

La declaración de las víctimas de delitos sexuales recibida en la cámara Gesell como prueba preconstituida, para evitar la revictimización en el enjuiciamiento

Marisol Contreras Claros, Marco Antonio Talavera Cubas

Fecha de recepción: 8 de noviembre, 2022

Fecha de aprobación: 30 de marzo, 2023

Como citar: Contreras Claros, M. & Talavera Cubas, A. (2022). 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. <https://doi.org/10.18050/regunt.v2i2.04>

Derechos de reproducción: Este es un artículo en acceso abierto distribuido bajo la licencia CC



La declaración de las víctimas de delitos sexuales recibida en la cámara Gesell como prueba preconstituida, para evitar la revictimización en el enjuiciamiento

The declaration of the victims of sexual crimes, received in the Gesell chamber as pre constituted evidence, to avoid the re-victimization in the prosecution stage

Marisol Contreras Claros¹
Marco Antonio Talavera Cubas²

Resumen

Para la investigación del presente artículo se ha seguido el enfoque cualitativo, de análisis temático y de estudio de casos, teniendo como objetivo la determinación de herramientas procesales y de interpretación alternativa para evitar la revictimización en aquellos casos excepcionales, donde, posterior a la modificación del artículo 19 de la Ley N.º 30364 (D. L. N.º 1386 - 04/09/2018), se ha recibido la declaración de las víctimas menores de edad por delitos contra la libertad sexual, siguiendo la guía del Ministerio Público, en calidad de prueba preconstituida, bajo la dirección del fiscal penal, sin participación del juez. Para ello, propongo que se realice una interpretación sistemática del Código Procesal Penal, seguido de un control de legalidad, constitucionalidad y convencionalidad, a fin de garantizar una real y efectiva tutela a los menores de edad, víctimas de delitos contra la libertad sexual, dado que la realidad normativa no siempre es lo mismo que la realidad práctica, más aún cuando se trata de proteger a sujetos de especial vulnerabilidad, como son los menores de edad. Aplicable solo para casos excepcionales, donde se haya respetado el derecho de la defensa, debiendo priorizarse la aplicación de la prueba anticipada.

Palabras clave: artículo 19 de la Ley N.º 30364, cámara Gesell, prueba anticipada, prueba preconstituida, revictimización.

Abstract

For the investigation of this article, the qualitative approach, thematic analysis and case study has been followed, with the objective of determining procedural tools and alternative interpretation to avoid re-victimization in those exceptional cases, where, after the modification of the Article 19 of Law No. 30364 (D. L. No. 1386 - 09/04/2018), the statement of the minor victims for crimes against sexual freedom has been received, following the guidance of the Public Ministry, as evidence preconstituted, under the direction of the criminal prosecutor, without the participation of the judge. For this, I propose that a systematic interpretation of the Criminal Procedure Code be carried out, followed by a control of legality, constitutionality and conventionality, in order to guarantee a real and effective protection of minors, victims of crimes against sexual freedom, given that the normative reality is not always the same as the practical reality, even more so when it comes to protecting subjects of special vulnerability, such as minors. Applicable only for exceptional cases, where the right of defense has been respected, prioritizing the application of early evidence

Keywords: revictimization, Gesell chamber, advance evidence, preconstituted evidence, article 19 of Law 30364.

¹Ministerio Público de Lima Noroeste. correo. macontrerasdj@mpfn.gob.pe ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1811-9053>

²Universidad César Vallejo (Perú). correo. mtalavera@ucv.edu.pe ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2167-4296>

INTRODUCCIÓN

Con la entrada en vigencia de la Ley N.º 30364, ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y el grupo familiar, del 23 de noviembre del 2015, específicamente el artículo 19, se establecía que la declaración de las víctimas, niñas, niños y adolescentes, debe practicarse bajo la entrevista única, la misma que tiene calidad de **prueba preconstituida**, lo cual sustentó lo que ya se venía realizando con anterioridad, dado que en el artículo 242 del Código Procesal Penal se establecía que el fiscal, facultativamente, podría requerir al Juzgado la tramitación de la prueba anticipada, y solo en etapa de investigación prepararía. Posteriormente, el artículo 242, numeral 1, letra d, del Código Procesal Penal, se modificó el 30 de diciembre del 2016, facultando al fiscal poder solicitar la prueba anticipada tanto en la investigación preliminar como en la investigación preparatoria, el cual a la fecha sigue siendo facultativa, por el término *podrá*.

Sin embargo, el referido artículo 19 de la Ley N.º 30364 se modificó a través del Decreto Legislativo N.º 1386, del 4 de setiembre del 2018, en el cual señala que, cuando se trata de víctimas (niña, niño y adolescente o mujer), su declaración debe realizarse bajo la técnica de entrevista única, y se tramita como **prueba anticipada**. Desde entonces, el representante del Ministerio Público tiene que formular requerimiento fundamentado al juez de la investigación preparatoria, e el decurso de la realización de la prueba anticipada.

