Universidad Nacional Mayor de San Marcos
Universidad del Perú. Decana de América
Facultad de Derecho y Ciencia Política
Escuela Profesional de Derecho

Criterios de evaluación psicológicos diferenciados que deben incorporarse en la valoración de la prueba testimonial en el delito de contactos indebidos sexuales en agravio de menores de 14 años

TESIS

Para optar el Título Profesional de Abogado

AUTOR

Manuel Alejandro CORREA VILLANUEVA

ASESOR

Víctor Jimmy ARBULÚ MARTÍNEZ

Lima, Perú

2025

Reconocimiento - No Comercial - Compartir Igual - Sin restricciones adicionales

https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/

Usted puede distribuir, remezclar, retocar, y crear a partir del documento original de modo no comercial, siempre y cuando se dé crédito al autor del documento y se licencien las nuevas creaciones bajo las mismas condiciones. No se permite aplicar términos legales o medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otros a hacer cualquier cosa que permita esta licencia.

Referencia bibliográfica

Correa, M. (2025). *Criterios de evaluación psicológicos diferenciados que deben incorporarse en la valoración de la prueba testimonial en el delito de contactos indebidos sexuales en agravio de menores de 14 años*. [Tesis de pregrado, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Escuela Profesional de Derecho]. Repositorio institucional Cybertesis UNMSM.

Metadatos complementarios

Datos de autor 1	
Nombres y apellidos	Manuel Alejandro Correa Villanueva
Tipo de documento de identidad	DNI
Número de documento de identidad	71559318
URL de ORCID	https://orcid.org/0009-0008-6844-9097
Datos de asesor	
Nombres y apellidos	Víctor Jimmy Arbulú Martínez
Tipo de documento de identidad	DNI
Número de documento de identidad	06927465
URL de ORCID	https://orcid.org/0000-0002-3253-7692
Datos del jurado	
Presidente del jurado	
Nombres y apellidos	Juan Gualberto Chavez Marmanillo
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	10282120
Miembro del jurado 1	
Nombres y apellidos	Clotilde Cristina Vigil Curo de Quiroz
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	16644992
Miembro del jurado 2	
Nombres y apellidos	Julio Hernán Figueroa Bustamante
Tipo de documento	DNI

Número de documento de identidad	08248540
Miembro del jurado 3	
Nombres y apellidos	José Alexander Camus Cubas
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	40630580
Datos de investigación	
Línea de investigación	Derecho Penal
Grupo de investigación	No aplica
Agencia de financiamiento	Sin financiamiento
Ubicación geográfica de la investigación	País: Perú Departamento: Lima Provincia: Lima Distrito de Lima Metropolitana Latitud: -12.04318 Longitud: -77.02824
Año o rango de años en que se realizó la investigación	2023-2025
URL de disciplinas OCDE	Derecho Penal https://purl.org/pe-repo/ocde/ford#5.05.02

UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS
(Universidad del Perú, DECANA DE AMÉRICA)
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

ACTA DE EXAMEN ORAL PRESENCIAL PARA EL OTORGAMIENTO DEL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO CON SUSTENTACIÓN DE TESIS

N°027

Reunido el Jurado Examinador, constituido por los señores profesores:

1.-PRESIDENTE:	**Mg. JUAN GUALBERTO CHAVEZ MARMANILLO**
2.-	**Mg. JULIO HERNÁN FIGUEROA BUSTAMANTE**
3.-	**Dr. JOSÉ ALEXANDER CAMUS CUBAS**
3.-	**Abg. CLOTILDE CRISTINA VIGIL CURO DE QUIROZ**
4.-	**Mg. VÍCTOR JIMMY ARBULU MARTINEZ (Asesor)**

El bachiller postulante al Título Profesional de Abogado don:

MANUEL ALEJANDRO CORREA VILLANUEVA

Procedió la sustentación de su tesis titulado:

Criterios de evaluación psicológicos diferenciados que deben incorporarse en la valoración de la prueba testimonial en el delito de contactos indebidos sexuales en agravio de menores de 14 años

En la redacción del examen escrito de fin de carrera, el graduando fue aprobado con la nota de:

DOCE (12)

Concluida la prueba oral, se practicó la votación correspondiente, resultando el candidato: Aprobado por unanimidad con la nota de 19 (Diecinueve)

Y para constancia se le extiende la presente Acta, en Lima a los VEINTICUATRO días del mes de JUNIO del año 2025

Presidente del Jurado
Mg. JUAN GUALBERTO CHAVEZ MARMANILLO

Mg. JULIO HERNÁN FIGUEROA BUSTAMANTE

Dr. JOSÉ ALEXANDER CAMUS CUBAS

Abg. CLOTILDE CRISTINA VIGIL CURO DE QUIROZ

Mg. VÍCTOR JIMMY ARBULU MARTINEZ
(Asesor)

Av. Venezuela S/N
Facultad de Derecho y Ciencia Política
Ciudad Universitaria (UNMSM)
Lima 1 - Perú

Teléfono:
6197000 anexo: 2032 / 2058
E-mail:
vicedecanatoacademico.derecho@unmsm.edu.pe

Escaneado con CamScanner

UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS
Universidad del Perú. DECANA DE AMÉRICA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

CERTIFICADO DE SIMILITUD

Yo, Víctor Jimmy Arbulú Martínez, en mi condición de asesor acreditado con la Resolución Directoral N° 000282-2023-EPD-FDCP/UNMSM de fecha 20 de noviembre del 2023, de la Tesis, cuyo título es **Criterios de evaluación psicológicos diferenciados que deben incorporarse en la valoración de la prueba testimonial en el delito de contactos indebidos sexuales en agravio de menores de 14 años** por el bachiller **Manuel Alejandro Correa Villanueva**, para optar el Título Profesional de Abogado(a); CERTIFICO que se ha cumplido con lo establecido en la Directiva de Originalidad y de Similitud de Trabajos Académicos, de Investigación y Producción Intelectual. Según la revisión, análisis y evaluación mediante el software de similitud textual, el documento evaluado cuenta con el porcentaje de **12%** de similitud, nivel **PERMITIDO** para continuar con los trámites correspondientes y para su **publicación en el repositorio institucional**.

Se emite el presente certificado en cumplimiento de lo establecido en las normas vigentes, como uno de los requisitos para obtención del Título correspondiente.

Lima, 27 de abril de 2025

Firma del Asesor:

Nombres y apellidos del asesor: Víctor Jimmy Arbulú Martínez

DNI: 06927465

DEDICATORIA

A mi padre Segundo Eduardo Correa Sánchez †, algún día abriré los ojos y te volveré a ver. ¡Ballroom Blitz!

A mi abuela Ercilia Violeta Díaz Cabosmalón †, por haberme criado desde niño.

A mi madre Gladys Marleni Villanueva Díaz, por su amor y comprensión.

A mi hermana Karla Dessireth Correa Villanueva, quien siempre confió en mí.

