

LA PRUEBA TESTIFICAL EN PRESUNTAS VÍCTIMAS DE DELITOS SEXUALES OBTENIDA POR UN PSICÓLOGO DEL TESTIMONIO E INCORPORADA COMO PERICIA PARA CONTROL DE FIABILIDAD DE LAS PARTES.

José Antonio Neyra Flores

Resumen.

En el Perú, la obtención de la prueba testimonial infantil se hace mediante un psicólogo del Ministerio Público y uso de cámara Gesell. Se analiza si los instrumentos Guías de entrevista del Ministerio Público del año 2016 y Protocolo de entrevista del Poder Judicial del 2019 están vigentes científicamente y si se aplican, cómo se realiza, si es a través de psicólogos especialistas (forenses y/o del testimonio), si existen psicólogos y cámaras Gesell suficientes. Se plantea que solo un psicólogo del testimonio realice la entrevista a menor de edad y sea ingresada como pericia del testimonio a fin de que las partes realicen el examen de fiabilidad que corresponde. Si tal propuesta, desde la psicología del testimonio, produce una información más fiable que la actual donde hay prueba anticipada; si este cambio limita la intervención del Fiscal, defensor del imputado y Juez desapareciendo la prueba anticipada, por lo que ponderaré el derecho a la verdad con el derecho a la contradicción y otros relacionados con el debido proceso.

Hoy día en Perú no existe psicólogos del testimonio, ni se enseña en las Facultades de psicología ni de Derecho de las universidades ni obligatoriamente en la Academia de la Magistratura y lo que busco con el presente trabajo es sensibilizar al Estado y Sociedad para que en un futuro cercano contemos con estos expertos en entrevistas cognitivas

I. INTRODUCCIÓN:

El Perú es uno de los países que practica la prueba testifical a menores de edad, presuntas víctimas de abuso sexual, con la facilitación o tamiz de un psicólogo que debe ser forense y en Cámara Gesell para evitar que los puedan revictimizar o afectar su salud mental y que partes prueben sus proposiciones fácticas. Se practica en prueba anticipada (que se grabará audio video y será lo que se ofrezca como prueba en el juicio y evitar nueva concurrencia de menor) dirigida por el juez de investigación preparatoria, que califica la admisión de las

preguntas de las partes al menor. Así, el psicólogo, priorizando la estabilidad emocional del menor y protección de daños psicológicos, aplica la técnica respectiva y formula las preguntas al menor debiendo ser de tipo abierta, evitando las sugestivas, capciosas, ambiguas, etc.

En la sala de observación, se encuentran el juez, las partes, el equipo técnico, padres de familia o tutores, existiendo un vidrio de visión unilateral, para ver en el ambiente contiguo al menor y psicólogo, y ellos no.

Se busca proteger al menor de daños psicológicos, pero se debe analizar de manera holística todo el procedimiento. Por una parte, ¿la intervención de psicólogo en cámara Gesell es una práctica fiable de testimonio para determinar alto grado de veracidad? ¿Qué deberían hacer los psicólogos forenses? ¿Es necesario el uso de Cámara Gesell?

La Convención sobre los Derechos del Niño en sus artículos 12.2. y 19.1 obliga a los estados parte a garantizar la participación del menor en los procesos jurisdiccionales que afecten la esfera jurídica evitando toda forma de perjuicio mediante la adopción de medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para protegerlos, sin afectar, por otro lado, la garantías que rigen las pruebas en el proceso penal, como es la no afectación del principio de contradicción y derecho de defensa¹.

En Perú la ley 30364 del año 2015, “Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar” ha establecido que la declaración de menor niño, niña o adolescente se realice mediante Cámara Gesell. De ella, se deriva la Guía de procedimientos de entrevista única a víctimas del Ministerio Público (en adelante MP) del año 2016, aprobada por resolución de la Fiscalía de la Nación N° 3963-2016-MP-FN, que prevé que la realizará un psicólogo forense en cámara Gesell, menor que será acompañada por psicólogo, trabajador social y abogado de la Unidad de Asistencia Distrital a Víctimas y Testigos-UDAVIT del MP. Además, desde el 30-12-2016 por decreto legislativo 1307, en diligencias preliminares se permite prueba anticipada al reformar el artículo 242 del CPP.

¹ MIRANDA ESTRAMPES, M. (2019). Prueba testifical y garantía de contradicción en la jurisprudencia del Tribunal europeo de Derechos Humanos. En Vázquez R., Hechos y razonamiento probatorio (págs. 317-ss). Puno: EDITORIAL CEJI., p. 362.

Si bien el título de mi investigación afirma que es un psicólogo del testimonio quien solo debe realizar las pruebas testificales en casos de abuso sexual infantil podría comprender todos los delitos, pero la realidad de Perú no permite que se materialice (como seguro de muchos países del mundo), por problemas de todo tipo, legales, culturales, recursos humanos y logísticos, que impiden propuestas como las de Nieva². Por lo que solo analizare, cuáles son los factores que generan una práctica no fiable de prueba testifical por las partes y el juez con psicólogo en Cámara Gesell en delitos sexuales, relacionados a la funcionalidad y a la práctica que dichos problemas repercuten en la programación de tales entrevistas en Cámaras Gesell y en su fiabilidad por lo que cuestiono su permanencia. También propongo qué debería cambiarse en las Guías de entrevista y/o Protocolo, del Ministerio Público como del Poder Judicial. Otros, la especialidad de los psicólogos, que sea solo un psicólogo del testimonio quien recabe la declaración, así como la evaluación del testimonio como prueba pericial de psicología del testimonio, el uso de métodos o protocolos internacionales.

Sin dejar de lado los principios y las garantías del proceso penal³, de contradicción y derecho de defensa, haré un análisis sobre su posible afectación en nuestro ordenamiento jurídico; o si se pueda reforzar con la obtención de declaración solo mediante psicólogo del testimonio en Cámara Gesell y posterior control de fiabilidad a través de su incorporación como pericia.

