

Delitos sexuales, prueba anticipada, entrevista en cámara Gesell, identificación del agente delictivo y derecho a la verdad

I. Los operadores de justicia poseen el deber jurídico de preservar los derechos fundamentales de quien ha resultado agraviado en un delito, con mayor énfasis si es un crimen sexual. Entre los valores cautelados se subraya la participación procesal, la tutela judicial efectiva, la verdad, la no impunidad y la reparación integral.

II. Se relleva que, según el artículo 321 del Código Procesal Penal, el propósito de la investigación preparatoria es reunir las instrumentales de cargo y de descargo que coadyuven a que el representante del Ministerio Público decida si formula o no la acusación respectiva. Sin que exista prevalencia epistemológica entre los diversos elementos de juicio, la prueba a la que se recurre con mayor frecuencia en los ilícitos sexuales es la deposición del perjudicado, sea menor o mayor de edad. Salvo que se constate incapacidad para rendir testimonio, en los términos del artículo 162 del Código Procesal Penal, el agraviado menor de edad está plenamente habilitado para prestar su declaración en los estadios procesales primigenios, es decir, las diligencias preliminares o la investigación preparatoria. La inexigibilidad de concurrir al juzgamiento se deriva de la obligación de prevenir la revictimización que supone compelirlo a declarar nuevamente, a la vista de las partes procesales (acusadoras y defensivas), con la posibilidad de rememorar lo acaecido y que se le inquiera sobre aspectos de su intimidad.

En esa línea, la prueba anticipada —en su condición de acto de investigación— es el mecanismo idóneo para cautelar el interés superior del niño y garantizar el deber de esclarecimiento. La realización de la testifical en momentos próximos al evento criminal es una diligencia urgente, inaplazable e indisponible, no solo para obtener información de mejor calidad, sino también, para salvaguardar la memoria y el recuerdo, evitando la posible manipulación o tergiversación proveniente de terceras personas o por diversas circunstancias. Existe abundante base constitucional y convencional que respalda lo desarrollado. Después, durante la declaración de la víctima en la cámara Gesell, como prueba anticipada, debe convocarse ineludiblemente a la defensa pública para tutelar los intereses de quienes puedan resultar implicados; sin embargo, nada obsta para que cualquiera de las partes procesales pueda solicitar la suspensión de la diligencia judicial para proseguirla en los días próximos, si se logra individualizar al sujeto activo del ilícito. En dicho supuesto, este último será emplazado, a fin de que designe un letrado privado y ejerza su derecho de defensa. Así también, el que la entrevista psicológica se haya practicado en una sola sesión, con presencia de la Fiscalía y el defensor legal, no convierte a la prueba anticipada en inválida o irregular; tampoco conlleva la vulneración de los derechos o garantías del posible inculpado, salvo que se acredite lo contrario.

III. Por otro lado, en cuanto al bloque de legalidad, el artículo 242, numeral 1, literales a, b, c, d y e, del Código Procesal Penal avala la actuación como prueba anticipada de las declaraciones de los distintos órganos de prueba, sean agraviados, testigos, peritos o coimputados, sin efectuar distinciones entre uno u otro. Además, en los artículos 243, 244, 245 y 246 del código adjetivo se instituyen los requisitos, el trámite, y el procedimiento de audiencia y apelación. Se observa, entonces, que ninguno de los preceptos procesales condiciona la admisibilidad y realización de la prueba anticipada al hecho de que se haya identificado y/o reconocido, previamente, al agente delictivo. De ahí que es imprescindible recabar la deposición del menor de iniciales F. E. G. M., a fin de que revele lo sucedido y describa al posible agresor sexual. Lo decidido por los jueces de primera y segunda instancia es *contra legem*, pues, sin que exista una disposición normativa que lo contemple, incorporaron un presupuesto de aceptabilidad, que resultó impertinente según la naturaleza del injusto investigado.

IV. A partir de ello, es evidente la infracción de diversos valores constitucionales y convencionales, como el interés superior del niño, la tutela judicial efectiva, el derecho a la verdad y el derecho a la prueba. Asimismo, se inobservó el artículo 242 del Código Procesal Penal, referente a la prueba anticipada. En tal virtud, esta Sala Penal Suprema emite una sentencia sin reenvío, al amparo del artículo 433, numerales 1 y 2, del Código Procesal Penal. El auto de vista será casado y, actuando en sede de instancia, se revocará el auto de primera instancia que declaró improcedente el requerimiento de actuación de prueba anticipada relativa a la declaración de la víctima de iniciales F. E. G. M.; reformándolo, se declarará fundado el aludido requerimiento y, en consecuencia, se dispondrá que se realice como prueba anticipada la respectiva declaración en cámara Gesell. Por lo demás, debe ponderarse el enunciado previsto en el artículo 171, numeral 3, del Código Procesal Penal, conforme al cual, si el deponente es un menor de edad y se constata su afectación psicológica, la declaración se recibirá en privado.