Sin embargo, dado el antecedente legislativo, en el Ministerio Público se generó una mala *praxis*, toda vez que, incluso habiéndose ya modificado el citado artículo 19 de la Ley N.º 30364, del 4 de setiembre del 2018, la mayoría de los fiscales, a nivel nacional, y aún a la fecha, siguen recibiendo la declaración de las víctimas menores de edad, en calidad de prueba preconstituida bajo su dirección. Y cuando llegaban a etapa de juzgamiento, en el juicio oral, ante la oposición del abogado de la defensa, y también de oficio, no admiten la visualización de la declaración videograbada, viéndose obligado el fiscal a ofrecer

la declaración de la víctima por segunda vez para el juicio, siendo la víctima sometida al interrogatorio y contra interrogatorio, causando revictimización, que es aquel sufrimiento que se le causa a la víctima, en el interior del proceso penal, en búsqueda de justicia.

MARCO TEÓRICO

Entre los antecedentes internacionales está Del Águila (2017), de la Universidad de Alicante, quien señala que con la cámara Gesell se pretende crear la necesidad de un mecanismo por el cual las víctimas, menores de edad, no tengan que someterse por el proceso de victimización secundaria, resultando importante que la declaración en la cámara Gesell sea la primera y única declaración que debe ser recibida con todas las garantías procesales como la contradicción, inmediatez, para que no tenga que pasar por el juicio oral, el cual podría generar un impacto negativo para los menores, toda vez que si incluso para los mayores de edad, que no están familiarizados con este tipo de procesos, les resulta complicado, mucho más lo es para un menor. Todo eso, incluso cuando la víctima tenga que volver a ver a su agresor, es una situación que la afectaría gravemente.

Subijana y Echeburúa (2018), en su tesis publicada por la revista *Anuario de Psicología Jurídica*, señala como objetivo determinar pautas para resguardar a los menores de la victimización secundaria, ocasionado por el sistema de justicia, sugiriendo vías de acción para mejorar la eficacia de la recepción del testimonio entregado por los menores víctimas; asimismo, presentar los instrumentales judiciales para concertar los derechos de las víctimas menores de edad y de los culpados, dado que la agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA) (2015) ha anunciado que, si los procedimientos judiciales estuvieran mejor adecuados y provistos para la protección de las niñas y los niños, podrían colaborar de manera más positiva y se optimizaría, a la vez, el funcionamiento de la Justicia que tanta falta hace en nuestra sociedad.

Morillas et al. (2011), en su artículo publicado en la revista *Ebesco*, sostienen que en doctrina se ha reconocido tres tipos de victimización: primaria, secundaria y terciaria. La victimización secundaria, que se deriva del proceso legal, el cual, paradójicamente, incrementa el sufrimiento de la víctima, en un proceso orientado a determinar la inocencia o la culpabilidad del imputado.

Conforme a lo señalado, es necesario una mejora a nivel mundial, a fin de brindar una mejor respuesta a las víctimas de delitos sexuales, que se les otorgue una efectiva protección, no solo formal, sino de manera real y objetiva, debiéndose implementar desde la normativa y logística, dado que el marco legal ordena que se priorice la declaración única y videograbada, además de que existan salas debidamente implantadas y suficientes con profesionales capacitados y, sobre todo, sensibilizados con los sentimientos de las víctimas. (Caso J vs. Perú, 2013).

La **prueba preconstituida**, según Neyra (2015), es aquella prueba que se realiza al iniciarse el proceso, sin la intervención del juez, dada su naturaleza y características, pues es considerada como un acto definitivo e irreproducible que se lleva a cabo durante la investigación preliminar. No hay forma de poder postergar dicha diligencia, hasta esperar la presencia de un juez, fiscal o juicio oral, dada su urgencia y la irreproducibilidad posterior, aquí podemos citar a documentos, como el acta de registro personal, acta de intervención en flagrancia, acta de incautación, etcétera, que evidentemente por la premura de capturar el preciso momento del hecho se deben realizar de inmediato, y muchas veces son tomados por la Policía Nacional. Roque (2020) también señala que la prueba anticipada es aquella diligencia que se practica antes de la etapa de enjuiciamiento con intervención del juez, brindando adecuados ambientes y notificación previa, que consienta la contradicción y cuando no pueda realizarse en la etapa correspondiente o que alguna condición pudiera cambiar su condición psicológica o física de relevancia.

En ese sentido, tenemos a las 100 Reglas de Brasilia, entre las que se indica que es necesario evitar la repetición de la declaración del sujeto pasivo, o testigos, víctimas de delitos contra la libertad sexual, que sean menores de edad, a fin de que su estado de vulnerabilidad no sea vea afectadas. Es parte integral del proceso, por lo que dichas declaraciones deben ser siempre admitidas y practicadas por el juez, en cuanto el fiscal tome conocimiento de la noticia criminal, y requiera al Juzgado la actuación de la prueba anticipada, la cual puede realizarse desde las diligencias preliminares. Ello con la finalidad de que no sea necesario volver a citar a la víctima para una nueva declaración, dado que ello está reservado únicamente para casos en los que surgen nuevos hechos que deben ser aclarados por la víctima, o haya quedado algún punto ambiguo y sea necesario la aclaración de la misma.