II. PROBLEMAS EN LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA TESTIFICAL

La práctica de la prueba testifical tiene un fin epistémico: proteger la exactitud (o precisión) de la declaración, es decir, que dicha prueba sea fiable⁴. Al respecto, debe distinguirse la fiabilidad de la credibilidad, siendo la primera un método independiente de la creencia del sujeto, como sí lo es la credibilidad⁵.

² Que esta se realice de manera general en el proceso, es decir, que un psicólogo del testimonio reciba la declaración de la víctimas y testigos. NIEVA FENOLL, J. Valoración de la prueba. Marcial Pons. (2010). Pp. 213-236

³ SAN MARTÍN CASTRO, C. Derecho Procesal Penal. Lecciones. (2 ed.). (INPECCP, Ed.) Lima, Perú, (2020), pp. 58-174

⁴ VÁZQUEZ ROJAS, C. Manual de prueba pericial. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2022), p.246.

⁵ VÁZQUEZ ROJAS, C. Presentación de la traducción al castellano del informe del PCAST sobre la ciencia forense en los tribunales penales. (M. Pons, Ed.) Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio (N. 3. 2022), pp. 279.

Nuestro ordenamiento jurídico peruano ha hecho su esfuerzo por reforzar la práctica de prueba testifical pero no lo logra.

2.1. En la funcionalidad.

Indicaré cuáles son los problemas que suceden en algunas jurisdicciones. Para ello, hice 21 encuestas entre jueces, fiscales, profesores, abogados litigantes, y psicólogos para tener un panorama más amplio. Pondré como ejemplo a Loreto y otras jurisdicciones.

II.1.1. Mínimo porcentaje de psicólogos forenses y ausencia de psicólogos del testimonio en Perú.

Según el Colegio de Psicólogos del Perú, existen 46110 psicólogos colegiados a nivel nacional dedicados a distintas disciplinas, pero muy escasamente forense. Por ello, algunos psicólogos deben ocupar cargos sin la especialidad⁶. Peor para la obtención de la declaración del menor presunta víctima de abuso sexual, porque se desconoce si existe algún psicólogo del testimonio. Aunado, el salario que percibe un psicólogo forense en una entidad pública como Ministerio Público, Poder Judicial, Centro de Emergencia Mujer, Policía Nacional no es lo suficiente para contar con recursos económicos y/o generar incentivo a estudiar una segunda especialidad y no se exige para ocupar tal puesto sino solo 4 meses de ella o en temas de salud, sin que se conozca que sus instituciones los financien y tienen mucha carga laboral. Por lo que se desconoce exactamente cuántos psicólogos del MP son psicólogos forenses. Tampoco existe enseñanza de psicología del testimonio en pre ni posgrado de facultades de psicología en universidades. Menos en las de derecho u obligatoria en AMAG (Academia de la Magistratura) para que jueces, fiscales, defensores del procesado y /o víctima hagan preguntas adecuadas y controlar al psicólogo que tamiza preguntas al menor de edad, que no puede aplicar la guía y si métodos no previstos o no hacerlo científicamente.

II.1.2. Escasez de Cámaras Gesell

Desde el 2008, primera instalación de Cámara Gesell, hasta el 2019, se han establecido en el Ministerio Público 75 Cámaras Gesell actualmente 12 inhabilitadas (Barrenechea Arango, 2019) y para octubre de 2021, se registran 117 cámaras con 28 inhabilitadas. Además, según

⁶ Para más información: "En el Perú hay un mercado laboral importante para los psicólogos". En Andina. Agencia peruana de noticias. 8 de mayo de 2020. Lima. <https://andina.pe/agencia/noticia-en-peru-hay-un-mercado-laboral-importante-para-los-psicologos-750790.aspx>

datos estadísticos, en el Perú ocurren 15 violaciones sexuales a menores, de manera diaria, aproximadamente⁷.

Por lo que hay escasez y se ha declarado de interés público y prioridad nacional la implementación progresiva de cámaras Gesell en todas las fiscalías provinciales penales, de familia o mixtas de las provincias de los distritos fiscales y juzgados de familia de los distritos judiciales del país, mediante Ley 30920, de 07 de marzo del 2019. La pandemia de COVID 19 agudizó más la situación, porque el presupuesto se utilizó en combatirla y hubo distritos fiscales que no lo tuvieron para instalar una y para el 2021, del total de cámaras Gesell, el 23.9% estaban inhabilitadas⁸.

II.1.3. Programación de entrevistas tardías

Las programaciones de entrevistas en Cámaras gesell varían dependiendo: si el proceso es común no hubo flagrancia o si el proceso es inmediato por flagrancia. Si el proceso es común que pasa por todas las etapas, no se toma inmediatamente, varía dependiendo de los factores indicados (ausencia de psicólogos, técnicos y de cámaras Gesell), puede demorar hasta más de seis meses luego de la solicitud de prueba anticipada. Por otro lado, cuando el proceso es inmediato por flagrancia o porque el hecho punible no tiene más de 48 horas, se le da prioridad y se realiza.

Por ejemplo, fuera de flagrancia, un juez de Pucallpa (selva) señala que la entrevista puede llevarse a los 10 meses de la solicitud, mientras en el Callao (costa), tres días como máximo.

II.1.4. ¿Vulneración de derecho de contradicción?

Cuando se obtenga la entrevista del menor solo por un psicólogo del testimonio y sin examen directo de las partes, se podría cuestionar que se afectan algunas garantías procesales. Pero en primer lugar se debe tener claro que hoy con la entrevista por psicólogo en cámara gesell y prueba anticipada no se garantiza fiabilidad de esta, por los tantos problemas que existen, como protocolo que no ha sido hecho según la psicología del testimonio si no solo la forense. Existe desconocimiento de la psicología forense y con mayor razón de la psicología del

⁷ Para más información, ver: <https://www.infobae.com/america/peru/2022/04/16/monstruo-de-chiclayo-15-menores-son-victimas-de-violacion-al-dia-en-peru-segun-el-ministerio-de-la-mujer/>

⁸ Para más información, ver: <https://comunicaciones.congreso.gob.pe/noticias/presupuesto-congresistas-demandan-mas-camaras-gesell-para-casos-de-violencia/>

testimonio por las partes que formulan las preguntas y el juez de manera acrítica o deferencial⁹ que las admite y no tenemos seguridad que el psicólogo conozca lo forense, porque la mayoría de ellos no cuenta con tal especialidad, pero seguro sí que no sabe sobre psicología del testimonio que no se enseña en Perú y no se conoce la existencia de algún profesional en esta materia. La sobrecarga de entrevistas que deben realizar los pocos psicólogos que existen, la carencia de cámaras gesell, lo que produce retraso en la programación de pruebas anticipadas cuando no hay flagrancia inclusive de meses y con ello la afectación de la memoria por el transcurso del tiempo y por la alta posibilidad de contaminación por terceros.