En suma, el recurso de casación de la representante del Ministerio Público se declarará fundado.

Sala Penal Permanente

Recurso de Casación n.º 3050-2022/Huánuco

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, quince de mayo de dos mil veintitrés

VISTOS: el recurso de casación interpuesto por la señora FISCAL SUPERIOR contra el auto de vista, del diecisiete de junio de dos mil veintiuno (foja 40), emitido por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Huánuco, que confirmó

el auto de primera instancia, del veinticuatro de mayo de dos mil veintiuno (foja 21), que declaró improcedente el requerimiento de actuación de prueba anticipada referente a la declaración de la víctima de iniciales F. E. G. M.; en el proceso penal contra los que resulten responsables del delito de violación contra la libertad sexual, en agravio del menor mencionado.

Intervino como ponente el señor juez supremo LUJÁN TÚPEZ.

FUNDAMENTOS DE HECHO

§ I. Del procedimiento en primera y segunda instancia

Primero. A través del requerimiento del dieciocho de mayo de dos mil veintiuno (foja 3), el representante del Ministerio Público solicitó la actuación de prueba anticipada, respecto a la deposición del agraviado de iniciales F. E. G. M.

Se indicó el siguiente *factum* delictivo:

- 1.1. El once de julio de dos mil veinte, aproximadamente a las 10:00 horas, Wanda Liliana Martín Malpartida salió de su vivienda ubicada en el distrito de Santa María del Valle y se dirigió al mercado de Huánuco. En ese ínterin, dejó a su hijo de iniciales F. E. G. M. (siete años) en compañía de sus tíos Justiniana Caldas Malpartida y Nicolás Leandro Malpartida.
- 1.2. Cuando retornó, a las 13:00 horas, Nicolás Leandro Malpartida le informó que el menor de iniciales F. E. G. M. se cayó de “nalguitas [sic]” y estaba sangrando de “su potito [sic]”. Por todo ello, el niño fue llevado a la posta médica respectiva, donde le advirtieron de la posibilidad de que haya sido violado sexualmente.
- 1.3. Se expidió el Certificado Médico-Legal n.º 0079178-L-DCLS, según el cual, el agraviado de iniciales F. E. G. M. presentó signos de actos contra natura recientes, así como, lesiones paragenitales y extragenitales recientes; se prescribieron ocho días de incapacidad.
- 1.4. Asimismo, si bien el Certificado Médico-Legal n.º 0001155-PF-AR indicó que las lesiones detectadas en el examen anatómico previo son compatibles con las ocasionadas por precipitación en posición sentado sobre el suelo, ello no descarta la existencia de una agresión sexual.

Se calificaron los hechos delictivos en el artículo 173 del Código Penal, según Ley n.º 30838, del cuatro de agosto de dos mil dieciocho.

Segundo. Luego, mediante auto de primera instancia, del veinticuatro de mayo de dos mil veintiuno (foja 21), se declaró improcedente el requerimiento de actuación de prueba anticipada relativa a la declaración de la víctima de iniciales F. E. G. M.

Se anotó lo siguiente:

En primer lugar, en la prueba anticipada se aplican las reglas del juicio oral.

En segundo lugar, no se individualizó al imputado; además, la actuación probatoria debe realizarse en presencia de la defensa legal, a efectos de posibilitar la contradicción procesal.

En tercer lugar, es posible realizar diversos actos de investigación para individualizar al procesado, distintos a la delación del perjudicado (cfr. considerandos cuarto, quinto y sexto).

Tercero. Contra el auto de primera instancia (foja 21), el señor fiscal provincial interpuso el recurso de apelación, del primero de junio de dos mil veintiuno (foja 25).

A través del auto del dos de junio de dos mil veintiuno (foja 29), la impugnación fue concedida y se dispuso elevar los actuados al superior en grado.

Cuarto. Se realizó la audiencia de apelación, según acta (foja 38), en la que se expusieron las alegaciones de la Fiscalía.