AGRADECIMIENTOS

A mi familia, especialmente a mis padres, que me enviaron a Lima desde Nuevo Chimbote a estudiar en la Decana de América.

A Gheorghe Joset Espinal Maguiña, por su amistad, compañía y sentido del humor, así como por debatir mis ideas vertidas en la presente tesis.

A mi Amigo Prof. Dr. Juez en lo penal Víctor Jimmy Arbulú Martínez, por haberme asesorado en esta tesis.

Al Dr. Alexei Sáenz Torres por su orientación en la elección del tema de tesis.

ÍNDICE

DEDICATORIA ... ii
AGRADECIMIENTOS ... iii
ÍNDICE ... iv
RESUMEN ... x
ABSTRACT ... xi
INTRODUCCIÓN ... 1
PRIMERA PARTE: ASPECTOS METODOLÓGICO ... 4
I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA ... **5**
1.1. Situación problemática ... 5
1.2. Problema general ... 6
1.3. Problemas específicos ... 6
II. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN ... **6**
2.1. Objetivo general ... 6
2.2. Objetivos específicos ... 6
III. FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS ... **6**
3.1. Hipótesis principal ... 7
3.2. Hipótesis secundarias ... 7
IV. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN ... **7**
V. ESTADO DE LA CUESTIÓN ... **8**
5.1. Antecedentes del problema ... 8
5.1.1. Antecedentes nacionales ... 8
5.1.2. Antecedentes internacionales ... 9
VI. METODOLOGÍA ... **10**
6.1. Tipo de investigación ... 10
6.2. Enfoque de la investigación ... 11
6.3. Diseño de la investigación ... 11
6.4. Procedimientos, técnicas e instrumentos de recolección de datos ... 11
SEGUNDA PARTE: ESTRUCTURA TEÓRICA ... 12
CAPÍTULO I: SOBRE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL ... **13**
1. Conceptualización de la prueba penal ... 13
2. Conceptos afines a la prueba ... 15
2.1. Objeto de prueba ... 15
2.2. Elemento de prueba ... 17

2.3. Fuente de prueba ... 18
2.4. Órgano de prueba ... 18
2.5. Medio de prueba ... 18
2.6. Valoración de la prueba ... 18
2.6.1. Sistemas de valoración de la prueba ... 20
2.6.2. Sistema adoptado en el Código Procesal Penal de 2004 ... 21
3. Principios relevantes de la prueba penal ... 22
3.1. Principio de aportación de la prueba ... 22
3.2. Principio de libertad de la prueba ... 23
3.3. Principio de comunidad de la prueba ... 23
3.4. Principio de contradicción de la prueba ... 24
3.5. Principio de inmediación de la actuación probatoria ... 24
4. Excepciones a la prueba plenarial (actuada en juicio oral) ... 25
4.1. Prueba preconstituida ... 25
4.2. Prueba anticipada ... 27
4.2.1. La vulnerabilidad del menor de edad víctima de delitos sexuales como argumento para recabar su declaración bajo la técnica de prueba anticipada ... 30
4.2.1.1. Aproximación al fenómeno de la vulnerabilidad ... 30
4.2.1.2. Definición de vulnerabilidad ... 32
4.2.1.3. El menor de edad como sujeto vulnerable en el ámbito penal sexual ... 36
4.2.1.3.1. El menor de edad es vulnerable ... 36
4.2.1.3.2. El menor de 14 años es existencialmente vulnerable ... 37
4.2.1.3.2.1. Razones cognoscitivas ... 38
4.2.1.3.2.2. Razones que involucran la diversidad ... 39
4.2.1.3.2.3. Razones de índole emocional ... 39
4.2.1.3.2.4. Razones enfocadas en lo relacional del ser humano ... 40
4.2.1.3.2.5. Razones derivadas de lo autoritativo ... 41
4.2.1.3.2.6. Razones de naturaleza criminológica ... 43
4.2.1.4. Tratamiento procedimental especial para niños menores de 14 años victimizados sexualmente ... 45
4.2.1.5. Menores de 14 años declarados “víctimas” sin previa sentencia condenatoria a su favor ... 45
CAPÍTULO II: LA CÁMARA GESELL EN LOS DELITOS SEXUALES EN AGRAVIO DE MENORES DE EDAD ... 47
1. La declaración del menor de edad conforme al Código Procesal Penal de 2004 ... 47

1.1. Capacidad del menor para declarar sobre su victimización sexual 47
1.2. El menor, la verdad y la mentira 49
1.3. El menor debe declarar sobre lo que percibió 49
1.4. Desarrollo de la entrevista forense del menor 49
2. Un breve repaso sobre la cámara Gesell en Perú 50
3. Limitación –justificada– del derecho de defensa en cámara Gesell vía prueba anticipada 54
4. Pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia del Perú sobre cámara Gesell y prueba anticipada 57
4.1. Vinculación con la prueba de oficio 57
4.2. Vinculación con la videograbación de la entrevista única 58
4.3. Vinculación con la oralización del acta de la entrevista única 59
4.4. Vinculación con la notificación para participar en cámara Gesell 60
4.5. Vinculación con la defensa penal de agentes delictivos desconocidos 63
4.6. Vinculación con la convalidación del acta de entrevista única a pesar de no actuarse bajo las reglas de la prueba anticipada 63
4.7. Vinculación con la no convalidación del acta de entrevista única al no actuarse bajo las reglas de la prueba anticipada 65
4.8. Conclusiones respecto de la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre cámara Gesell y prueba anticipada 66
5. Extracción de información durante la declaración del menor de edad en Cámara Gesell/Entrevista Única 68
5.1. Una breve introducción sobre la entrevista forense 68
5.2. Características de los Protocolos de entrevista forense 69
5.2.1. Protocolos convencionales versus Protocolos basados en la práctica 69
5.2.2. Protocolos privados versus Protocolos disponibles públicamente 70
5.2.3. Protocolos poco estructurados versus Protocolos altamente estructurados 71
5.2.4. Protocolos genéricos versus Protocolos de una jurisdicción específica 71
5.3. Breve recuento de los Protocolos de Entrevista Forense a nivel internacional 71
5.3.1. Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings 72
5.3.2. The Step-Wise Guidelines for Child Interviews 72
5.3.3. The Cognitive Interview 73
5.3.4. The National Institute of Child Health and Human Development Protocol 73
5.3.4.1. Un sucinto análisis del Protocolo NICHD 74
5.3.5. The Ten-Step Investigative Interview 76