METODOLOGÍA

Esta investigación obedece a un enfoque cualitativo, definido por Cueto (2020) como aquella investigación que admite comprender e el fenómeno, luego de una observación de los participantes, donde la explicación está basada en la perspectiva de los actores; asimismo, se precisa que es transcendental en la incógnita epistemológica, a plantearse en el tipo de exploración que se sitúa a cuestionar el conocimiento objetivo de la *realidad* que estudia, por lo que los relatos y conocimientos que se expresan, se da a partir de una experiencia subjetiva.

En ese sentido, la investigación que estamos desarrollando es **de tipo básica**, la cual se ha originado por el estudio de casos y desarrollando el proceso penal de los delitos sexuales en agravio de víctimas menores de edad, y siguiendo un marco teórico, donde se ha desarrollado los principales conceptos, como, por ejemplo, la revictimización de las menores víctimas de delitos contra la libertad sexual, a consecuencia del tratamiento que se les otorga en el proceso penal.

En relación al **diseño de investigación**, se ha realizado un análisis temático con **estudio de casos**, dado que se han considerado las resoluciones emitidas por la Sala Penal de Apelaciones de Ventanilla, en las cuales se ha advertido una serie de inconvenientes que tienen los magistrados del Ministerio Público para realizar la prueba anticipada, optando por realizar la prueba preconstituida, y luego no son valoradas en la etapa de juicio oral, generando impunidad. Así también, la presente tesis contiene un **diseño fenomenológico**, definido por Cuenca, Palacios y Jiménez (2018) como el estudio de los fenómenos sociales, tomando en cuenta la perspectiva de los propios actores, buscando describir su experiencia; en ese sentido, en el presente trabajo, una de las fuentes importantes ha sido la entrevista a profesionales expertos, quienes, desde su punto de vista, han opinado sobre el tema. Strauss y Corbin (2016) sostienen que una investigación por medio de un proceso mira de manera retrospectiva la situación crítica, dado que, una vez recabado el estudio de casos, y entrevista, se categorizó y se generó una teoría, junto a un punto de vista desde el cual se ha propuesto soluciones para evitar el principal factor de victimización secundaria.

En relación al **rigor científico**, tal como afirma Vara (2010) la investigación cumplió con la dependencia, pertenencia y fidelidad en su contenido desde su extensión, profundidad y seriedad científica.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

En esta parte del presente artículo se analizan dos resoluciones emitidas en segunda instancia, que son contradictorias en relación a la valoración de la declaración única, recibida en la cámara Gesell, por el fiscal penal, como prueba preconstituida.

Expediente: 01040-2019-5-3301-JR-PE-01

Delito: Actos de connotación sexual y libidinosos

Procedencia: Sala Penal de Apelaciones de Ventanilla

Resolución N.º 20, de fecha 30 de octubre del 2020.

En este caso, la sala declaró nula la sentencia de primera instancia, que condeno al autor a 9 años de pena efectiva, por no haberse recabado la declaración de la víctima menor de edad, mediante la técnica de la prueba anticipada, sosteniendo que la entrevista única en cámara Gesell tiene como finalidad registrar la declaración del sujeto pasivo, para evitar la revictimización, que asegura la grabación en audio y video de la declaración, que debe ser obtenida por única vez y con las garantías debidas, dado que mediante la Resolución Administrativa N.º 277-2019-CE-PJ se aprobó el Protocolo de Entrevista Única para Niñas, Niños y Adolescentes en Cámara Gesell.

En ese sentido, consideraron los jueces de la Sala Penal de Apelaciones de Ventanilla que la declaración de prueba preconstituida era prueba irregular, por no haberse recabado con las formalidades de la prueba anticipada, y que viola derechos procesales e infraconstitucionales, constituyendo una modalidad de la prueba ilícita. Que si bien es cierto, el artículo 19 de la Ley N.º 30364 fue modificado anterior a la recepción de la declaración de la víctima, los jueces solo hicieron un control parcial de legalidad, por cuanto la directiva del Poder Judicial, sobre la aplicación de la prueba anticipada, en sus primeras líneas establece que, cuando ya se ha recibido la declaración en la cámara Gesell del Ministerio Público, no se repite la declaración en sede judicial; además de ello, la Cumbre Judicial Iberoamericana, en el año 2008, que ha sido adherido a nuestro sistema procesal, a través de la Resolución Administrativa N.º. 266-2010-CE-PJ, de fecha 26 de julio del 2010, y también las modificaciones del 2018, a través de la Resolución Administrativa N.º 00198-2020-CE-PJ, publicado en el diario oficial *El Peruano*, del 1 de agosto del 2020, a través del cual se aprueba la

adhesión a las Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de Personas en condición de Vulnerabilidad, disponiendo su aplicación por todos los jueces de la república, en el cual principalmente se deja en claro que las niñas, los niños, y las y los adolescentes víctimas de delitos sexuales, son sujetos de especial vulnerabilidad.

