximo de las penas que se sanciona para tal delito, el Estado Peruano en defensa de un estado constitucional de derecho, está en la obligación de garantizar los derechos fundamentales, por lo que, para casos de delitos contra la indemnidad sexual el imputado merece ser procesado respetando las debidas garantías procesales. La entrevista de menor de edad actuada como prueba preconstituida no puede asumir valor probatorio, solo con la justificación de ponderar el Interés Superior del Niño sobre las garantías procesales del imputado, ya que estos dos son considerados como derechos fundamentales importantes, por lo que se debe buscar es armonizarlos.

4. Referencias bibliográficas

- Acuña Navas, M. J. (2014). Abuso sexual en menores de edad: generalidades, consecuencias y prevención. *Medicina Legal de Costa Rica*, 31 (1), 57-69.
- Arrieta-Burgos, E., Duque-Pedroza, A. y Díez-Rugeles, M. (2020). Delitos sexuales en contra de menores de edad en Colombia: caracterización criminológica y polícticocriminal. *Revista Criminalidad*, 62(2): 247-274.
- Asencio Mellado, J. M. (2012). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Valencia, Tirant lo Blanch, 6ta. Edición.
- Ávila, R. (2009). *Del Estado legal de Derecho al Estado constitucional de derechos y justicia*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de UNAM. Ecuador.
- Cabrera, L. (2020). Ponderación de los derechos constitucionales: principios y valores en Colombia. *DIXI* 31, 1-17.
- Congreso de la República (2015). Ley N° 30364, Tercera Disposición Complementaria Modificatoria del Artículo 242° del NCPP, Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 23/11/2015.
- Congreso de la República (2018). Ley N° 30838, Ley que modifica el Código Penal y el Código de Ejecución Penal para fortalecer la prevención y sanción de los delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexuales, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 04/08/2018.
- Contreras Claros, M., & Talavera Cubas, M. A. (2023). La declaración de las víctimas de delitos sexuales recibida en la cámara Gesell como prueba preconstituida, para evitar la revictimización en el enjuiciamiento. *Regunt*, 2(2), 45-56.
- Corte Superior de Justicia de Callao (2022). Exp. N° 03929-2017, Juzgado Penal Colegiado Transitorio.
- Corte Suprema de Justicia de la República (2011). Acuerdo Plenario 1-2011 /CJ-116, VII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria. Lima: 06 de diciembre de 2011.
- Corte Suprema de Justicia de la República (2012). Acuerdo Plenario N° 01-2012/CJ-116. I Pleno Jurisdiccional Extraordinario de las Salas Penales Permanente y Transitoria. Lima: 26 de marzo de 2012.
- Corte Suprema de Justicia de la República (2015). Acuerdo Plenario N° 04-2015/CJ-116. IX Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria. Lima: 02 de octubre de 2015.
- Corte Suprema de Justicia de la República (2015). Casación N° 33-2014-Ucayali, Sala Penal Permanente. Lima: 28 de octubre de 2015.
- Corte Suprema de Justicia de la República (2019). Sentencia de Casación N° 918-2019, Del Santa, Sala Penal Permanente. Lima: 25 de febrero de 2022.
- Corte Suprema de Justicia de la República (2020). Sentencia Casación N° 21-2019/Arequipa, Sala Penal Permanente. Lima: 26 de febrero de 2020.
- Corte Suprema de Justicia de la República (2021). R.N. N° 680-2021/Ancash, Sala Penal Permanente. Lima: 10 de agosto de 2021.
- Cubas, V. (2015). *El Nuevo Proceso Penal Peruano*. Segunda Edición. Palestra Editores. Lima-Perú.
- Di Pretoro, M. (2015). El reposicionamiento de la víctima en el proceso penal, el interés superior del niño y las garantías del imputado. Id Infojus: DACF150734.
- Doménech, G. (2021). Dogmatismo contra pragmatismo, dos maneras de ver las restricciones de derechos fundamentales impuestas con ocasión de la COVID-19. *InDret*, Núm. 4.
- Escobar Antesano, C. (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.

- Gutiérrez, M. (2021). Violencia sexual en el Perú. *Revista Peruana de Ginecología y Obstetricia*, 67 (3), Lima.
- Hairabedian, M. (2002). Eficacia de la Prueba Ilícita y sus Derivadas en el Proceso Penal. *Grafica Laf S.R.L.* Buenos Aires.
- Mendoza Garay, A. (2019). Cadena perpetua para el delito de violación sexual con menores de 14 años de edad: es ¿eficaz y resocializador? *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 69 (274-1), 131-172.
- Ministerio de Justicia (1991). D. Leg. 635 de fecha 08 de abril de 1991, Código Penal.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2023). Nuevo Código Procesal Penal, D. Leg. 957, publicado el 29-07-2004.
- 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.
- 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.
- Poder Judicial del Perú (2019). Resolución Administrativa N° 277-2019-CE-PJ. Lima: 03 de julio de 2019, que aprueba el Protocolo de Entrevista Única para Niñas, Niños y Adolescentes en Cámara Gesell.
- Robles, A. (2020). Los desafíos de la entrevista única en cámara Gesell en el proceso penal peruano. *Derecho y Cambio Social*, ISSN-e 2224-4131, N°. 59.
- Rosas Yataco, J. (2016). La prueba en el nuevo proceso penal. Editora y Distribuidora Ediciones Legales E.I.R.L.
- 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 Iustita, Lima Perú.
- Sokolich Alva, M. (2013). La Aplicación del Principio Del Interés Superior del Niño por el Sistema Judicial Peruano. *Vox Juris*, Lima (Perú) 25 (1): 81-90.
- Talavera Elguera, P. (2009). *La Prueba en el nuevo proceso penal.* Academia de la Magistratura.
- Tarufó, M. (2016) Los estándares constitucionales en materia probatoria. Conferencia Magistral, Toluca México.
- Tribunal Constitucional del Perú (2003). Exp. N° 00010-2002-AI/TC-Lima, 03 de enero de 2003.
- Tribunal Constitucional del Perú (2005). Exp. N° 06712-2005-PHC/TC-Lima, 17 de octubre de 2005.
- Tribunal Constitucional del Perú (2007). Exp. N° 1014-2007-PHC/TC-Lima, 05 de abril de 2007.
- Tribunal Constitucional del Perú (2007). EXP. N° 4053-2007-PHC/TC-Lima, 05 de abril de 2007.
- Tribunal Constitucional del Perú (2010). EXP. N° 00655-2010-PHC/TC-Lima, 27 de octubre de 2010.
- Tribunal Constitucional del Perú (2014). EXP. N° 00579-2013-PA/TC-Santa, 24 de octubre de 2014.
- Tuya Espinoza, G. I. (2023). Abuso sexual contra niños, niñas y adolescentes en Lima, Perú: una aproximación general a los patrones de personalidad, características sociodemográficas y el riesgo de violencia de los perpetradores. *Revista Criminalidad*, 65(1), 151-169.
- UNICEF (2017). *Guía sobre cómo prevenir el abuso sexual contra nuestros hijos.* Nicaragua.
- 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.