En España, en un primer momento, el TC señaló la relevancia de la contradicción en situaciones donde se practican las pruebas antes de juicio oral, que se respetan no solo cuando el investigado (o su abogado) interviene en la contradicción, sino también cuando se ausenta “por motivos o circunstancias que no se deben a una actuación judicial (STC 187/2003, de 27 de octubre, FJ 4). Entonces, la contradicción también se cumple cuando el investigado está ausente previo a juicio oral por haberse negado a presentarse, huido o encontrando en rebeldía (STC 115/1998). Si no suceden estas circunstancias, no se admitían las pruebas testificales.

Sin embargo, posteriormente señala que, más que la prohibición de la prueba por ausencia de contradicción en etapas previas a juicio oral, se debería evaluar aquellas actuaciones por el hecho de obtener una información más fiable. Es decir, si se va a practicar una prueba testifical, previo a juicio oral y sin la presencia del abogado defensor del investigado, debe realizarse para obtener una mayor información y de la forma más fiable posible debiéndose compensar con criterios de valoración de prueba más exigentes. Como los que el TEDH ha establecido en su sentencia *Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido*, cuando la declaración previa de la víctima o testigo de cargo no ha sido interrogada por la defensa del investigado o es la única prueba que determina la culpabilidad del procesado. Esta sentencia “ya no exige

⁹ GASCÓN ABELLÁN, M. Ciencia forense en los tribunales. Los problemas de la deferencia y el reto de la educación. En *Ciencia y justicia. El conocimiento experto en la Suprema Corte de Justicia de la Nación* (Coord. Vázquez R.), Suprema Corte de Justicia de la Nación. Primera edición. México, mayo de 2021, p. 69.

medidas que compensen los déficits de defensa que permitan un grado de confrontación, sino medidas que permitan asegurar por otras vías la fiabilidad del testimonio”¹⁰.

En el Perú, para la excepcional valoración de una declaración sin la intervención de las partes, como la defensa del investigado, se aplican los lineamientos de la citada sentencia del TEDH siguiendo tres criterios de comprobación, en el fundamento 33 del Acuerdo Plenario de las salas Penales de la Corte Suprema N° 1-2019, Recurso de Nulidad N° 420/2018 Cajamarca, fundamento séptimo¹¹: i) motivo justificado para la no contradicción, ii) que la declaración sea determinante para la decisión, iii) si hay garantías procesales suficientes para contrarrestar las dificultades causadas a la defensa

Si se va a exceptuar la contradicción, porque no hay intervención de las partes en entrevista de la víctima, debemos saber cómo obtener fiabilidad probatoria. ¿Nuestro ordenamiento jurídico garantiza que la prueba testifical obtenida con psicólogo en Cámara Gesell presenta “fiabilidad probatoria”? ¿La psicología del testimonio contribuye para obtener mayor fiabilidad? ¿Por qué?

II.2. En la práctica en sentido estricto

II.2.1. Aplicación de técnicas y/o protocolos con alto margen de error

Otro de los problemas en la práctica de la prueba testifical es el mal uso de la técnica de entrevista y de protocolos para ello a menores de edad con psicólogo en Cámara Gesell. En el Perú contamos con la Guía de entrevista del MP del 2016, elaborada cuando la dirigía el Fiscal Provincial Penal, con participación del defensor del investigado, que incluyó el protocolo SATAC de Cornerhouse, que se dejó de aplicar en cuanto recomendaba el uso de dibujos y muñecos en la entrevista por ser riesgoso puesto que distrae al menor y no entendería la seriedad del asunto que debe responder, manteniéndose demás contenido, cuando es psicólogo del MP quien lo realiza. También existe el protocolo del Poder Judicial del año 2019, para prueba anticipada con dirección judicial e intervención de fiscal y defensor del investigado, que se usa pocas veces por las carencias de esta institución de psicólogos y

¹⁰ ALCÁCER GUIRAO, R. (2013). La devaluación del derecho a la contradicción en la jurisprudencia del TEDH. (U. P. Fabra, Ed.) *InDret. Revista para el análisis del derecho* (04), 1-15. Obtenido de <https://raco.cat/index.php/InDret/article/view/270186/357762>

¹¹ También en otras resoluciones como Acuerdo Plenario 1-2019, fundamento 33, de 22-05-2018; RN 1556-2017 Puno, 1-10-2018.

cámaras gesell, por lo que generalmente se utiliza Guía del MP. Ambos, se aplican, a pesar de no haber pasado por un análisis de fiabilidad, para establecer su confiabilidad científica, como el sustento por selecta comunidad científica y revistas especializadas de la más alta calificación y aplicación en casos reales que validen con el menor margen de error, su vigencia en la actualidad.

El psicólogo, juez y partes deben de seguir directrices del Protocolo de entrevista única para niñas, niños y adolescentes en cámara Gesell del Poder Judicial aplicable en prueba anticipada grabada (en adelante PJ)¹², bajo el fundamento de evitar victimizaciones secundarias al menor y obtener una información más amplia y sin repeticiones. Este se viene aplicando progresiva y lentamente en los juzgados de investigación preparatoria (Garantía) del Perú, que cuenten con psicólogo y cámara Gesell propios y mayoritariamente se aplica la Guía de entrevista Única del Ministerio Público, porque se hace con sus psicólogos y Cámara Gesell. La técnica de entrevista realizada por un psicólogo en cámara Gesell, se realiza en prueba anticipada bajo dirección del juez, conforme a las reglas y principios del juicio oral [Casación 21-2019 Arequipa, fundamento quinto, Sala Penal Permanente]. Sin embargo, deben tener una exigencia probatoria: la fiabilidad que permitan alcanzar suficiente grado de certeza¹³. No siendo suficiente lo señalado en el Recurso de Nulidad 577-2019 Sala Penal Permanente, que la dirección de un psicólogo en un ambiente amigable y adecuado sin la presencia de otras personas es de “alta fiabilidad y basta con una sola declaración de la víctima” (fundamento quinto).