Es decir, esta condición de vulnerabilidad de las víctimas hace eco para que estos casos sean evaluados y tratados con especial consideración, a fin de evitar la revictimización que sufren las y los menores en el proceso penal, dado que la forma como resolvieron es simplemente hacer que la víctima, menor de edad, después de un prolongado tiempo, vuelva a declarar de los mismos hechos, sometida al conainterrogatorio de las partes procesales (fiscal y abogado de la defensa), en un ambiente que claramente no es adecuado para un menor de edad, contribuyendo así con la impunidad.

Hace falta que los jueces, al evaluar estos casos en su competencia, no solo realicen un control de legalidad parcial, sino que se haga una interpretación sistemática de las normas, concordante con las normas internacionales y la Constitución, para poder así brindar una real y efectiva tutela efectiva a las víctimas, dado que, conforme se aprecia de la lectura de la referida resolución, solo están enfocados en brindar las garantías y protección al imputado, olvidándose por completo de la víctima, tratándola solamente con un objeto de prueba y no como un sujeto con derechos. Porque siendo sinceros, ¿de qué manera la cámara Gesell viola los derechos de la defensa?, pues no hay afectación, dado que, desde el inicio, de manera obligatoria, participa un abogado de libre elección, o en su defecto un defensor público. Pues, evidentemente, el imputado no puede estar cerca de la víctima, por lo que el abogado defensor es quien, conforme a sus atribuciones, tiene toda la oportunidad de incluso formular sus preguntas en la cámara Gesell. Es decir, por cumplir una mera formalidad se está descuidado el fin supremo, que es

proteger a la víctima de consecuencias más nocivas de la que vivió, más aún tratándose de menores de edad.

Es importante analizar estos casos bajo las perspectivas de los principios y las normas internacionales y constitucionales. No solo basarse y ser esclavos del *nomen iuris*, prueba preconstituida y prueba anticipada, pues en el derecho nada es absoluto, todo tiene sus excepciones, y la cámara Gesell desde siempre ha sido considerada como una excepción de la prueba preconstituida, dado que en su naturaleza está orientada a documentales. Aunado a ello, la prueba irregular está sujeta a convalidación, y no habiendo la defensa cuestionando hasta llegar a la audiencia de apelación, y haber participado en la realización de la misma, e incluso en el debate de juicio, esta prueba estaría convalidada y expedita para ser valorada; es decir, no se puede sacrificar la revictimización del menor por una mera formalidad que no afecta ningún derecho colateral, y, por contrario, la protege, y no es ningún capricho, sino que incluso el propio protocolo del Poder Judicial la establece; otro tema muy distinto es las responsabilidades administrativas a las que debe ser sometido el fiscal penal, que no tramitó la declaración como prueba anticipada.

Expediente: 00591-2019-7-3301-JR-PE-01

Delito: Actos contra el pudor

Procedencia: Sala Penal de Apelaciones de Ventanilla

Resolución N.º 22, de fecha 30 de abril del 2021.

En este caso, la Sala Penal de Apelaciones sostuvo que no puede conceder otro valor probatorio a la prueba personal que fue centro de intermediación por el juez de primera instancia, salvo que su valor probatorio sea cuestionado y actuada en la audiencia de apelación. Tratándose de las declaraciones de un agraviado, aun cuando sea el único testigo de los hechos, tiene objeto para ser considerada prueba válida de cargo, siempre y cuando no se adviertan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones.

En este caso sí se valoró la declaración única recibida como prueba preconstituida, sosteniendo que en el juicio oral de primera instancia se ha probado la comisión del delito, así como la responsabilidad penal del sentenciado, ya que se tiene la uniforme, coherente y persistente incriminación de ambas menores, conforme así lo han señalado en sus entrevistas de cámara Gesell, relatando el modo y forma como fueron agredidas sexualmente, brindando cada quien una versión espontánea con logicidad creíble y válida, con solidez y coherencia, descartándose cualquier versión que haya sido estructurada o simulada. Es así que, en este caso, de hechos del **8 de abril del 2019**, se valoró la declaración de las víctimas en cámara Gesell, llevada bajo la dirección del fiscal en función de los parámetros del Acuerdo Plenario N.º 2-2005 / CJ-116.