5.3.6. The Standard Interview Method 77
5.4. Sobre los “Protocolos de Entrevista Forense” utilizados en Perú 77
5.5. Recomendaciones para mejorar la actuación del psicólogo forense del Instituto de Medicina Legal conforme a la mejor literatura empírica 80
5.5.1. A lo largo de toda la entrevista forense 82
5.5.1.1. Entrevistador neutral no sesgado mediante el trabajo por hipótesis 82
5.5.1.2. Formulación de preguntas apropiadas al desarrollo cognoscitivo del entrevistado 83
5.5.1.3. Adaptación del psicólogo forense al individuo entrevistado 84
5.5.1.4. Desarrollo de la entrevista forense en un espacio amigable para los menores 86
5.5.1.5. Solo está permitida la presencia de un intérprete junto al psicólogo forense y el menor entrevistado 87
5.5.1.6. Entrevistas forenses de duración limitada 88
5.5.1.7. Cultivo de la paciencia y escucha activa 89
5.5.1.8. Cambio de tema no abrupto 89
5.5.1.9. No tocar físicamente al entrevistado 90
5.5.2. Durante la fase inicial de la entrevista forense 90
5.5.2.1. Rapport entre el entrevistador forense y el niño victimizado sexualmente 90
5.5.2.2. Capacidad moral suficiente del menor durante la entrevista forense 92
5.5.2.3. Capacidad cognoscitiva suficiente del menor durante la entrevista forense 94
5.5.2.4. Instrucción del menor en las “Reglas Básicas” (Ground Rules) 96
5.5.2.5. Entrenamiento del menor en una práctica narrativa 97
5.5.3. Durante la fase central de la entrevista forense (recabación del testimonio) 98
5.5.3.1. Introducción del tópico de ASI 99
5.5.3.2. Recolección de información sustancial para probar o no el hecho sexual abusivo 99
5.5.3.3. Clarificación de detalles 101
5.5.4. Durante la fase final de la entrevista forense 104
5.6. Reflexiones sobre el Protocolo de Entrevista Única en cámara Gesell peruano (2019) 104
6. Derecho de defensa del presunto abusador sexual infantil durante la entrevista forense en cámara Gesell 105
6.1. Defendiendo éticamente a un presunto abusador sexual de menores 107
6.2. Estrategias de defensa en cámara Gesell 110

6.2.1. Posibilidad de falsedad voluntaria del menor 110
6.2.2. Posibilidad de interferencia en el menor (falsedad involuntaria) a causa de un tercero 112
6.2.3. Posibilidad de errónea interpretación del menor de la conducta del cliente 113
6.2.4. Posibilidad de problemas mentales como una vía a las falsas acusaciones 116
7. Evaluación de la calidad de la entrevista forense 117
CAPÍTULO III: BASES TEÓRICAS PARA LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA TESTIMONIAL DE MENORES DE 14 AÑOS VÍCTIMAS DE CONTACTOS INDEBIDOS SEXUALES 120
1. Sobre el delito que debe probarse 120
2. Análisis de criterios de valoración probatoria en delitos sexuales 123
2.1. Definición de criterio de valoración probatoria 124
2.2. Criterios de valoración probatoria en delitos sexuales de fuente jurisprudencial 124
2.2.1. Análisis del Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116 124
2.2.2. Análisis del Acuerdo Plenario N° 1-2011/CJ-116 126
2.2.3. Análisis de criterios de valoración propuestos en selectas Casaciones y Recursos de Nulidad emitidos por la Corte Suprema 128
2.2.3.1. Casaciones 128
2.2.3.2. Recursos de Nulidad 132
2.2.4. Insuficiencia de criterios de valoración probatoria de fuente jurisprudencial 137
3. Bases conceptuales necesarias para la valoración de la declaración del menor de 14 años víctima de contactos indebidos sexuales 138
3.1. Testimonio y memoria: una unión indisoluble 138
3.1.1. Relevancia del estudio de la memoria 138
3.1.2. Breves apuntes sobre la memoria 139
3.1.3. Procesos mentales en el registro de información en la memoria del menor de edad 141
3.1.3.1. Proceso de codificación 142
3.1.3.2. Proceso de retención 143
3.1.3.3. Proceso de recuperación 144
3.1.4. Implicancias forenses de la memoria en contactos indebidos en agravio de menores de 14 años 145
3.1.4.1. Sobre los errores de omisión y comisión 145
3.1.4.2. Sobre el tipo de detalles 147
3.1.4.3. Sobre el nivel de detalles (particularización) 149

3.1.4.4. Sobre el llenado de lagunas en la memoria 150
3.1.4.5. Sobre el paso del tiempo 151
3.1.4.6. Sobre las inconsistencias 152
3.2. Jean Piaget: desarrollo cognitivo vinculado al lenguaje 153
3.2.1. Etapa Sensorio-motriz 154
3.2.2. Etapa Preoperacional 155
3.2.3. Etapa Operacional Concreta 161
3.2.4. Etapa de las Operaciones Formales 162
3.3. La sugestionabilidad en el menor de edad 163
3.3.1. Breves apuntes sobre la sugestionabilidad en el menor de edad 163
3.3.2. El caso McMartin (EE. UU.): caso emblemático de sugestionabilidad 166
3.4. La sexualidad infantil 169
3.4.1. La sostenida y perpetuada inocencia infantil 169
3.4.2. Desarrollo y comportamientos sexuales en la niñez: rompiendo tabúes 172
3.4.2.1. El niño es un ser sexual 173
3.4.2.2. La sexualidad infantil es distinta a la sexualidad adulta 176
3.5. La entrevista forense 182
TERCERA PARTE: TOMA DE POSTURA 183
1. Contrastación de las hipótesis 184
1.1. Contrastación de la hipótesis principal 184
1.2. Contrastación de las hipótesis secundarias 186
2. Toma de postura 188
3. Conclusiones 189
4. Recomendaciones 190
5. Propuesta de solución del problema: Acuerdo Plenario sobre criterios psicológicos diferenciados de valoración del testimonio de niños menores de 14 años 191
5.1. Vinculados a la memoria infantil 191
5.2. Vinculados a la sugestionabilidad 193
5.3. Vinculados a la sexualidad infantil 194
5.4. Vinculados a la entrevista forense y el lenguaje infantil 195
6. Consecuencias de la implementación de la propuesta 197
7. Beneficios que aporta la propuesta 197
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: 199

RESUMEN

La presente tesis analizó si los criterios de valoración de la prueba testimonial de menores de 14 años víctimas del delito de contactos indebidos sexuales, que ha desarrollado la Corte Suprema de Justicia del Perú en su jurisprudencia, son suficientes. Para ello, abordamos primero conceptos básicos relacionados a la prueba y la valoración de la prueba. De la misma forma, desarrollamos aspectos sustanciales a la entrevista forense en cámara Gesell vía prueba anticipada. Luego, analizamos el Acuerdo Plenario Nº 2-2005/CJ-116, de fecha 30.09.2005, el Acuerdo Plenario Nº 1-2011/CJ-116, de fecha 06.12.2011, y algunos pronunciamientos selectos en materia de Casaciones y Recursos de Nulidad que tienen implicancia directa en la valoración del testimonio de niños menores de 14 años victimizados sexualmente. Posteriormente, desarrollamos las bases teóricas que sirven de punto de partida para la propuesta de criterios psicológicos diferenciados que rindan en la valoración del testimonio de menores de 14 años víctimas de contactos indebidos sexuales. Se concluyó que los criterios de valoración desarrollados por la Corte Suprema son insuficientes y, frente a esta realidad, propusimos una serie de criterios cuyo principal objetivo es brindar seguridad jurídica y predictibilidad al sistema de justicia penal.