Después, mediante auto de vista, del diecisiete de junio de dos mil veintiuno (foja 40), se confirmó el auto de primera instancia, del veinticuatro de mayo de dos mil veintiuno (foja 21), que declaró improcedente el requerimiento de actuación de prueba anticipada relativa a la declaración de la víctima de iniciales F. E. G. M.

Se apuntó lo siguiente:

En primer lugar, la identidad del encausado no tiene una referencia concreta ni existe sospecha inicial, pues se está desarrollando la investigación preliminar.

En segundo lugar, no será posible garantizar la contradicción durante la prueba anticipada.

En tercer lugar, aun cuando pueda instarse la participación obligatoria de un defensor público, la expectativa de que el menor de iniciales F. E. G. M. brinde el nombre completo del responsable durante el interrogatorio es “casi inexistente [sic]” y no ha sido justificada por el representante del Ministerio Público.

En cuarto lugar, existen otras vías para establecer la identificación del agresor sexual, por lo que la indagación deberá continuar y, de ser el caso, podrá solicitarse una nueva anticipación probatoria.

Quinto. Frente al auto de vista, la señora FISCAL SUPERIOR promovió el recurso de casación, del dos de agosto de dos mil veintiuno (foja 51), en

que invocó las causales previstas en el artículo 429, numerales 1 y 5, del Código Procesal Penal.

Empero, mediante auto del once de agosto de dos mil veintiuno (foja 82), se declaró inadmisibile la casación.

§ II. Del procedimiento en la sede suprema

Sexto. De acuerdo con el artículo 438, numeral 4, del Código Procesal Penal, se expidió la ejecutoria suprema recaída en el Recurso de Queja NCPP n.º 1005-2021/Huánuco, del dieciséis de agosto de dos mil veintidós (foja 41 en el cuaderno supremo), que declaró fundada la queja interpuesta por la representante del Ministerio Público y bien concedido el recurso de casación por las causales reguladas en el artículo 429, numerales 1 y 2, del Código Procesal Penal.

Se aplicó la voluntad impugnativa.

Las partes procesales fueron instruidas sobre la admisión de la casación, según la notificación correspondiente (foja 51 en el cuaderno supremo).

Séptimo. A continuación, se expidió el decreto del veintiocho de marzo de dos mil veintitrés (foja 54 en el cuaderno supremo), que señaló el veintiséis de abril del mismo año como data para la vista de casación.

Se emplazó a los sujetos procesales, conforme a la cédula respectiva (foja 55 en el cuaderno supremo).

Octavo. Llevada a cabo la audiencia de casación, se celebró de inmediato la deliberación en sesión privada. Efectuada la votación y por unanimidad, corresponde dictar la presente sentencia casatoria, cuya lectura se programó en la fecha, según el plazo previsto en el artículo 431, numeral 4, del Código Procesal Penal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Se declaró bien concedido el recurso de casación por la causal contenida en el artículo 429, numerales 1 y 2, del Código Procesal Penal.

En la ejecutoria suprema recaída en el Recurso de Queja NCPP n.º 1005-2021/Huánuco, del dieciséis de agosto de dos mil veintidós (foja 41 en el cuaderno supremo), se precisaron los siguientes puntos.

De un lado,

Sobre los temas propuestos cabe considerar que ya existe pronunciamiento por parte de esta Suprema Corte, tanto en la Casación número 21-2019/Arequipa, que invoca el recurrente, como en la Casación número 936-2021/Arequipa, del siete de junio de dos mil veintidós (cfr. considerando octavo).

Y, de otro lado,

si bien se descartan los temas propuestos para el desarrollo de doctrina jurisprudencial, lo sostenido por la Sala Superior (la diligencia de prueba

anticipada debe responder a los requisitos correspondientes a la fase del juzgamiento: individualización del agente activo) [evidenciaría] la inobservancia de preceptos constitucionales (interés superior del niño, tutela jurisdiccional efectiva, derecho a la verdad, derecho a probar) y la inobservancia de normas procesales sancionadas con nulidad, lo cual se enmarca en los numerales 1 y 2 del artículo 429 del código adjetivo [...]. Finalmente, se descarta la invocación al inciso 5 del artículo 429 del acotado código, por cuanto, es cierto que la casación invocada reúne los presupuestos para realizar la diligencia de prueba anticipada, pero el ad quem no lo descarta, sino que acude a otros argumentos que deben ser desarrollados desde los propuestos ya contemplados. En consecuencia, se declara fundado el recurso de queja y se ordena conceder el recurso de casación por los motivos indicados (cfr. considerando noveno).