Que si bien, en esta resolución, no se hizo una mayor justificación sobre la prueba preconstituida, era un caso donde un sujeto realizó actos de connotación sexual a su menor hija desde que tenía 11 años hasta los 14 y a su sobrina de 10 años, siendo detenido dentro de las 24 horas de flagrancia, y, en definitiva, al ser hechos que ocurren en la clandestinidad, no habiendo testigos que corroboren directamente el hecho, sí habían elementos que convirtieron en prueba el juicio oral, que podía corroborar de manera periférica los hechos. Por ejemplo, la menor de 10 años indica que se quedó a dormir en la casa de su tía; luego, su tía salió a comprar al mercado, quedándose la menor a solas con el agresor, versión que corrobora la tía, indicando que, en efecto, ella salió en horas de la mañana al mercado dejando a su sobrina dormida en el mueble, y su pareja también durmiendo en su habitación, entre otros diversos indicios, con el cual se puede concluir de manera objetiva los hechos vejatorios en agravio de las víctimas.

En consecuencia, saludo que los magistrados hayan tenido a bien confirmar la sentencia condenatoria por 22 años contra el imputado por el delito de actos de connotación sexual, donde existió un concurso real de delitos sobre estas niñas, quienes no tuvieron que

volver a declarar en el juicio después de más de un año de haber declarado, y, de esa manera, también evitando la impunidad.

El Artículo 19 de la Ley peruana N.º 30364, establecía que la declaración en cámara Gesell es una prueba preconstituida. Si bien la declaración única recibida en la cámara Gesell no contiene exactamente la definición de la prueba preconstituida, lo cierto también es que estas se deben llevar de manera inmediata para evitar que estas víctimas vulnerables no sean objeto de chantajes, amenazas, culpa, reproche, dado que muchas veces, en la mayoría de los casos, los agresores son personas del entorno familiar (padres, tíos, abuelos, hermanos, primos, padrastros, etcétera); por otro lado, brindar atención de manera rauda y oportuna para que el proceso avance, por ejemplo, en los casos de flagrancia delictiva, donde solo se tiene el plazo de 48 horas para alcanzar a realizar las diligencias más urgentes, siendo la declaración de la víctima muchas veces la única, para que el fiscal pueda sustentar ante el Poder Judicial un requerimiento de medida coercitiva, a fin de evitar la fuga de estos agresores, quienes en la mayoría de casos, apenas conocen de la denuncia, suelen huir al interior del país.

Esta diligencia de la declaración de la víctima es muy urgente tratándose principalmente de hechos con flagrancia delictiva, donde el fiscal debe actuar de inmediato las diligencias urgentes para determinar si los hechos han tenido lugar, conforme lo prevé el artículo 330, numeral 2, del Código Procesal Penal, no alcanzando el tiempo para poder requerir al Juzgado la actuación de la prueba anticipada. En ese sentido, considero que fue acertada lo establecido en el artículo 19 de la Ley N.º 30364, en cuanto en la práctica permite a los fiscales realizar de manera más rápida estas diligencias, y, sobre todo, a la víctima, a fin de no esperar tiempos prolongados para recién recibir su declaración, que evidentemente resulta de suma importancia y es la piedra angular en un proceso penal.

Desde mi punto de vista, si bien algunos no comparan este criterio, mientras estuvo vigente esta forma de recibir las declaraciones de la prueba preconstituida, fueron válidas, a fin de no esperar un tiempo prolongado para su realización, sino que se realice de manera inmediata para que el fiscal pueda definir si formaliza o archiva el caso, y no esperar el prolongado tiempo que el Poder Judicial se toma en programar la prueba anticipada. Y de esa manera evitar algún tipo de chantaje a la víctima, y evitar también la fuga de los investigados. Si bien lo más idóneo es la prueba anticipada, es necesario ver más allá cómo son los derechos constitucionales e internacionales, que señalan que por la especial vulnerabilidad de las víctimas de delitos sexuales, es necesario que el Estado implemente procedimientos sencillos e inmediatos que permitan brindar tutela a las víctimas, evitando la impunidad y la revictimización. Incluso la **Guía del Ministerio Público, del 8 de setiembre del 2016, y la Directiva N.º 002-2018-MP-FN** para la adecuada administración y uso de las cámaras Gesell, del 10 de abril del 2018, se encuentran vigentes para su utilización por parte del Ministerio Público, que además es el que tiene estas salas especiales de cámara Gesell, en la División Médico Legal.

Asimismo, se puede concluir objetivamente que queda claro que, recibiendo la declaración de las víctimas menores de edad como prueba preconstituida, no se afecta al derecho de contradicción, que involucra el derecho a la defensa, dado que se brinda las garantías necesarias a la defensa de los imputados, permitiendo su participación activa y real, formulando las preguntas que considere, la misma que puede o no ejercerlo, solo basta que tenga la posibilidad de hacerlo, y dejando constancia si advierte algún acto irregular, y que posteriormente será sometido a debate. Claro está, ello siempre que la notificación se haya dado con el plazo y las formalidades que establece el Código.