La fiabilidad de dicha información obtenida mediante las técnicas señaladas depende de criterios y herramientas que permitan llegar a un grado de veracidad de la prueba. Los criterios que la jurisprudencia nacional señala son: i) la ausencia de incredibilidad subjetiva, ii) la verosimilitud y iii) la persistencia en la incriminación; aunque la prueba no se descarta con la ausencia de alguno [Acuerdo plenario 2-2005], pese a ello, algunos jueces

¹² No existe distinción sustancial con la Guía de entrevista realizada por el Ministerio Público en el año 2016 que fue hecha para que la dirija el Fiscal con presencia del defensor del investigado.

Para más información, ver Cuadro comparativo entre Guía de entrevista del MP y Protocolo de entrevista del PJ: <https://drive.google.com/file/d/1chaWzDhrEMFBZmRpz-wTelQEo4pCNkO1/view?usp=sharing>

¹³ TARUFFO, M. El conocimiento científico y estándares de prueba judicial. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado XXXVIII*, (14), 32,34. (septiembre-diciembre de 2005), p. 1303. Obtenido de <https://www.redalyc.org/pdf/427/42711413.pdf>

erróneamente consideran que sí¹⁴. Además, en casos de menores de edad, estos criterios no se aplican debido a que su estado mental es más complejo pudiendo contradecirlos¹⁵. Por ello, considero que los criterios para valorar una prueba testifical dependen de factores más minuciosos tales como la edad, desarrollo, entorno, tiempo¹⁶, presión, estrés, memoria y condiciones personales, pero una cosa es tener credibilidad con los criterios y otra es tener fiabilidad¹⁷ que genera una declaración sólida que permite al juez tener “convicción” (sic) de la hipótesis planteada por una de las partes¹⁸.

Por tanto, en situaciones donde se practique prueba testifical de menor de edad por psicólogo en Cámara Gesell, se debe tener en cuenta: 1) las pericias psicológicas sobre la credibilidad del testimonio no la realizan psicólogos en Cámara Gesell si no en prueba anticipada tamizan o facilitan las preguntas del fiscal y defensa del investigado que admite juez, en la entrevista al menor de edad (Perú), y, después, se debería practica una pericia sobre la credibilidad del testigo. Al respecto, siguiendo línea de Gonzales y Manzanero, que la evaluación de credibilidad del sujeto no es suficiente y que por ello deba realizarse una evaluación sobre la exactitud del testimonio¹⁹; 2) el campo de estudio de los psicólogos forenses es amplia y no necesariamente todos están especializados en analizar la credibilidad de la declaración de un menor. Si bien no podemos llegar a tener siempre una verdad absoluta, esta debe contener una probabilidad alta y exigente para determinar la privación de libertad u otros derechos de una persona²⁰. Así, debemos quitarnos el sesgo cognitivo de representatividad al pensar que los niños son inocentes y, por tanto, no dicen mentiras. También, que una declaración sincera

¹⁴ RAMÍREZ ORTÍZ, J. L. El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género. *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio* (1|2020), (2020). p.211. doi: 10.33115/udg_bib/qf.i1.22288

¹⁵ NIEVA FENOLL, J. La declaración de niños en calidad de partes y testigos. *Justicia: Revista de Derecho Procesal* (1/2012), (enero de 2012), pp. 121-141.

¹⁶ Al respecto, la Casación 875-2019 Arequipa, fundamento quinto, del 5 de julio del 2021, señala que hay situaciones irracionales sobre la exigencia de especificaciones temporales para demostrar verosimilitud externa, tales como día y hora, cuando una declaración se realiza años después del hecho punible.

¹⁷ VÁZQUEZ ROJAS, C. Presentación de la traducción ... *Ob. Cit.*, (2022). p. 279.

¹⁸ Al respecto, el RECURSO de Nulidad 2210-2019, fundamento 19, emitida por la Corte Suprema de Perú el 5 de abril del 2019 señala que el análisis de la declaración con la psicología del testimonio conlleva a tener una declaración más sólida permitiendo adquirir convicción o no de la verosimilitud de la declaración.

¹⁹ GONZALES, J. L., & MANZANERO, A. L. *Obtención y valoración del testimonio. Protocolo holístico de evaluación de la prueba testifical (HELPT)*. Madrid: Pirámide. (2018), pp. 29-41.

²⁰ FERRER BELTRÁN, J. *Prueba sin convicción. Estándares de la prueba y debido proceso*. Madrid: Marcial Pons. (2021).

es verdadera puesto que una declaración mentirosa también puede conllevar a una verdad²¹, 3) que, mediante métodos corroborativos fiables se puedan conocer los factores de verdad y falsedad de un relato. Por lo que el perito del testimonio debe analizar de manera sistemática todas las actuaciones, policiales, fiscales o judiciales, debiendo cumplir dos roles principales en el proceso penal, evaluar las pruebas testificales como perito y asesorar al juez para que este comprenda la práctica pericial²². La Psicología del testimonio se encuentra en esta última especialidad.

Uno de los instrumentos que deberían aplicar nuestros psicólogos forenses en Perú son los protocolos que la psicología del testimonio ha planteado. Lo ideal sería que se especialicen en Psicología del testimonio, pero los problemas descritos en párrafos anteriores complicarían su materialización, al menos en estos momentos. Claro que estos protocolos deben pasar por estándares de fiabilidad, es decir, que tras un proceso de meta-análisis, se hayan demostrado que cumplan las nuevas exigencias de los criterios Daubert ,que haya sido sujeta a pruebas empíricas (pruebas de refutabilidad); a la opinión, revisión y aceptación de la comunidad científica (por revistas científicas del más alto reconocimiento); que se conozca su margen de error potencial, y que existan estándares que controlen su aplicación) o la aceptación de la comunidad experta (que con la más alta solvencia este acreditado que lo es y su ética).