Por ende, se está ante una casación *constitucional* y *procesal*.

Segundo. De este modo, por cuestiones de metodología, el análisis jurídico se disgregará en tres bloques argumentales: (i) la prueba anticipada, regulación legal y alcances doctrinales; (ii) la exégesis jurisprudencial de la prueba anticipada; y (iii) la solución del caso evaluado.

I. De la prueba anticipada, regulación legal y alcances doctrinales

Tercero. El artículo 242, numeral 1, literal d, del Código Procesal Penal instituye la prueba anticipada en los delitos sexuales.

En primer lugar,

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 siguientes casos [...] Declaración de las niñas, niños y adolescentes en su calidad de agraviados por delitos comprendidos en los artículos 153 y 153-A del Capítulo I: Violación de la libertad personal, y en los comprendidos en el Capítulo IX: Violación de la libertad sexual, Capítulo X: Proxenetismo y Capítulo XI: Ofensas al pudor público, correspondientes al Título IV: Delitos contra la libertad, del Código Penal.

Y, en segundo lugar,

Las declaraciones de las niñas, niños y adolescentes serán realizadas con la intervención de psicólogos especializados en cámaras Gesell o salas de entrevistas implementadas por el Ministerio Público. Las declaraciones y entrevistas serán filmadas y grabadas a fin de evitar la revictimización de los agraviados.

Cuarto. El concepto de prueba anticipada está reservado a aquellos casos en los que, bien porque el testigo exprese su imposibilidad de concurrir al llamado judicial, o bien por la existencia de un motivo racional para temer la muerte o incapacidad física o intelectual del declarante, se autoriza la práctica de una diligencia sumarial que, sin embargo, nace con vocación de convertirse en verdadero elemento de

prueba para el acto del juicio oral, una vez introducida en el debate contradictorio¹.

La prueba anticipada implica, pues, la transformación de una diligencia sumarial que, ensanchando su funcionalidad originaria, pasa a convertirse en prueba valorable por el Tribunal sentenciador respectivo².

Quinto. La prueba anticipada se fundamenta en la previsión de imposibilidad de llevar al juicio oral determinados medios de prueba, en especial la testifical. En realidad, son actos de investigación de carácter personal, irrepetible y urgente, que se realizan por el juez de investigación preparatoria, bajo las pautas de ejecución del juzgamiento, es decir, oralidad, intermediación y contradicción. A diferencia de la prueba preconstituida, su objeto no es documental sino testifical y pericial, y el sujeto que la actúa siempre es el juez, por imperio del principio de exclusividad jurisdiccional. Además, se distingue de la prueba plenarial, puesto que es inmediata en su ejecución, pero mediata en su valoración³.

En esa línea, ha de garantizarse la posibilidad de contradicción o de participación de la defensa, y no así la efectiva de contradicción, en tanto que, las partes tienen la carga de asistir al interrogatorio⁴.

II. La exégesis jurisprudencial de la prueba anticipada

Sexto. Como se resaltó *ut supra*, existen dos antecedentes jurisprudenciales.

Así, en la primera ocasión no solo se establecieron aspectos generales de la prueba anticipada, es decir, sus presupuestos y principios, la conceptualización de la preconstitución y anticipación probatoria, y la vigencia temporal de las normas respectivas; también se abordaron tópicos específicos, esto es, su aplicabilidad en los procesos penales por ilícitos sexuales. Sobre lo último, se apuntó:

En el caso de niñas por violencia sexual [...] el motivo de la irrepetibilidad y urgencia —conforme a la Ley— se deriva, específicamente, de la protección de su estado emocional, del entorno en que habrían ocurrido los hechos de violencia sexual, de la fugacidad de sus recuerdos, del carácter traumático de los acontecimientos sufridos y de las circunstancias concurrentes de su familia originaria y, en su caso,

¹ SALA DE LO PENAL. Tribunal Supremo de España. Causa especial n.º 20907/2017. Auto del siete de febrero de dos mil diecinueve, fundamento de derecho primero.

² SALA DE LO PENAL. Tribunal Supremo de España. Recurso de Casación n.º 11295/2008, del veintitrés de marzo de dos mil nueve, fundamento de derecho primero.