Criterios para valorar la prueba preconstituida (cámara Gesell)

La Casación 21-2019-Arequipa, que tanto se hace referencia para cuestionar estas declaraciones, en el fundamento 5, párrafo 5, última parte, establece que estas declaraciones recibidas en calidad de prueba preconstituida no son valoradas, salvo muy contadas excepciones. Entonces, la pregunta es ¿cuáles son esas contadas excepciones? Desde mi punto de vista, esas excepciones se dan cuando no se advierte alguna vulneración de derechos, tanto a la defensa como a la parte agraviada. Por ejemplo, cuando el abogado de la defensa participó en la declaración de la menor recibida bajo la dirección del fiscal, y no la cuestionó, sino, por el contrario, participó e incluso hizo uso de su derecho, formulando preguntas o estando presente en la misma, no advirtiendo ninguna irregularidad, e incluso posteriormente puede ser sometido a debate en juicio oral.

Previamente, cabe traer a colación que los jueces y todas las autoridades jurisdiccionales, en general, tienen la obligación de aplicar las **100 Reglas de Brasilia**, que tiene como finalidad brindar un mejor acceso de justicia a estos sujetos que, por su condición de edad, cultura, entre otros, tienen especial vulnerabilidad, dado que la realidad legal no siempre es igual a la realidad social. Y entre las principales reglas, en relación al presente tema de investigación, tenemos las siguientes: **la regla 5**, en la que se considera niña, niño y adolescente a los menores de 18 años, que deben ser objetos de especial tutela por las instituciones que administran justicia. **La regla 24**, que sostiene que están sometidos a estas reglas los jueces, fiscales, defensores públicos, y demás servidores de las instituciones que administran justicia. La regla 34 indica propiciar medidas de simplificación para la práctica de determinados actos, a fin de favorecer el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. En la **regla 37** se recomienda la adaptación del anticipo de la prueba, para evitar así la reiteración de las declaraciones, resultando necesario la grabación en soporte audiovisual del acto procesal, en la que haya participado la persona con especial vulnerabilidad, y pueda reproducirse en las sucesivas instancias

procesales. **La regla 41** señala que se requiere la actuación de equipos multidisciplinarios para una mejor atención a los sujetos en condición de vulnerabilidad. **La regla 75** indica adoptar medidas para garantizar una protección efectiva a personas con especial vulnerabilidad que intervengan en un proceso judicial, como víctimas o testigos. La regla **78** señala que los actos judiciales donde participen menores de edad se deberán desarrollar en salas especiales, utilizar lenguaje sencillo y comprensible, y evitar formalismos innecesarios.

En ese orden, considero fundamental y trascendental que no simplemente se trata de declarar la nulidad y requerir la nueva declaración de la víctima, dado que esta va contra todos los principios normativos, tanto de la Constitución como de los convenios internacionales a las que se encuentra suscrito el Perú; por lo tanto, en los casos en que por diversos motivos no se hayan recibido las declaraciones de la víctima menor de edad, bajo las reglas de la prueba anticipada, estas debe ser plenamente valoradas y consideradas para emitir una sentencia condenatoria, para lo cual los juzgadores podrían de manera excepcional valorarlas, siempre y cuando se cumpla con los siguientes criterios o requisitos:

- Que la declaración se haya realizado en cumplimiento estricto de la guía de entrevista única, aprobado por el Ministerio Público.
- Que se haya llevado a cabo en una sala especial de cámara Gesell, que consta de dos espacios definidos.
- Que la declaración lo haya realizado un psicólogo especialista en entrevista forense.
- Que en la declaración haya participado un abogado defensor particular o defensor público, o, en su defecto, esté debidamente notificado con anticipación.
- Que se haya grabado en audio y video toda la declaración, y se encuentre en cadena de custodia.

- Informe multidisciplinario en el que se haya determinado que la víctima no puede volver a declarar en juicio, porque sería afectada psicológicamente.

En efecto, estas declaraciones (prueba preconstituida) sí pueden ser valoradas bajo determinados criterios, cuando se ha cumplido con garantizar el derecho a la defensa y se ha llevado en cumplimiento estricto de los protocolos establecidos en las guías del Ministerio Público, y realizado por un profesional experto para evitar la revictimización, debiendo insertarse al juicio oral de la siguiente manera: contar con un informe multidisciplinario que concluya explícitamente que la víctima no se encuentra en condiciones para volver a declarar, entonces el fiscal puede ofrecer la lectura del acta de declaración de cámara Gesell (prueba preconstituida) y la visualización del video, sustentándose en el artículo 383, numeral 1, letras c y d del Código Procesal Penal, que permite la lectura de las declaraciones previas, cuando el testigo no pueda concurrir a declarar a juicio por enfermedad o causas independientes a la voluntad de las partes.

Apoyado ello con las teorías y las recomendaciones de las reglas de Brasilia, que invocan evitar la revictimización especialmente en sectores vulnerables, inspirada en los instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos, para un mejor acceso a los servicios judiciales.