Habiéndose demostrado que el protocolo NICHHD es el más idóneo para entrevistar a menores de edad y que, en casos de adultos, sea el protocolo HELP el más fiable²³. Por ello, debemos enfocarnos en estos presupuestos para asegurar un procedimiento científico y técnico en la práctica de prueba testifical.

Mi propuesta es que la práctica debe ser realizada solo por un psicólogo del testimonio, sin intervención de las partes ni del juez , independientemente de si se cuenta con la Cámara Gesell, si no en un ambiente adecuado para que fiscal y defensor del investigado lo puedan

²¹ DE PAULA RAMOS, V. *La prueba testifical. Del subjetivismo, al objetivismo, del aislamiento científico al diálogo con la psicología y la epistemología*. Madrid: Marcial Pons. (2019)

²² MANZANERO PUEBLA, A. *Psicología del testimonio. Una aplicación de los estudios sobre la memoria*. Madrid: Ediciones Pirámide (2008), pp. 221-222.

²³ MANZANERO PUEBLA, A. La psicología del testimonio. Obtención y análisis de las declaraciones de testigos. En C. Vázquez Rojas, Ob. Cit., (2022) p. 301.

apreciar en directo para controlarlo y que se grabe audio video de manera obligatoria desde el momento en que el Psicólogo tiene contacto con el menor para que acompañe al informe escrito del perito que se pondrá a disposición de las partes y del órgano judicial . Lo más importante es que dicha prueba sea fiable, por lo que el psicólogo debe aplicar un protocolo con criterios científicos²⁴, teniendo en cuenta el interés superior del niño y la no violación de garantías procesales. Para la entrevista, el psicólogo del testimonio deberá estructurarla para poder determinar la credibilidad de la declaración del menor, recabando toda la información de actos de investigación para realizar las preguntas pertinentes. Las partes no intervendrán, pero podrán observar la entrevista cognitiva-pericia del psicólogo del testimonio y preparar su pericia de parte o para la contradicción en el juicio oral.

Así, para demostrar que dicha prueba es fiable, el psicólogo deberá participar como perito en audiencia de juicio oral indicando qué protocolo ha utilizado y porqué de la forma más científica posible y sometándose a control de su solvencia científica y técnica por las partes. Además, señala LLUCH que “la relación entre el perito con el juez se basa en el respeto y la persuasión, pues el perito deberá convencer al juez de la solidez de sus máximas de experiencia científicas”²⁵.

En la elaboración de la pericia y en su presentación en audiencia se deberían usar los criterios de valoración de prueba pericial establecidos en el Acuerdo Plenario 4-2015 y actualizados en la casación 1707-2019 Puno Sala Penal.

Para GASCÓN, la calidad de pruebas periciales seguras contienen datos fiables que los expertos aportan a los tribunales (medir tasas de error, reforzar precisión; estandarizar y mejorar la práctica en los laboratorios aplicando protocolos; adoptar test de competencia rigurosos para la selección de expertos y someterlos a programas de actualización y entrenamiento continuado) y asegurar la calidad del proceso realizando filtros para que los malos peritos “forenses defectuosos” no formen parte de la decisión, ello también implica al

²⁴ CONTRERAS ROJAS, C. La valoración de la prueba de un interrogatorio. Marcial Pons. Ediciones jurídicas y sociales S.A. (2015), p. 257.

²⁵ LLUCH, A. X. Diez tesis sobre la valoración de la prueba. Dos propuestas de lege ferenda y un decálogo sobre motivación. En *El derecho probatorio y la decisión judicial* (págs. 41-70). Medellín: Sello Editorial Universidad de Medellín, (2016), p.57.

juez”²⁶ que permite a que este pueda decidir con los elementos objetivos que le aportaron²⁷ (López Ortega, J. 2018, pág. 3).

Todas las partes en el proceso tienen el deber de ejercer la contradicción (en juicio) de la prueba pericial ya que es el mejor método para garantizar la objetividad del perito. Así, el margen de error de los resultados de la pericia se reduce haciendo alto el carácter de la fiabilidad.

Duce (2020), señala que pueden existir tres errores comunes en los peritos cuando brindan un testimonio sobre su pericia: i) usan datos empíricos inadecuados sobre la población general, ii) concluyen sobre el valor probatorio de la evidencia respectiva que no contaba con apoyo en la evidencia empírica disponible en la propia disciplina y iii) mal comportamiento de los expertos como *no dar a conocer al acusado evidencia favorable, fabricar evidencia forense en su contra y presentar opinión forense de manera de asistir indebidamente al trabajo de los policías y fiscales* (pág. 366). Es por eso que se reitera que la única forma de brindar alta fiabilidad a una prueba pericial, en beneficio a la verdad de los hechos, es en el proceso con la participación de los sujetos procesales, no necesariamente activa materializando la contradicción.

Vázquez sostiene que “no se puede llegar a conclusiones racionales sobre la calidad de una prueba pericial solamente considerando formalidades, puesto que, obviamente, (i) un informe claro podría ser falso o tener un grado de fiabilidad bajo y (ii) *un perito con las mejores credenciales siempre puede cometer algún error en el caso concreto en que participó*”²⁸ [cursivas es mía].

Al proponer que la declaración del menor sea una prueba pericial, considero que las regulaciones de fiabilidad que se han establecido a esta mediante la Casación 1707-2019 Puno, Sala Penal de 30 de julio de 2021, deben aplicarse para que inicialmente las partes y después el órgano judicial pueda analizar el método que utiliza el psicólogo del testimonio al

²⁶ GASCÓN ABELLÁN, M. Ideas para un "control de fiabilidad" de las pruebas forenses. Un punto de partida para seguir discutiendo. En P. Rovatti, *Manual sobre derechos humanos y prueba en el proceso penal* (págs. 51-83). Ciudad de México: Suprema Corte de la Nación de México, (2021), p. 61.