³ SAN MARTÍN CASTRO, César. (2020). *Derecho procesal penal. Lecciones*. Segunda edición. Lima: Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales (Inpeccp). Fondo Editorial, p. 843.

⁴ GIMENO SENDRA, Vicente. (2019). *Derecho procesal penal*. Tercera edición. Navarra: Editorial Civitas, p. 616.

de la de acogida, es decir, de su propia vulnerabilidad que afirma como imperativo la vigencia de los principios de interdicción de la revictimización y del superior interior del niño, que la ley presume *iure et de iure* [...]. No es de recibo, por otro lado, exigir como un presupuesto implícito para la anticipación probatoria que exista sospecha suficiente contra el imputado, de suerte que pueda ser acusado y dictarse contra él auto de enjuiciamiento. Si de lo que se trata es, precisamente, realizar actos de aportación de hechos para sustentar, en su día, una acusación, no puede exigirse desde ya prueba suficiente de los cargos, pues de ser así no haría falta tal actuación de averiguación. La procedencia de la anticipación probatoria no está en función a la solidez de los cargos sino a que se cumplan los presupuestos para su actuación: (i) irrepetibilidad o indisponibilidad y (ii) urgencia⁵.

Después, en la segunda ocasión el pronunciamiento tuvo un mayor nivel de particularidad. De esta manera, se afirmó:

La finalidad de la disposición normativa contenida en el artículo 242, inciso 1, literal d), del Código Procesal Penal, que da la calidad de prueba anticipada a las entrevistas en cámara Gesell, está orientada a evitar la revictimización; así, materializa la especial tutela de los menores de edad, la cual no está sujeta a condicionalidad [...]. No resulta válido sostener que realizar la declaración en cámara Gesell de un menor de edad a fin de identificar a los sujetos activos del delito de violación sexual es incompatible con el derecho a la defensa, por cuanto este puede ser garantizado por un defensor público. Asimismo, de aceptarse este razonamiento, podría afirmarse también que las diligencias preliminares orientadas a la identificación de los autores del delito vulnerarían el derecho a la defensa. Como es evidente, tal fundamentación no encuentra correlato con el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el interés superior del niño, más aún porque en el caso resulta evidente la situación de vulnerabilidad de la menor agraviada y la urgencia de perennizar su declaración [...]⁶.

Se advierte, además, que los criterios interpretativos de ambas resoluciones judiciales son extrapolables a la controversia suscitada, en la medida en que se dio cumplimiento tanto a la regla de homologación como a las pautas de equiparidad, equipolencia, denotación, pertinencia constitucional y convencional⁷.

A la vez, la jurisprudencia penal —sin menoscabo del principio acusatorio— ha abordado lo concerniente a la absolución, sobreseimiento y reparación civil. En ese contexto, estableció lo siguiente:

⁵ SALA PENAL PERMANENTE. Corte Suprema de Justicia de la República. Recurso de Casación n.º 21-2019/Arequipa, del veintiséis de febrero de dos mil veinte, fundamento de derecho sexto.

⁶ SALA PENAL PERMANENTE. Corte Suprema de Justicia de la República. Recurso de Casación n.º 936-2021/Arequipa, del siete de junio de dos mil veintidós, fundamento de derecho décimo.

⁷ SALA PENAL PERMANENTE. Corte Suprema de Justicia de la República. Recurso de Casación n.º 1640-2021/Áncash, del diez de marzo de dos mil veintitrés, fundamento de derecho decimoquinto.

La víctima en sede procesal penal tiene (i) el derecho a conocer de las actuaciones del procedimiento penal y a que se le instruyan de sus derechos; (ii) el derecho de participar en el proceso —en el curso de las diligencias procesales—, a intervenir en las decisiones que le afecten, a constituirse en actor civil sin cortapisa alguna, a impugnar o interponer remedios procesales y, en su caso, el derecho a la protección si su integridad se ve amenazada —en su conjunto, derecho a la protección judicial—; y, (iii) el derecho a obtener la debida tutela jurisdiccional de sus derechos materiales o sustantivos, lo que importa, obviamente, (1) el derecho a la verdad —a conocer lo que en efecto ocurrió y tener legitimidad para instarlo y reclamar por su efectiva concreción—, (2) el derecho a la justicia —es decir, derecho a que no haya impunidad, en tanto el Estado tiene la obligación constitucional de respeto y garantía plena de los derechos humanos— y (3) el derecho a la reparación integral [...]. Esta concepción, sin duda alguna, importa replantear una serie de conceptos tradicionalmente entendidos y aplicados, y asumir una opción en pro de hacer efectivos los derechos materiales y procesales de víctima del delito, tanto del ofendido por el delito como por el perjudicado por el mismo⁸.