PALABRAS CLAVES

Prueba

Prueba testimonial

Valoración de la prueba

Entrevista forense

Criterios psicológicos diferenciados

ABSTRACT

This thesis analysed whether the criteria for assessing the testimonial evidence of children under 14 years old who are victims of the crime of sexual misconduct, as developed by the Supreme Court of Justice of Peru in its jurisprudence, are sufficient. To this end, we first addressed basic concepts related to evidence and its assessment. Likewise, we examined key aspects of the forensic interview conducted in the Gesell chamber throught anticipated evidence. Next, we analysed Acuerdo Plenario Nº 2-2005/CJ-116, dated 30.09.2005, Acuerdo Plenario Nº 1-2011/CJ-116, dated 06.12.2011 and select rulings (Casación and Recursos de Nulidad) that have a direct impact on the assessment of testimony from sexually victimized children under 14 years old. Subsequently, we developed the theoretical foundations that serve as the basis for proposing differentiated psychological criteria for assessing the testimony of minors under 14 years old who are victims of sexual misconduct. The study concluded that the assessment criteria established by the Supreme Court are insufficient. In response to this reality, we proposed a series of criteria aimed primarily at ensuring legal certainty and predictability in the criminal justice system.

KEYWORDS

Evidence

Testimonial evidence

Assessment of evidence

Forensic interview

Differentiated psychological criteria

INTRODUCCIÓN

Los delitos sexuales en agravio de menores de 14 años representan un gran reto para el sistema de justicia penal. Los efectos perjudiciales en los niños y adolescentes que son victimizados sexualmente pueden ser de larga duración, o inclusive ni siquiera manifestarse principalmente porque la víctima no se identifica como tal. En estos delitos clandestino la escasez de pruebas incriminatorias suele ser la regla, siendo muy útil la declaración del menor de 14 años. La situación se complejiza cuando diversos factores de vulnerabilidad obligan al juez a decidir con prudencia.

Hemos pasado de una época donde no se creía que los niños fueran competentes para rendir testimonio, a una donde se piensa que todo lo que dicen es cierto por lo que cualquier cuestionamiento a su veracidad implica una alianza subrepticia con el abusador sexual infantil. Hay jueces que siguen dudando de la capacidad del menor de 14 años para evocar recuerdos fidedignos, mientras que otros juzgadores automáticamente creen todo lo dicho por el niño. Debe haber un justo medio, mediante el cual se confíe razonablemente en la declaración del niño; sin violentar injustamente las garantías constitucionales que resguardan al imputado por un delito sexual.

Esencialmente el juicio oral es la etapa del proceso penal donde se debate la responsabilidad penal o no del acusado por un delito sexual. Existen pautas jurisprudenciales que guían al juez al momento de valorar la prueba en el plenario, lo cual es correcto ya que estos criterios de valoración probatoria no son mandatos obligatorios que impiden al juez apreciar la prueba de forma crítica y razonada. No obstante, nos llamó la atención investigar si es que bastan los criterios de valoración testimonial existentes en la jurisprudencia de la Corte Suprema para resolver con justicia un caso penal que involucre el delito de contactos indebidos sexuales en agravio de menores de 14 años, regulado en el artículo 176-A del Código Penal.

En virtud de estas ideas, en la presente tesis nos planteamos el siguiente problema: ¿Los criterios de valoración de la prueba testimonial en el análisis probatorio del delito de contactos indebidos sexuales en agravio de menores de 14 años, contenidos en la jurisprudencia de la Corte Suprema, son suficientes para guiar al juez? Nuestra hipótesis fue que no son suficientes para guiar el ejercicio intelectivo del juzgador por ser pautas muy generales que no son pertinentes cuando se aborda el testimonio de menores de 14 años que son evolutivamente distintos.

La presente tesis es del tipo jurídico-normativa (no exegética), ya que se buscó proponer reformas o nuevos enfoques normativos, pero no de forma estrictamente interpretativa (exegética). Asimismo, el enfoque es cualitativo, con u diseño de investigación no experimental. Finalmente, se empleó el análisis documental (técnica) y se utilizaron fichas (instrumento).

Ahora bien, la tesis está compuesta de tres partes sistemáticamente diseñadas. En la Primera Parte se han abordado todos los fundamentos metodológicos que otorgan rigurosidad científica a este trabajo. En la Segunda Parte se han desarrollado las bases teóricas que sirven de punto de partida para la elaboración de las conclusiones y el aporte académico a la comunidad jurídica peruana que están recogidos en la Tercera Parte.

La Segunda Parte está estructurada en tres capítulos. En el primer capítulo desarrollamos conceptos elementales relacionados a la prueba penal, como su definición, los principios probatorios, valoración de la prueba y especialmente la diferenciación entre prueba preconstituida y prueba anticipada. En el último caso, justificamos por qué es justo que la declaración de un niño menor de 14 años, que ha sufrido el delito de contactos indebidos sexuales, debe ser recabada vía prueba anticipada en cámara Gesell/Sala de entrevista única.

Dentro del segundo capítulo investigamos de forma extensa sobre la cámara Gesell y, principalmente, sobre la entrevista forense que se realiza dentro de esta. Hemos explorado la utilidad de la cámara Gesell, su implementación en Perú, la limitación (mas no anulación) del derecho de defensa durante la entrevista forense en cámara Gesell, diversos pronunciamientos jurisprudenciales emitidos por la Corte Suprema que ayudan a interpretar las normas procesales vinculadas a la prueba anticipada en el uso de la cámara Gesell, y finalmente desarrollamos qué es la entrevista forense así como técnicas de entrevista basadas en la evidencia empírica que han obtenido resultados positivos en la revelación fidedigna del abuso sexual infantil.

El tercer capítulo empieza con un breve desarrollo jurisprudencial de la Corte Suprema sobre el delito que debe probarse; es decir, el delito de contactos indebidos sexuales en agravio de menores de 14 años, regulado en el artículo 176-A del Código Penal. Luego, realizamos un análisis crítico de los criterios de valoración de la prueba del testimonio de la víctima que pueden encontrarse en el Acuerdo Plenario Nº 2-2005/CJ-116, de fecha 30.09.2005, el Acuerdo Plenario Nº 1-2011/CJ-116, de fecha 06.12.2011, y algunos pronunciamientos selectos en materia de Casaciones y Recursos de Nulidad que tienen implicancia directa en la valoración del testimonio indicado. Finalmente, abordamos el desarrollo de las bases teóricas que sirven para la propuesta de criterios diferenciados de origen psicológico para la valoración del testimonio de niños menores de 14 años: memoria infantil, desarrollo cognitivo vinculado al lenguaje infantil, sugestionabilidad, sexualidad infantil y entrevista forense (por una cuestión de orden, simplemente hicimos referencia a lo desarrollado en el segundo capítulo).