²⁷ LÓPEZ ORTEGA, J. J. Yo sí te creo. *Boletín comisión especial. Perspectiva de género en el proceso penal*, 2(10), (2018). p. 3.

²⁸ VÁZQUEZ ROJAS, C. *Hechos y razonamiento probatorio*. Lima: Editorial CEJI. (2019), p. 388.

realizar la entrevista. Debiéndose (i) analizar la aplicación correcta de la Guía para la entrevista única de niños y adolescentes víctimas de abuso sexual del MP y PJ, los principios y los métodos de disciplina o área de conocimiento a los hechos que son objetos de análisis e identificar el margen de fiabilidad de los resultados como la transcripción, el planteamiento de preguntas, apoyo emocional, interdisciplinariedad, etc.; (ii) evaluar si la actuación del especialista es veraz y objetiva, si es psicólogo forense o solo clínico y por supuesto cuando ya tengamos los psicólogos del testimonio, así como la del fiscal, defensor y juez; y (iii) advertir si la metodología es clara en cada uno de los aspectos que la sustentan.

Actualmente, la función del perito psicólogo forense se limita en certificar la condición del declarante (certificado de psicopatología grave, psicosis o una discapacidad intelectual que no permita distinguir entre realidad interna y externa) y manifestarse sobre la no fiabilidad de cualquier declaración que la persona pueda ofrecer sobre los hechos reales. En la declaración en Cámara Gesell, el psicólogo no se manifiesta al respecto ni sobre la realidad de los hechos ocurridos ni sobre la fiabilidad del testimonio específico, menos sobre la fiabilidad genérica del testigo debido. El psicólogo entrevistador tiene solo la función de apoyar a que el menor no presente o controle alteraciones emocionales y canalizar las preguntas de las partes que puedan generar daños psicológicos, es decir, el psicólogo forense permite, por un lado, crear un clima de confianza mediante técnica del rapport (o vínculo) para evitar alteraciones emocionales y, por otro, que el menor pueda declarar. No se ha tomado en cuenta algunos aspectos que la psicología del testimonio plantea, por ejemplo, la declaración de un mentiroso patológico puede no ser valorada y descartada de plano; sin embargo, en una circunstancia específica podría incluso haber dicho la verdad”²⁹.

3. El testimonio practicado en menores como prueba pericial.

El acuerdo plenario 4-2015 Salas Penales, en su fundamento vigésimo octavo, se pronuncia sobre la evaluación pericial psicológica de la credibilidad de los testimonios.

Asimismo, para analizar la credibilidad del testimonio, el Acuerdo establece dos niveles: cognitivo y motivacional.

²⁹ MAZZONI, G. *Psicología del Testimonio*. Madrid: Editorial Trotta (2019), p. 90.

Vale la pena preguntar si estos criterios deben seguir vigentes o si deben cambiarse gracias a los avances de la ciencia.

La doctrina y jurisprudencia internacional, que están en la misma línea de los avances científicos, es una brújula que nos pueden orientar en la corroboración:

Actualmente la Psicología del testimonio ha dado aportes relevantes sobre el procedimiento a evaluar la credibilidad y exactitud de la declaración.

Por un lado, la participación del menor en el proceso es relevante porque la comisión delictiva es clandestina y, por ende, con pocos medios probatorios. El menor, como sujeto pasivo del delito, vivió el hecho y es el más idóneo de contarlos, pero podrían existir problemas en codificación de los hechos, específicamente, de información visual³⁰; en el almacenamiento o en su recuperación de los recuerdos que podrían producir un relato falso o contaminado, por ejemplo, cuando se realizan varias entrevistas o comenta ello con otras personas que observaron el hecho o lo escucharon³¹. Por otra parte, el evaluador debe ser imparcial actuando sin influencia de estereotipos negativos³², y tener en cuenta las, sensaciones, percepción, atención, imaginación, creencias, necesidades y expectativas³³ y ser atento con las palabras que se esgrimen preguntando qué entiende por determinados conceptos como violencia, violación, abuso sexual, etc.³⁴. Estos factores pueden alterar los procesos cognitivos del menor, pero no solamente hay alteraciones generadas por el sujeto, sino que también hay factores externos que pueden generar que el menor oculte o mienta, por ejemplo, cuando quiera proteger el honor de los padres³⁵ o a uno de ellos, cuando el sujeto activo es uno de los progenitores³⁶. ¿Existen protocolos que tomen en cuenta estos factores? ¿Quiénes son los más capacitados para reconocer dichos factores?

Considero que los especialistas más capacitados para acudir a la audiencia de juicio y absolver dudas sobre la credibilidad del testimonio son los psicólogos forenses

³⁰ MAZZONI, G. Ob. Cit., p. 47.

³¹ DE PAULA, V. Ob. Cit, p. 52.

³² MORA SÁNCHEZ, J. Estándares probatorios (¿diferenciados?) en delitos contra las mujeres. En D. A. (coordinador), *Prueba, verdad y razonamiento probatorio* (pág. 94 ss.). Lima: Editores del Centro. (2020), p. 74.

³³ MAZZONI, G. ob. Cit., pp. 22, 53.

³⁴ VÁZQUEZ ROJAS, C. Ob. Cit. (2022), p. 77.

³⁵ NEYRA FLORES, J. A. Psicología del testimonio. En *La prueba testimonial en el proceso penal peruano* (págs. 8-104). Lima: Universidad San Martín de Porres. (2020), p. 81.

³⁶ TERESA SCOTT Y OTROS. Admisibilidad en contextos forenses de indicadores clínicos para la detección del abuso sexual infantil. *Anuario de revista jurídica*, 57-63. (2014), p. 59.

especializados en psicología del testimonio porque justamente pueden reconocer los factores anteriormente señalados.

CONCLUSIONES.