Los criterios descritos tienen proyección en el ámbito fiscal y judicial; por ello, los operadores de justicia poseen el deber jurídico de preservar los derechos fundamentales de quien ha resultado agraviado en un delito, con mayor énfasis si es un crimen sexual. Entre los valores cautelados, se subraya la participación procesal, la tutela judicial efectiva, la verdad, la no impunidad y la reparación integral.

En ese contexto, concierne otorgar a las víctimas un tratamiento vinculado a su condición de menor de edad y situación de vulnerabilidad, pues, de lo contrario, se incumple el compromiso internacional de protección especial de los niños y adolescentes, reconocido como interés superior constitucional⁹, el cual forma parte del derecho peruano, por mandato expreso del artículo 55 de la Constitución Política del Estado. A la vez, su acatamiento deviene de la Convención de los Derechos del Niño¹⁰.

⁸ SALAS PENALES. Corte Suprema de Justicia de la República. Acuerdo Plenario n.º 04-2019/CIJ-116, del diez de septiembre de dos mil diecinueve, fundamento jurídico decimonoveno.

⁹ Cfr. artículo 4 de la Constitución Política del Estado, que prescribe que la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño y al adolescente, entre otros.

¹⁰ Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, ratificada por el Perú por Resolución Legislativa n.º 25278 y suscrita por el Estado peruano el veintiséis de enero de mil novecientos noventa. Artículo 3, numeral 1, de la Convención de los Derechos del Niño: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá, será el interés superior del niño”. Así también, la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Opinión Consultiva n.º OC-17/2002, del veintiocho de agosto de dos mil dos; PLENO, Tribunal Constitucional, Sentencia n.º 01665-2014-PHC/TC Ica, del

III. De la solución del caso evaluado

Séptimo. En principio, se relieva que, según el artículo 321 del Código Procesal Penal, el propósito de la investigación preparatoria es reunir las instrumentales de cargo y de descargo, que coadyuven a que el representante del Ministerio Público decida si formula o no la acusación respectiva.

Sin que exista prevalencia epistemológica entre los diversos elementos de juicio, la prueba a la que se recurre con mayor frecuencia en los ilícitos sexuales es la deposición del perjudicado, sea menor o mayor de edad.

Salvo que se constate incapacidad para rendir testimonio, en los términos del artículo 162 del Código Procesal Penal, el agraviado menor de edad está plenamente habilitado para prestar su delación en los estadios procesales primigenios, es decir, las diligencias preliminares o la investigación preparatoria. La inexigibilidad de concurrir al juzgamiento se deriva de la obligación de prevenir la revictimización que supone compelerlo a declarar nuevamente, a la vista de las partes procesales (acusadoras y defensivas), con la posibilidad de rememorar lo acaecido y que se le inquiera sobre aspectos de su intimidad.

En esa línea, la prueba anticipada —en su condición de acto de investigación— es el mecanismo idóneo para cautelar el interés superior del niño y garantizar el deber de esclarecimiento¹¹. La realización de la testifical en momentos próximos al evento criminal es una diligencia urgente, inaplazable e indisponible, no solo para obtener información de mejor calidad, sino también para salvaguardar la memoria y el recuerdo, evitando la posible manipulación o tergiversación proveniente de terceras personas o por diversas circunstancias.

veinticinco de agosto de dos mil quince, fundamentos jurídicos decimocuarto al vigesimotercero; SALA PENAL PERMANENTE, Corte Suprema de Justicia de la República, Recurso de Casación n.º 1268-2021/Ayacucho, del veinticinco de agosto de dos mil veintidós, fundamento octavo; Recurso de Casación n.º 761-2018/Apurímac, del veintiocho de mayo de dos mil dieciocho, fundamento cuarto; y, entre otros.