Finalmente, en la Tercera Parte de la tesis contrastamos la hipótesis planteada primigeniamente y concluimos que, efectivamente, los criterios de valoración de la prueba testimonial en el análisis probatorio del delito de contactos indebidos sexuales en agravio de menores de 14 años, emitidos en la jurisprudencia de la Corte Suprema,

son insuficientes para guiar al juez porque brindan pautas muy generales que no son pertinentes cuando se aborda el testimonio de menores de 14 años que son evolutivamente distintos.

En esta línea, como aporte a la comunidad jurídica nacional, a través de la presente tesis propusimos una serie de criterios de valoración psicológicos diferenciados en 4 categorías que, si bien podrían parecer distintas, en realidad están interrelacionadas intrínsecamente ya que sus componentes se nutren recíprocamente de forma continua.

PRIMERA PARTE: ASPECTOS METODOLÓGICO

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. Situación problemática

Si bien rige en el Código Procesal Penal, en materia probatoria, la libertad de prueba, conforme a la cual un hecho delictivo puede ser probado por cualquier medio de prueba lícito, no habiendo tasación probatoria que determine que necesariamente debe actuarse "x" medio probatorio para acreditar el hecho penalmente relevante "y"; en la presente tesis se ha elegido la prueba que resulta más problemática en el ámbito del delito de contactos indebidos sexuales (así lo denominamos) en agravio de menores de 14 años, regulado en el artículo 176º-A del Código Penal peruano, debido a la forma de comisión del hecho delictivo (prácticamente nunca deja huella física) y sus circunstancias (suele ocurrir en contextos donde, generalmente, solo están presentes el imputado y la víctima).

Existe una controversia respecto a la relevancia que tiene la declaración del menor de 14 años en el delito de contactos indebidos sexuales, la cual se recaba a través del instrumento de la Cámara Gesell vía prueba anticipada, ya que es muy común que los abogados defensores aleguen que únicamente se está condenando en base a la declaración del menor, no habiendo más pruebas que corroboren su dicho. Si bien en un inicio el problema era la impunidad de esta clase de delitos clandestinos, ahora existe una gran disconformidad por parte de muchos abogadores defensores que alegan que se está creyendo al menor de forma total, negándose cualquier tipo de argumento de la defensa. En este sentido, resulta problemática la valoración probatoria de la declaración del menor de 14 años en el delito de contactos indebidos sexuales.

Los criterios de valoración de la prueba testimonial de menores de 14 años victimizados sexualmente que brinda la jurisprudencia peruana (casaciones, recursos de nulidad y acuerdos plenarios) no son lo suficientemente rigurosos como para que los jueces penales cuenten con herramientas adecuadas al realizar el ejercicio intelectivo. Existen diversos componentes asociados a la valoración de la declaración del menor de 14 años que merecen especial atención: su memoria, su desarrollo cognoscitivo, su capacidad moral, el lenguaje infantil, la sexualidad infantil y las técnicas de entrevista forense para extraer la información. Solo sobre algunos de estos componentes se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia del Perú, especialmente sobre la memoria infantil aunque no con toda la profundidad que uno esperaría.

En definitiva, esta tesis tiene como objetivo proponer criterios de valoración de la prueba testimonial de menores de 14 años víctimas de contactos indebidos sexuales, con el objetivo de brindar a los jueces de la república las herramientas necesarias que les permita hacer un ejercicio intelectivo adecuado que permita impartir justicia en el caso concreto.

1.2. Problema general

1.2.1. ¿Los criterios de valoración de la prueba testimonial en el análisis probatorio del delito de contactos indebidos sexuales en agravio de menores de 14 años, contenidos en la jurisprudencia de la Corte Suprema, son suficientes para guiar al juez?

1.3. Problemas específicos

1.3.1. ¿Son necesarios criterios de valoración diferenciados para el análisis probatorio del testimonio de menores de 14 años víctimas del delito de contactos indebidos sexuales?

1.3.2. ¿Qué efectos produciría la introducción de criterios de valoración psicológicos diferenciados en el análisis del testimonio de menores de 14 años víctimas del delito de contactos indebidos sexuales?

II. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

2.1. Objetivo general

2.1.1. Analizar si los criterios de valoración de la prueba testimonial en el análisis probatorio del delito de contactos indebidos sexuales en agravio de menores de 14 años, contenidos en la jurisprudencia de la Corte Suprema, son suficientes para guiar al juez.

2.2. Objetivos específicos

2.2.1. Establecer si son necesarios criterios de valoración diferenciados para el análisis probatorio del testimonio de menores de 14 años víctimas del delito de contactos indebidos sexuales.

2.2.2. Determinar qué efectos produciría la introducción de criterios de valoración psicológicos diferenciados en el análisis del testimonio de menores de 14 años víctimas del delito de contactos indebidos sexuales.

III. FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS

3.1. Hipótesis principal

3.1.1. Los criterios de valoración de la prueba testimonial en el análisis probatorio del delito de contactos indebidos sexuales en agravio de menores de 14 años, emitidos en la jurisprudencia de la Corte Suprema, son insuficientes para guiar al juez porque brindan pautas muy generales que no son pertinentes cuando se aborda el testimonio de menores de 14 años que son evolutivamente distintos.

3.2. Hipótesis secundarias

3.2.1. Los criterios de valoración diferenciados para el análisis probatorio del testimonio de menores de 14 años víctimas del delito de contactos indebidos sexuales deben incorporarse porque su desarrollo cognoscitivo es diferente, lo cual repercute en la calidad del testimonio brindado.

3.2.2. La introducción de criterios de evaluación psicológicos diferenciados en la valoración del testimonio de menores de 14 años víctimas del delito de contactos indebidos sexuales optimizaría la valoración probatoria produciendo, además, predictibilidad en la administración de justicia.

IV. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

La vulnerabilidad es intrínseca al ser humano y se manifiesta en la susceptibilidad de ser dañado y en la incapacidad de mitigar este daño. Distintos factores incrementarán o reducirán la vulnerabilidad, los cuales constituyen una lista abierta, pero a modo de ejemplo pueden ser biológicos, psicológicos, sociales, culturales, etc. Resulta mucho más problemático cuando una persona vulnerable fue víctima de un delito contra su libertad sexual, sobre todo si estamos frente al delito de contactos indebidos sexuales en agravio de menores de catorce años, ya que la noción de vulnerabilidad se encadena con los conceptos de sexualidad, infancia y derecho penal.

Cuando una persona vulnerable se ve inmersa en un proceso penal, la rigidez del procedimiento o la falta de familiaridad con el desarrollo del mismo, provocan ansiedad y estrés en quienes acuden en calidad de testigos y/o víctimas. Si a ello se añade la falta de conciencia sobre la situación de vulnerabilidad y cómo manejarla, se complica muchísimo el acceso a la justicia.