- Las entrevistas de los menores presuntas víctimas de abuso sexual deben ser realizadas solo por un psicólogo del testimonio, sin intervención de juez ni partes, grabándose audio video, en el caso que partes quieran observar y controlar en vivo como se realiza, podría continuarse haciendo en las cámaras gesell existentes o en nuevos ambientes que lo permitan, después ingresarán como pericia donde partes ejercerán contradicción controlando idoneidad del profesional y método utilizado, quienes podrán contar con perito de parte psicólogo del testimonio.
- El procedimiento para entrevistar con psicólogo a presunta víctima de delito sexual en Cámara Gesell ha demostrado que no todos los que realizan son forenses; que fiscal, defensor del investigado no conocen psicología forense, menos del testimonio y muchas veces ni el protocolo de entrevista, no formulan las preguntas adecuadas sin afectar el interés superior del niño ni para acreditar sus proposiciones fácticas y/o no controlan en su aplicación, por lo que no se realiza científicamente la entrevista y si sería si la hace solo un psicólogo del testimonio, por lo que en este acto no se afecta su derecho a la contradicción y menos posteriormente donde contarán con copia de la grabación, pueden tener perito de parte ,así en el juicio oral será intenso.
- Que a pesar que debería realizarse en prueba anticipada con psicólogo forense y cámara gesell del Poder Judicial no se cuenta con ambos, por lo que no se aplica su protocolo (del 2019 con mucho detalle sobre preguntas que se deben hacer) si no el de Ministerio Publico (hecha para que fiscal dirija entrevista y escueta sobre preguntas a formular) al realizarse con su psicólogo y cámara gesell, lo que produce confusión en partes y juez en sus preguntas y el control al psicólogo.
- Debe modificarse los artículos 84, inciso 2, del CPP sobre derechos del defensor del investigado de interrogar a testigo, así como el art. 171, inciso 3, del CPP sobre testimonios especiales de menores de edad con un perito psicólogo, el art. 242.1 del CPP, prueba anticipada, y en lo pertinente el CPP la sección II, título II, capítulo III Pericias, y leyes concordantes, en el sentido que solo haga la entrevista al menor presunta víctima de delito sexual un psicólogo del testimonio, que se grabará audio

video y se incorporara en la investigación preparatoria como pericia a fin que las partes ejerzan contradicción inclusive con su perito de parte ,quien lo examinara ,a fin que se debata en el juicio oral ,y siempre debe existir prueba que corrobore esta que también será objeto de contradicción

- Si el menor ha prestado varias declaraciones, aunque sean breves como denuncia en la Policía, Fiscalía u otras instituciones, se deben recabar todas las declaraciones que el menor ha prestado, puestas en conocimiento de las partes para verificación de fiabilidad de la realizada por psicólogo del testimonio.
- Se debe tener protocolo confiable científicamente que regule los procedimientos de entrevista acorde al rango de edad (por edades de niñez y adolescente), al género y a las capacidades del menor; y complementarlo o reformarlo en caso haya nuevos aportes científicos, debiéndose constituir una comisión revisora que haga saber propuestas de la máxima comunidad científica o de revistas especializadas u otra al respecto.
- Se debe exigir que los psicólogos del MP que realicen la entrevista tengan la especialización de Psicología forense y del testimonio
- La comunidad científica psicológica debería realizar estudios generales cada cierto tiempo para determinar el desarrollo psicolingüístico y otros factores vinculados a la memoria y aprendizaje de los NNA para la elaboración de nueva Guía de entrevista o reformas de la vigente para la más confiable actuación científica del psicólogo del testimonio y se establezca por la Corte Suprema pautas de valoración de las pericias sobre entrevistas de menores de edad por psicólogos del testimonio.
- Los protocolos como técnicas de entrevista deben ser realizados por psicólogos del testimonio, no solo con psicólogos forenses sin esta especialidad, y por profesionales de otras ciencias que complementen eficacia procesal. Se debe unificar la Guía del MP y Protocolo del PJ y revisar vigencia como máximo cada 5 años, salvo nueva información científica importante, por comisión interinstitucional MP, PJ, Colegios de Abogados, Colegios de Psicólogos, Facultades de Derecho y de Psicología, con la finalidad de adaptarlo a los nuevos avances científicos que proporciona la psicología del testimonio sincronizándose con el proceso penal de modo que inicialmente psicólogo del testimonio y en el juicio las partes formulen las preguntas idóneas y el

juez, al valorarlos, pueda reconocer fiabilidad de la declaración, utilizando también las técnicas y/o metodologías aplicadas.

- No basta la credibilidad del testimonio por parte de un perito en psicología forense, sino que el perito emplee técnicas y/o metodologías para mostrar fiabilidad, para que la práctica de la prueba testifical se pueda cuestionar y tenerse con ello mayor valor epistémico. Por bien desarrollado que esté la entrevista, poco valor epistémico tendrá la práctica de la prueba si no se han aplicado protocolos corroborados por una comunidad experta que muestre bajo margen de error.
- Además de la entrevista de la menor presunta víctima de delito sexual por un psicólogo del testimonio que se incorporara como pericia, por más que esta en juicio se establezca su más alta confiabilidad, debe corroborarse con otras pruebas la imputación y de distinta variedad
- Deben existir roles definidos para Policía, Fiscalía y jueces que protejan la indemnidad sexual de las presuntas víctimas de abuso sexual evitando óbices burocráticos, “pase de balón” y contaminación de declaración. Así como roles y directrices especiales para el perito psicólogo del testimonio.
- A nivel policial, el procedimiento de recepción de denuncias por violación sexual a menor de edad debe tener una guía especial, ser grabada en audio y/o video con la información esencial, básica, que provean sus padres o terceros y, si es por el propio menor, no sea contenido de la audiencia de prueba anticipada o se confunda con esta, ni revictimice ni contamine la declaración.
- El Instituto de Medicina Legal del Ministerio Público solo debe contar con psicólogos que sean forenses y del testimonio. A los que actualmente laboren deben financiarles tales especializaciones en prestigiosas universidades, sin perjuicio que anualmente hagan capacitaciones gratuitas para ellos al respecto
- El Estado debe proveer de los recursos económicos necesarios para que lo más pronto posible se cuente con psicólogos del testimonio y en el número suficiente en el Ministerio Público para las entrevistas cognitivas que se incorporen como pericia

III. BIBLIOGRAFÍA

ALCÁCER GUIRAO, R. (2013). La devaluación del derecho a la contradicción en la jurisprudencia del TEDH. (U. P. Fabra, Ed.) *InDret. Revista para el análisis del*

derecho(04), 1-15. Obtenido de
<https://raco.cat/index.php/InDret/article/view/270186/357762>

BARRENECHEA ARANGO, M. (05 de abril de 2019). *¿Qué es la Cámara Gesell y por qué es clave ante casos de abusos contra niños y adolescentes?* Obtenido de RPP Noticias: <https://rpp.pe/politica/judiciales/camara-gesell-que-es-y-por-que-es-clave-ante-casos-de-violencia-sexual-contra-ninos-y-adolescentes-noticia-1189740?ref=rpp>

CONTRERAS ROJAS, C. (2015). *La valoración de la prueba de un interrogatorio*. Marcial Pons. Ediciones jurídicas y sociales S.A.