¹¹ VOLK, Klaus. (2016). *Curso fundamental de derecho procesal penal*. Primera edición. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, p. 319-321. Se definieron los alcances y contenido del deber de esclarecimiento. Así, sobre lo primero, “deben esclarecerse todos los hechos relevantes para decidir sobre cuestiones procesales y materiales. En cuanto a los hechos que son importantes para las cuestiones de la culpabilidad y la pena, el concepto procesal del hecho establece límites. Lo que se encuentre más allá de ello puede ser interesante, pero no relevante”. Y, respecto de lo segundo, “el tribunal siempre debe hacer el esfuerzo por conseguir la mejor prueba posible. Esta regla no implica la prohibición de recurrir a pruebas indirectas” y “cuanto más seguro aparece el resultado de una prueba, menor es el motivo para recurrir a otras posibilidades probatorias”.

Existe abundante base constitucional y convencional que respalda lo desarrollado.

Después, durante la declaración de la víctima en la cámara Gesell, como prueba anticipada, debe convocarse ineludiblemente a la defensa pública para tutelar los intereses de quienes puedan resultar implicados; sin embargo, nada obsta para que cualquiera de las partes procesales pueda solicitar la suspensión de la diligencia judicial para proseguirla en los días próximos, si se logra individualizar al sujeto activo del ilícito. En dicho supuesto, este último será emplazado, a fin de que designe un letrado privado y ejerza su derecho de defensa.

En ese sentido, que la entrevista psicológica se haya practicado en una sola sesión, con presencia de la Fiscalía y el defensor legal, no convierte a la prueba anticipada en inválida o irregular; tampoco conlleva la vulneración de los derechos o garantías del posible inculpado, salvo que se acredite lo contrario.

Octavo. Así también, en cuanto al bloque de legalidad, el artículo 242, numeral 1, literales a, b, c, d y e, del Código Procesal Penal avala la actuación como prueba anticipada de las declaraciones de los distintos órganos de prueba, sean agraviados, testigos, peritos o coimputados, sin efectuar distingos entre uno u otro. Además, en los artículos 243, 244, 245 y 246 del código adjetivo se instituyen los requisitos, el trámite, y el procedimiento de audiencia y apelación.

Se observa, entonces, que ninguno de los preceptos procesales condiciona la admisibilidad y realización de la prueba anticipada al hecho de que se haya identificado y/o reconocido, previamente, al agente delictivo. De ahí que es imprescindible recabar la deposición del menor de iniciales F. E. G. M., a fin de que revele lo sucedido y describa al posible agresor sexual.

Nótese que los recuerdos libres contienen todo aquello que un individuo consigue recuperar de la memoria sin ayudas externas. No obstante, en el supuesto de niños pequeños, su recuerdo es inferior al del adulto. Aquellos evocan —de mejor modo— aspectos llamativos, que dependen del encuadre de la situación y de los factores que modulan la dirección de su atención. Asimismo, conservan en su memoria —en mayor medida— datos de eventos que han vivido en primera persona o en los que han estado personalmente involucrados, aunque sea como simples espectadores¹².

Lo decidido por los jueces de primera y segunda instancia es *contra legem*, pues, sin que exista una disposición normativa que lo contemple,

¹² MAZZONI, Giuliana (2010) *¿Se puede creer a un testigo? El testimonio y las trampas de la memoria*. Madrid: Editorial Trotta, pp. 87-89.

incorporaron un presupuesto de aceptabilidad, que resultó impertinente según la naturaleza del injusto investigado.

Noveno. Cabe añadir que, si se permite la intervención de la defensa legal —con evidente interés— durante la entrevista psicológica, existe el riesgo latente de incurrir en victimización secundaria y eliminar el ámbito de confianza en el que atañe ejecutar la pericia especializada.

El examen psicológico a una niña, un niño o un adolescente debe realizarse con premura; además, ha de practicarse en un escenario de privacidad. Esto coadyuvará a recuperar la mayor cantidad de información posible. En ese sentido, es recomendable personalizar la entrevista, indicar a los deponentes que deben contar todo lo que recuerden con el mayor detalle posible, con sus propias palabras, a la velocidad que prefieran y en el orden que quieran. No será presionado ni su relato interrumpido o limitado temporalmente¹³.

Por el contrario, un ambiente en que concurren directamente varios profesionales, con propósitos divergentes, se tornará invasivo e inadecuado. Al respecto, la jurisprudencia penal estableció que es necesario que la declaración de menores sea guiada por un tercero especializado, como un psicólogo¹⁴.

Décimo. A partir de ello, se evidencia la infracción de diversos valores constitucionales y convencionales, como el interés superior del niño, la tutela judicial efectiva, el derecho a la verdad¹⁵ y el derecho a la prueba. Asimismo, se inobservó el artículo 242 del Código Procesal Penal, referente a la prueba anticipada.