Durante la etapa de juicio oral cumple un rol fundamental el juez de juzgamiento, quien desempeña el mandato constitucional de juzgar y dar por probado o no el presunto

hecho delictivo. En esta línea, el efecto perjudicial se acrecienta cuando durante esta etapa el juez valora la prueba utilizando prejuicios (el menor de edad es poco fiable) o sesgos cognitivos (si un menor declara ser víctima, se busca todas las pruebas que corroboran esa afirmación, desechando las pruebas de descargo).

Así pues, las víctimas vulnerables terminan encarando una realidad decepcionante al no ver satisfechas sus legítimas expectativas, lo cual resta legitimidad al sistema de justicia penal. Y, por otro lado, se acrecienta la sensación de injusticia por parte de los acusados, quienes sienten que su derecho de defensa fue nulo.

En concreto, de la forma cómo se valore la prueba de la declaración del menor de 14 años, emitiendo juicios razonables para declarar o no probados los hechos enjuiciados, se determinará si efectivamente se está garantizando la equidad y el acceso al sistema de justicia en igualdad de oportunidades en comparación con aquellas personas que no están en situación de vulnerabilidad. Asimismo, se beneficiará al acusado, ya que se buscará lograr un equilibrio entre el derecho de defensa del presunto abusador sexual y el derecho de acceso a la justicia de las menores víctimas vulnerables en el proceso penal.

Por lo tanto, esta tesis sentará las bases para posteriores investigaciones sobre prueba en delitos sexuales cometidos en el Perú, tomando principalmente aportes de la psicología para brindar respuestas integrales a la problemática del juzgamiento de delitos sexuales. La propuesta se materializará en un acuerdo plenario sobre valoración probatoria del testimonio de menores de 14 años víctimas de contactos indebidos sexuales (generalizable para cualquier delito sexual, conforme se explicará en su momento).

V. ESTADO DE LA CUESTIÓN

5.1. Antecedentes del problema

5.1.1. Antecedentes nacionales

En primer lugar, tenemos la tesis titulada "*La prueba en delitos de tocamientos indebidos en menores de edad distrito, de Comas 2021*", publicada en 2022 y elaborada por Josselyn Janira Espinoza Padilla y John David Remuzgo Basilio para obtener el título profesional de Abogados en la Facultad de Derecho y Humanidades de la Universidad César Vallejo. Esta tesis tuvo como objetivo analizar cómo se garantizaría la eficacia de la prueba en delitos de Tocamientos indebidos en menores de edad, distrito de Comas 2021. La investigación concluyó que es relevante la declaración del menor de edad

recabada en cámara Gesell vía prueba anticipada de forma oportuna, ya que el relato del menor depende mucho de la edad cronológica y estado cognoscitivo de la víctima.

En segundo lugar, citamos la tesis titulada "*Carga de la prueba en el delito de tocamientos indebidos por los operadores de justicia del distrito judicial de Ucayali en el año 2022*", publicada en 2023 y elaborada por Josseline Milagros Rodrìguez Berrospi y Anthony Jesùs Moya Herrera para obtener el título profesional de Abogados en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad de Ucayali. Esta tesis tuvo como objetivo determinar cómo se relaciona la carga de la prueba y el delito de tocamientos indebidos por operadores de justicia del distrito judicial de Ucayali en el año 2022. La investigación concluyó que la revictimización afecta a la víctima por la incomprensión y el daño sufrido al formar parte del proceso penal. Asimismo, que debe hacerse una valoración conjunta de la prueba, donde cumple un rol relevante el testimonio de la víctima que necesariamente deberá reforzarse con pruebas corroborativas.

En tercer lugar, citamos la tesis titulada "*Correcta aplicación de la Cámara Gesell y su influencia en la protección del menor en el delito de tocamientos y actos libidinosos, Huacho 2022*", publicada en 2024 y elaborada por Juan José Verano Rivera para obtener el título profesional de Abogado en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional José Faustino Sánchez Carrión. Esta tesis tuvo como objetivo analizar si existe una correcta aplicación de la cámara Gesell y su influencia en la protección del menor en el delito de tocamientos y actos libidinosos en Huacho, 2022. La investigación concluyó que la aplicación de la cámara Gesell ha resultado efectiva en la protección de la integridad de menores víctimas de tocamientos y actos libidinosos. De una muestra de 132 personas (trabajadores del Ministerio Público de Huaura) un 72% concuerdan con esta aseveración. La cámara Gesell proporciona un ambiente controlado y confidencial que permite a los niños expresarse libremente. Asimismo, los testimonios obtenidos a través de la cámara Gesell han resultado fiables y creíbles.

5.1.2. Antecedentes internacionales

En primer lugar, tenemos la tesis titulada "*Valoración del testimonio de menores de catorce años víctimas del delito de acto sexual en Colombia*", publicada en 2021 y elaborada por Nubia Faride Gaitán Caicedo para obtener el posgrado de Magíster en Derecho Procesal Penal por la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada. Esta tesis tuvo como objetivo explorar cuáles son los principales problemas que sean planteado frente a la valoración de los testimonios de menores de 14 años víctimas del delito de acto sexual en Colombia. La investigación concluyó que el juez se enfrenta a un panorama complejo que afecta la valoración del testimonio de los menores

de 14 años víctimas del delito de acto sexual, por ejemplo, la congestión judicial, el posible desconocimiento en las técnicas de abordaje de niños, niñas y adolescentes, así como la carencia de técnicas de interrogatorio que impiden abordar con amplitud el hecho fáctico analizado. Frente a esta situación, el juzgado debe valerse de las herramientas procesales disponibles y de todos los conocimientos posibles para resolver con justicia estos casos complejos.

En segundo lugar, tenemos la tesis titulada "*La valoración de la prueba en los casos de abuso sexual. Problemas relacionados a la interpretación judicial*", publicada en 2023 y elaborada por Karla Liseth Muela Bravo para obtener el Posgrado de Maestra en Derecho Penal por la Universidad Andina Simón Bolívar – Área de Derecho. Esta tesis tuvo como objetivo identificar los problemas relacionados a la interpretación judicial que subyacen a la valoración probatoria en los casos de abuso sexual. La investigación concluyó que la debida correspondencia entre la norma constitucional y la ley penal para efectos de la valoración probatoria y la interpretación judicial dependerá de concreciones garantistas de los sujetos procesales analizadas desde su dignidad humana.

En tercer lugar, citamos la tesis titulada "*Problemas probatorios en delitos sexuales: máximas de experiencia, estándar penal de convicción y testimonio único de la víctima*", publicada en 2024 y elaborada por Joaquín Pulido Fuenzalida para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Esta tesis tuvo como objetivo analizar y ponderar las soluciones que se han propuesto en la doctrina y jurisprudencia para subsanar las diversas dificultades que se presentan en la valoración de la prueba en delitos sexuales, poniendo especial atención en la perspectiva de género como herramienta para juzgar y en la posibilidad de disminuir la exigencia del estándar de prueba para condenar. La investigación concluyó que el testimonio de la víctima en delitos sexuales debe analizarse en base a 3 criterios: ausencia de incredibilidad subjetiva, persistencia en la incriminación y verosimilitud o corroboración. En relación con este último punto, la suficiencia del dato corroborador debe analizarse en base a 3 criterios: relación dato-hecho, relación dato-afirmación y estándar de convicción.