Evitar la revictimización

Luego de haber realizado el análisis de los resultados, en conjunto con el marco teórico, se puede colegir objetivamente que el problema se centra en la forma de recepcionar la declaración de las niñas y los niños víctimas de delitos sexuales, dado que debe ser única.

De tal manera, aun después de la reforma del artículo 19 de la Ley N.º 30364, del 4 de setiembre del 2018, los fiscales han seguido recibiendo las declaraciones como prueba preconstituida. Se debe, principalmente, porque requerir al Juzgado la tramitación de la prueba anticipada demanda de un plazo prolongado que no satisface la urgencia con la que se necesita actuar, en

los casos de flagrancia, para evitar la fuga del agresor. Situación que, en caso de llevarse bajo la dirección del fiscal, se programa y realiza de inmediato, con participación de las partes procesales, donde el abogado de la defensa tiene oportunidad de formular sus preguntas a través del psicólogo y dejar constancia de lo que considere impropio (Castillo, 2017).

Además, el fiscal, durante la investigación preliminar y preparatoria, asume esa condición de bifronte, buscando elementos de cargo y descargo, por lo que no se puede sustentar que el fiscal esté de parte de la víctima o solo busque elementos de cargo. En tal sentido, que, si bien no se asemeja a las características exactas de una prueba preconstituida, esto puede ser considerado como una excepción de la prueba preconstituida, a través del cual se recibe declaraciones de las víctimas, brindando las garantías de ley, que además será debatida y analizada en etapa de juicio oral.

Adicional a ello, el fiscal previamente, antes de ofrecer el acta de la declaración y la visualización de la declaración videograbada de la niña, niño o adolescente víctima de delitos sexuales, puede requerir un informe psicológico a la Unidad Médico Legal o un informe multidisciplinario de la Unidad de Víctimas y Testigos, para saber si la víctima se encuentra apta para volver a declarar en un juicio oral o si, por el contrario, ello le causaría una grave afectación psicológica (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2007).

Por otro lado, de la lectura de la Resolución Administrativa N.º 277-2019-CE-PJ, publicada en consecuencia de la citada modificatoria, en la parte de 3.1 de protección integral de los derechos de la niña, el niño y la o el adolescente, se señala que el Poder Judicial busca proteger los derechos de las y los menores, y en el tercer párrafo de manera textual se señala que el juez garantizará que la víctima, que ha sido entrevistada previamente en la cámara Gesell del Ministerio Público, por los mismos hechos, no volverá a ser entrevistado en cámara Gesell del Poder Judicial, a fin de evitar su revictimización. Con ello queda claro que no hay forma de poder desconocer

o invalidar estas declaraciones que ha llevado a cabo el Ministerio Público, como prueba irregular, porque hacerlo implica tener que recibir nuevamente la declaración de la víctima por el mismo hecho, causando la revictimización.

En todo caso, los jueces, para emitir las resoluciones de su competencia, deben hacer un control de legalidad, constitucional y convencionalidad; en efecto, desde mi punto de vista, es necesario analizar el caso concreto más allá de lo evidente, dado que, con el afán de hacer cumplir la declaración única de prueba anticipada, en la práctica ello está conllevando a que la víctima declare más de una vez en el proceso penal, ocasionado con ello un perjuicio psicológico irreparable. Dado que, en la realidad práctica, cuando el fiscal, en un caso de flagrancia, solicita la tramitación de la prueba anticipada, no es atendido de inmediato, se debe considerar que el plazo vence en 48 horas; por ello, el fiscal necesita la declaración de la víctima, dado que constituye el elemento más importante para el proceso penal, y disponer la situación jurídica del imputado, por lo que se ven en la necesidad de llevarlo como prueba preconstituida que, además, brinda todas las garantías de ley a la defensa y se realiza en cumplimiento estricto de protocolos establecidos por el Ministerio Público, el mismo que se hace en un ambiente especializado y por un entrevistador experto. Asimismo, resulta fundamental implementar mayor cantidad de cámaras Gesell debidamente equipados en logística y personal capacitado, a fin de que puedan formular adecuadamente las entrevistas por única vez y conservarla en calidad de prueba anticipada, para la etapa del juicio oral.

CONCLUSIÓN

Primero: el principal factor de revictimización es originado en el proceso penal cuando los jueces y los fiscales asumen que la solución está siempre haciendo que la víctima vuelva a declarar en un juicio oral, contraviniendo parte del control de legalidad, convencionalidad y legalidad, que nos permiten tener una visión más allá de lo evidente, para brindar una real tutela efectiva a las víctimas con especial vulnerabilidad.

Segundo: sí es posible que la declaración de las víctimas de delitos contra la libertad sexual, menores de edad, recibida como prueba preconstituida por el fiscal, sea debatida en etapa de juicio oral y valorada para una sentencia, dado que esta se alinea a los estándares internacionales y no afecta los derechos colaterales. Asimismo, es posible introducirla conforme el artículo 383, numeral 1, letras c y d del Código Procesal Penal, que permite la lectura de las declaraciones previas; en este caso, con previo informe multidisciplinario que concluya que la o el menor no se encuentra en condiciones para volver a declarar.