En tal virtud, esta Sala Penal Suprema emite una sentencia sin reenvío, al amparo del artículo 433, numerales 1 y 2, del Código Procesal Penal.

¹³ MANZANERO, Antonio L. (2008). *Psicología del testimonio. Una aplicación de los estudios sobre la memoria*. Madrid: Ediciones Pirámide, p. 145.

¹⁴ SALA PENAL PERMANENTE. Corte Suprema de Justicia de la República. Recurso de Casación n.º 33-2014/Ucayali, del veintiocho de octubre de dos mil quince, fundamento vigesimoquinto.

¹⁵ PLENO. Tribunal Constitucional. Sentencia n.º 2488-2002-HC/TC Piura, del dieciocho de marzo de dos mil cuatro, fundamentos decimoquinto, decimosexto y decimoseptimo: “ostenta rango constitucional, pues es una expresión concreta de los principios constitucionales de la dignidad humana, del Estado democrático y social de derecho y de la forma republicana de gobierno [...] Es un derecho que se deriva directamente del principio de dignidad humana, pues el daño ocasionado a las víctimas no sólo se traduce en la lesión de bienes tan relevantes como la vida, la libertad y la integridad personal, sino también en la ignorancia de lo que verdaderamente sucedió con las víctimas de los actos criminales [...] Asimismo, el derecho a la verdad, en su dimensión colectiva, es una concretización directa de los principios del Estado democrático y social de derecho y de la forma republicana de gobierno, pues mediante su ejercicio se posibilita que todos conozcamos los niveles de degeneración a los que somos capaces de llegar [...]”.

El auto de vista será casado y, actuando en sede de instancia, se revocará el auto de primera instancia, que declaró improcedente el requerimiento de actuación de prueba anticipada relativa a la declaración de la víctima de iniciales F. E. G. M.; reformándolo, se declarará fundado el aludido requerimiento y, en consecuencia, se dispondrá que se realice como prueba anticipada la respectiva declaración en cámara Gesell.

Por lo demás, durante la entrevista psicológica debe ponderarse lo prescrito en el artículo 171, numeral 3, del Código Procesal Penal, en el sentido de que, si el deponente es un menor de edad y se constata su afectación psicológica, la declaración se recibirá en privado. Tal situación, sin embargo, no impedirá que se designe un defensor público, a fin de que canalice sus interrogantes a través del profesional especializado.

En suma, el recurso de casación de la representante del Ministerio Público se declarará fundado.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, los señores jueces integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República:

- I. **DECLARARON FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la señora FISCAL SUPERIOR contra el auto de vista, del diecisiete de junio de dos mil veintiuno (foja 40), emitido por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Huánuco, que confirmó el auto de primera instancia, del veinticuatro de mayo de dos mil veintiuno (foja 21), que declaró improcedente el requerimiento de actuación de prueba anticipada relativa a la declaración de la víctima de iniciales F. E. G. M.; en el proceso penal contra los que resulten responsables del delito contra la libertad sexual-violación contra la libertad sexual, en agravio del menor mencionado.
- II. **CASARON** el auto de vista, del diecisiete de junio de dos mil veintiuno (foja 40); y, actuando en sede de instancia, sin reenvío, **REVOCARON** el auto de primera instancia, del veinticuatro de mayo de dos mil veintiuno (foja 21), que declaró improcedente el requerimiento de actuación de prueba anticipada relativa a la declaración de la víctima de iniciales F. E. G. M.; en el proceso penal contra los que resulten responsables del delito de violación contra la libertad sexual, en agravio del menor mencionado; reformándolo, **DECLARARON FUNDADO** el aludido requerimiento y, en consecuencia, **DISPUSIERON** que se realice como prueba anticipada la declaración en cámara Gesell del menor de iniciales F. E. G. M., con la obligatoria convocatoria a la defensa pública.

III. MANDARON que la presente sentencia sea leída en audiencia privada, que se notifique a las partes apersonadas en esta sede suprema y que se publique en la página web del Poder Judicial.

IV. ORDENARON que, cumplidos estos trámites, se devuelvan los actuados al órgano jurisdiccional de origen y que se archive el cuaderno de casación en esta Sala Penal Suprema. Hágase saber.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

LUJÁN TÚPEZ

ALTABÁS KAJATT

SEQUEIROS VARGAS

CARBAJAL CHÁVEZ

LT/ecb