VI. METODOLOGÍA

6.1. Tipo de investigación

La presente tesis es del tipo jurídico-normativa (no exegética), ya que se buscó proponer reformas o nuevos enfoques normativos, pero no de forma estrictamente interpretativa (exegética); en otras palabras, se propusieron mejoras metodológicas en la interpretación de la prueba testimonial a través de criterios de valoración novedosos.

6.2. Enfoque de la investigación

Enfoque cualitativo, ya que se centró el análisis en datos no numéricos (como la psicología del testimonio infantil), mediante la habilidad crítica y el pensamiento creativo en la interpretación de datos complejos. Así se logró comprender a profundidad comportamientos y fenómenos a través de la calidad de los datos analizados.

6.3. Diseño de la investigación

No experimental. No se manipularon variables ni se efectuaron experimentos controlados, ya que se observaron/analizaron los fenómenos en su contexto natural.

6.4. Procedimientos, técnicas e instrumentos de recolección de datos

En cuanto al procedimiento se realizó una recopilación y análisis de normas jurídicas locales, de jurisprudencia nacional emitida por la Corte Suprema en materia de valoración del testimonio de menores de 14 años victimizados sexualmente y de doctrina sobre testimonio infantil principalmente de fuentes extranjeras en inglés. Se empleó el análisis documental (técnica) y se utilizaron fichas (instrumento).

SEGUNDA PARTE: ESTRUCTURA TEÓRICA

CAPÍTULO I: SOBRE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL

1. Conceptualización de la prueba penal

La palabra prueba tiene un significado común que toda persona logra captar siquiera en sus nociones mínimas. Básicamente, este concepto está referido a todo aquello que sirve para demostrar algo. En el ámbito jurídico, y sobre todo en el proceso penal, tiene matices propios del lenguaje del Derecho. A continuación, presentamos una serie de definiciones dadas por diversos juristas sobre lo que es la prueba penal.

Para San Martín (2020), la prueba es:

> "la actividad de las partes procesales dirigida a ocasionar la acreditación necesaria —actividad de demostración— para obtener la convicción del juez decisor sobre los hechos por ellas afirmados -actividad de verificación-, intervenida por el órgano jurisdiccional bajo la vigencia de los principios de contradicción, igualdad y de las garantías tendentes a asegurar su espontaneidad e introducida, fundamentalmente, en el juicio oral a través de los medios lícitos de prueba" (p. 751).

El concepto dado por el juez supremo nos resulta acertado. Primero incide en la prueba como actividad, en el sentido de que son las partes procesales quienes buscan la prueba en la realidad empírica para dar respaldo a sus afirmaciones fácticas sobre cómo ocurrieron los hechos en litigio (un testigo, un cuchillo, un revólver, dinero robado, etc.). El objetivo final es convencer al juez, quien absolverá o condenará al acusado, e inclusive le impondrá una responsabilidad civil cuando sea necesaria. San Martín delimita principalmente la fase de actuación probatoria en juicio oral, sabiendo muy bien que existen excepciones a esta regla, conocidas como prueba preconstituida y prueba anticipada (que más adelante se abordaré sucintamente). Asimismo, el jurista sanmarquino argumenta que es necesario que en la prueba rijan una serie de principios, principalmente el de contradicción e igualdad, ya que se debe dar la oportunidad a cada parte procesal a sustentar lo que considere necesario respecto de la información introducida al debate.

Arbulú (2015b) argumenta que la prueba es utilizada en el proceso penal como herramienta elemental que es utilizada por las partes procesales para confrontar hipótesis fácticas sujetas a verificación de acuerdo con la teoría del caso de cada una. Los medios de prueba son las vías legales a través de las cuales se pueden acreditar hechos fácticos (p. 7).

El maestro sanmarquino Arbulú Martínez concibe la prueba como una herramienta destinada al uso de las partes procesales, quienes en el juicio oral contradictorio enfrentarán sus hipótesis fácticas: solo una verdad puede prevalecer conforme a la teoría del caso de cada parte procesal. La frase "teoría del caso" nos permite evidenciar que la noción de prueba de este jurista tiene influencia adversarial, ya que propiamente

no existe teoría del caso en nuestro Código Procesal Penal de 2004 (en adelante, CPP). Sin embargo, es muy útil este aporte del Common Law para organizar la estrategia durante todo el proceso penal. Finalmente, el maestro Arbulú argumenta que la información fáctica de la realidad empírica, extraproceso, ingresa al proceso penal a través de los medios de prueba.

El maestro argentino Chaia (2020) define a la prueba como la actividad procesal realizada con el objetivo de conseguir certeza judicial bajo el criterio comúnmente empleado de "verdad real" respecto de la imputación recaída en el sospechoso o de cualquier otra situación de interés. Es llevada a cabo mediante medios y procedimientos establecidos por la ley y aceptados socialmente que suelen influir en la convicción del juez, en mayor o menor grado de conocimiento (pp. 31-32).

Rubén Chaia también acoge en su definición de prueba la noción de actividad. A esto le suma el propósito de la prueba que es obtener certeza judicial. Sin embargo, entra en contradicción al sostener que esta "certeza" se obtiene en "mayor o menor grado de conocimiento". Quizás una noción más cercana a la realidad habría sido el "convencimiento en alto grado de probabilidad basado en prueba", antes que hablar propiamente de certeza, a la que nadie puede optar, ni siquiera en las ciencias matemáticas. El objetivo es que el juez se convenza para que tome una decisión: no es un convencimiento subjetivo basado en corazonadas o mero capricho del órgano decisor, sino que es un convencimiento objetivo basado en pruebas que luego ha de verterse en una sentencia debidamente fundamentada.

Por su parte, el jurista chileno Contreras (2015) asume la postura sobre la prueba que propuso Garberí en 2012, en el sentido de: "Actividad procesal en la que, mediante la práctica de los diferentes *medios* de prueba, se pueden alcanzar *resultados* probatorios a los efectos de acreditar los hechos que conforman y en que se fundamentan las respectivas pretensiones de las partes" (p. 30).

Esta definición del maestro chileno es amplia y engloba la triple concepción de prueba que existe en la actualidad en el ámbito jurídico: a) Prueba como actividad procesal (noción hecha propia por juristas como Chaia y San Martín Castro); b) Prueba como medio de prueba (noción incluida en la definición de Arbulú); y c) Prueba como resultado probatorio (noción que se entiende es asumida por todos los autores).