Tercero: la realización de la prueba anticipada es lo más viable y óptimo para recibir la declaración única de las víctimas menores de edad de delitos contra la libertad sexual, pero el Poder Judicial no cuenta con la capacidad logística y el personal capacitado para actuar de manera inmediata, como es propio de este tipo de pruebas.

Cuarto: Internalizar externalidades derivadas del factor de revictimización tiene asidero a partir de la prueba preconstituida y prueba anticipada, para recibir la declaración única de las víctimas contra la libertad sexual, menores de edad, implementando de manera paulatina la anticipación probatoria.

Aspectos éticos

Declaro que he respetado lo establecido por las normas éticas que regulan el ejercicio profesional.

Conflicto de intereses

Declaro que no he incurrido en conflicto de intereses al elaborar el presente artículo.

REFERENCIAS

- Casación N.º 29-2019-*Arequipa*. Cámara Gesell, ¿prueba anticipada o prueba pre constituida? (26 de febrero del 2020). <http://www.gacetajuridica.com.pe/boletin-nvnet/arweb/Casaci%C3%B3n%20N.%C2%BA%2021-2019-Arequipa.pdf>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos - Secretaría General Organización de los Estados Americanos. (2007). *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas-Washington*. <http://www.cidh.org/pdf%20files/Informe%20Acceso%20a%20la%20Justicia%20Español%20020507.pdf>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso J. vs. Perú*. (2013). https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_275_esp.pdf
- Cuenca, N., Palacios, M. y Jiménez, O. (2018). *Diseño de investigación cualitativa*. Universidad Técnica de Machala. <http://repositorio.utmachala.edu.ec/handle/48000/14209>
- Cueto, E. (2020). Investigación cualitativa. *Revista del Comité Científico* <https://doi.org/10.22370/asd.2020.1.3.2574>

Decreto Legislativo N.º 1386. Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar (4 de setiembre del 2018). <https://busquedas.elperuano.pe/download/url/decreto-legislativo-que-modifica-la-ley-n-30364-ley-para-p-decreto-legislativo-n-1386-1687393-4>

Del Águila, A. (2017). *Cámara Gesell: Una herramienta para reducir la victimización secundaria en menores víctimas de delitos sexuales*. Universidad de Alicante. https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/67235/1/CAMARA_GESSELL_UNA_HERRAMIENTA_PARA_REDUCIR_LA_VICTIMIZACION_SECUNDARIA_EN_MENORES_VICTIMAS_DE_DELITOS_SEXUALES.pdf

Expediente N.º 1040-2019-5-3301-JR-PE-01 de la Sala Penal de Apelaciones de Ventanilla. Sentencia de segunda instancia (30 de octubre del 2020). <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/12/Exp.-01040-2019-5-LP.pdf>

Ley N.º 30364. Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar (23 de noviembre del 2015). <https://busquedas.elperuano.pe/download/url/ley-para-prevenir-sancionar-y-erradicar-la-violencia-contra-ley-n-30364-1314999-1>

Morillas, L., Aguilar, M. y Patró, M. (2011), *Victimología. Un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*. Editorial Dykinson, S. L.

Neyra, J. (2015). *Tratado de derecho procesal penal* (tomo II). Editorial Idemsa.

Resolución Administrativa N.º 277-2019-CE-PJ. Protocolo de entrevista única para niñas, niños y adolescentes en Cámara Gesell. (25 de julio del 2019). <https://busquedas.elperuano.pe/download/url/aprueban-el-protocolo-de-entrevista-unica-para-ninas-ninos-resolucion-administrativa-no-277-2019-ce-pj-1792076-1>

Resolución Administrativa N.º 266-2010-CE-PJ. (26 de julio de 2010). <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/5bec39004343262eb071fee2da5cdfbc/Carta+de+Derechos+ante++el+Poder+Judicial.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=5bec39004343262eb071fee2da5cdfbc>

Roque, S. (2020). Cámara Gesell de la prueba preconstituida a la garantía de la prueba anticipada – Casación N.º 21-2019-Arequipa. *Revista Gaceta Penal*.

Strauss, A. y Corbin, C. (2016). *Bases de la investigación cualitativa*. Metodología, editorial de la Universidad de Antioquia.

Subijana, I. y Echeburúa, E. (2018). *Las menores víctimas de abuso sexual en el proceso judicial. El control de la victimización secundaria y las garantías jurídicas de los acusados*. *Revista Anuario de Psicología Jurídica*, 1(28), 22-27. <https://doi.org/10.5093/apj2018a1>

Vara, A. (2010). *¿Cómo evaluar la rigurosidad científica de las tesis doctorales?* Universidad San Martín de Porres. https://www.researchgate.net/publication/215797775_Como_evaluar_la_rigurosidad_cientifica_de las tesis doctorales