DE PAULA RAMOS, V. (2019). *La prueba testifical. Del subjetivismo, al objetivismo, del aislamiento científico al diálogo con la psicología y la epistemología*. Madrid: Marcial Pons.

DUCE J., M. (2020). *Prácticas probatorias y riesgos de condenas erróneas: Una visión empírica*. En R. p. tradiciones, Ferrer & Vázquez (págs. 341-395). Madrid: Marcial Pons.

FERRER BELTRÁN, J. (2021). *Prueba sin convicción. Estándares de la prueba y debido proceso*. Madrid: Marcial Pons.

GASCÓN ABELLÁN, M. (2021). Ideas para un "control de fiabilidad" de las pruebas forenses. Un punto de partida para seguir discutiendo. En *Manual sobre derechos humanos y prueba en el proceso penal* [Coord. P. Rovatti]. Ciudad de México: Suprema Corte de la Nación de México.

GASCÓN ABELLÁN, M. *Ciencia forense en los tribunales. Los problemas de la deferencia y el reto de la educación*. En *Ciencia y justicia. El conocimiento experto en la Suprema Corte de Justicia de la Nación* (Coord. Vázquez R.), Primera edición. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, mayo de 2021.

GONZALES, J. L., & MANZANERO, A. L. (2018). *Obtención y valoración del testimonio. Protocolo holístico de evaluación de la prueba testifical (HELPT)*. Madrid: Pirámide.

- LLUCH, A. X. (2016). Diez tesis sobre la valoración de la prueba. Dos propuestas de leyferenda y un decálogo sobre motivación. En *El derecho probatorio y la decisión judicial* (págs. 41-70). Medellín: Sello Editorial Universidad de Medellín.
- LÓPEZ ORTEGA, J. J. (diciembre de 2018). Yo sí te creo. (Y. R. Mateos, Ed.) *Boletín comisión especial. Perspectiva de género en el proceso penal*, 2(10), 2-8.
- MANZANERO PUEBLA, A. (2008). *Psicología del testimonio. Una aplicación de los estudios sobre la memoria*. Madrid: Ediciones Pirámide.
- MANZANERO PUEBLA, A. (2022). La psicología del testimonio. Obtención y análisis de las declaraciones de testigos. En C. Vázquez Rojas, *Manual de prueba pericial* (págs. 295-315). Ciudad de México: Suprema Corte de la Nación.
- MAZZONI, G. (2019). *Psicología del testimonio*. Madrid: Editorial Trotta.
- MAZZONI, G. (2019). *Psicología del Testimonio*. Madrid: Editorial Trotta.
- MIRANDA ESTRAMPES, M. (2019). Prueba testifical y garantía de contradicción en la jurisprudencia del Tribunal europeo de Derechos Humanos. En C. (. Vazquez R., & Z. G. E.I.R.L. (Ed.), *Hechos y razonamiento probatorio* (págs. 317-ss). Puno: EDITORIAL CEJI.
- MORA SÁNCHEZ, J. (2020). Estándares probatorios (¿diferenciados?) en delitos contra las mujeres. En D. A. (coordinador), *Prueba, verdad y razonamiento probatorio* (pág. 94 ss.). Lima: Editores del Centro.
- NEYRA FLORES, J. A. (2020). Psicología del testimonio. En *La prueba testimonial en el proceso penal peruano* (págs. 8-104). Lima: Universidad San Martín de Porres.
- NIEVA FENOLL, J. (Enero de 2012). La declaración de niños en calidad de partes y testigos. *Justicia: Revista de Derecho Procesal*(1/2012), 121-141.
- RAMÍREZ ORTÍZ, J. L. (2020). El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género. *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*(1|2020), 201-246. doi: 10.33115/udg_bib/qf.i1.22288

- SAN MARTÍN CASTRO, C. (2020). *Derecho Procesal Penal. Lecciones*. (2 ed.). (p. y. Instituto peruano de criminología y ciencias penales y Centro de altos estudios en Ciencias Jurídicas, Ed.) Lima, Perú.
- TARUFFO, M. (septiembre-diciembre de 2005). El conocimiento científico y estándares de prueba judicial. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado XXXVIII*,(14), 32,34. Obtenido de <https://www.redalyc.org/pdf/427/42711413.pdf>
- TERESA SCOTT, M., MANZANERO PUEBLA, A., MUÑOZ, J., & KÖHNKEN. (2014). Admisibilidad en contextos forenses de indicadores clínicos para la detección del abuso sexual infantil. *Anuario de revista jurídica*, 57-63.
- VÁSQUEZ ROJAS, C. (2019). *Hechos y razonamiento probatorio*. Lima: Editorial CEJI.
- VÁSQUEZ ROJAS, C. (2022). La conformación del conjunto de elementos de juicio: la práctica de prueba pericial y de la prueba testifical. En J. Ferrer Beltrán, *Manual de razonamiento probatorio* (págs. 243-287). Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- VÁSQUEZ ROJAS, C. (2022). *Manual de prueba pericial*. Mexico: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- VÁSQUEZ ROJAS, C. (2022). Presentación de la traducción al castellano del informe del PCAST sobre la ciencia forense en los tribunales penales. (M. Pons, Ed.) *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*(N. 3. 2022), pp. 273-478.