Hemos de realizar una precisión sobre la noción de prueba como resultado probatorio: es utilizada generalmente para sostener que prueba *solo* es aquello que es resultado del juicio oral público y contradictorio, es decir, cuando el juez le asigna un valor cualitativo (no matemático) a aquellos medios de prueba actuados en juicio oral: el testigo "X" es creíble y fiable respecto de la identidad del agresor, el revólver "Y" fue disparado en el robo del banco, etc. Entonces, se hace una férrea delimitación entre prueba (que ocurre en juicio oral) y elemento de convicción (elemento cognoscitivo que

se recopila y sirve de base empírica durante la etapa de investigación preparatoria). Bajo esta férrea noción de prueba como resultado probatorio se considera incorrecto hablar de prueba en las etapas previas al juicio oral.

Nosotros, siguiendo al jurista Contreras, adoptamos una noción de **prueba penal amplia**, la cual es definida como aquella actividad llevada a cabo por las partes procesales, y excepcionalmente por el juez a través de la prueba de oficio, mediante la cual se actúan los diferentes medios de prueba incorporados válidamente en el proceso penal, con el objetivo de obtener resultados probatorios para acreditar la tesis fáctica de cada parte procesal, y así lograr la satisfacción de sus legítimos intereses con la búsqueda de la verdad como norte. La actuación probatoria principalmente se hará en juicio oral, salvo las excepciones de prueba preconstituida y prueba anticipada, que son de actuación inmediata, pero valoración diferida.

2. Conceptos afines a la prueba

2.1. Objeto de prueba

Según Oré (2016b), el **objeto de prueba** es todo sobre lo que puede recaer la actividad probatoria (p. 318). Concretamente, el artículo 156 CPP regula que serán objeto de pruebas los hechos relacionados con: a) La imputación; b) La punibilidad; c) La determinación de la pena o medida de seguridad; y d) La responsabilidad civil derivada del *delito*. Respecto a este último extremo, es más preciso afirmar que la responsabilidad civil deriva del daño causado, ya que de acuerdo con el artículo 12 inciso 3 CPP es posible que el juez se pronuncie sobre la responsabilidad civil al emitirse sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento (no es necesaria la existencia de un delito).

El artículo 156 inciso 2 CPP regula, en sentido negativo, lo que **no es objeto de prueba**. En primer lugar, no deben probarse las **máximas de la experiencia**, las cuales:

> "Son reglas de apreciaciones que se comportan como juicios hipotéticos y abstractos de contenido general, no vinculados a las particularidades del caso, ni siquiera a las circunstancias que lo rodean. Son premisas o definiciones autónomas obtenidas de la observación y experiencia social, lo que permite aplicar sus conclusiones a casos similares con presupuestos fácticos compartidos" (Chaia, como se citó en Rosas, 2016, pp. 71-72).

La noción de máxima de la experiencia permite que la valoración de la prueba dependa de criterios racionales. Por lo tanto, es esencial "identificar, criticar y eliminar aquellas espurias generalizaciones que sólo esconden prejuicios, sesgos y estereotipos de género" (Cerda, 2020, p. 536). Por ejemplo, "en materia de delitos sexuales, sostener

que las mujeres denuncian en general por venganza o celos, suponiendo en ellas facilidad para inventar denuncias" (Cerda, 2020, p. 537).

Una máxima de la experiencia válidamente construida podría ser la siguiente: "las víctimas de una agresión sexual padecen, después del hecho ilícito, un estado de conmoción emocional o shock" (Cerda, 2020, p. 537). La experiencia criminalística demuestra que esto es lo que normalmente ocurre en la generalidad de los casos, sobre todo en delitos sexuales de naturaleza violenta; sin embargo, también pueden ocurrir actos sexuales que lesionan la integridad sexual de una persona sin que necesariamente el afectado se vea afectado emocionalmente, como cuando una niña de 4 años es tocada en sus nalgas (*la ausencia de completa consciencia sobre el tocamiento de índole abusivo actúa como factor de protección*). Ello no significa que la anterior máxima de la experiencia vuelva inverosímil la declaración de un menor que revela un hecho sexual abusivo: las máximas de la experiencia pueden ser derrotables: a favor o en contra del presunto abusador sexual de menores. El análisis caso por caso resulta esencial.

En el **Recurso de Nulidad Nº 833-2021-Lima Este/Sala Penal Permanente [Ponente San Martín Castro]**, de fecha 31.08.2021, la Corte Suprema se ha pronunciado sobre una generalización muy débil, según la cual *si una niña tiene problemas familiares entonces es más factible que sea manipulada para mentir falsamente*. Además, se indicó que no se recabó prueba que acredite que el denunciante haya manipulado a su hija para que denuncie falsamente (fundamento quinto).

En esta jurisprudencia la Corte Suprema no aceptó el salto inferencial propuesto por la defensa técnica del acusado: *si la niña vive en una familia disfuncional, necesariamente el denunciante (padre de la víctima) la manipuló para mentir.* Podría ocurrir que efectivamente se haya producido la manipulación parental; sin embargo, ello requiere el apoyo de pruebas que respalden esa hipótesis. La mera suposición basada en inferencias arbitrarias no puede respaldar la tesis defensiva del acusado.

En segundo lugar, tampoco serán objeto de prueba las **leyes naturales**, las cuales son "reglas de conducta basadas en la naturaleza misma del hombre y de la sociedad, por lo que no necesitan probarse" (Oré, como se citó en Rosas, 2016, p. 77). Por ejemplo, la ley de la gravedad no es objeto de prueba, tampoco lo es la tercera ley de Newton (una acción tendrá como contraparte una reacción) o la primera ley de la termodinámica (la energía únicamente se transforma, mas no se destruye ni se crea), etc.

En tercer lugar, no se probará la **norma jurídica interna vigente**: bastará únicamente para invocar su aplicación al caso concreto, siempre que sea pertinente, la fecha en que fue publicada, ya que el artículo 51 de la Constitución Política indica que es esencial la publicidad para la vigencia de toda norma dentro del ordenamiento jurídico peruano. Por

lo tanto, es inaceptable que se pretenda leer, como prueba documental, la Ley Orgánica de las Municipalidades que contiene las atribuciones del alcalde (Rosas, 2016, p. 78).

En cuarto lugar, aquella resolución judicial con calidad de **cosa juzgada** no será objeto de prueba; es decir, aquella que es inimpugnable, legítima e inmodificable; sin embargo, el CPP regula la acción de revisión (artículos 439 al 445) para modificar el estatus de cosa juzgada a las sentencias condenatorias, cuando por cuestiones de justicia sea necesario revertir la condena firme por una absolución, siempre que se cumplan con los requisitos de procedencia enumerados en el artículo 439.

En quinto lugar, no se probará el **hecho notorio**, el cual se caracteriza por ser público y generalmente conocido por un grupo social o por la mayoría de sus integrantes, de tal forma que es inútil cuestionar su veracidad, por ejemplo, que la capital del Perú es Lima, que en la costa peruana se ubican las playas, que Alan García fue presidente del Perú, que los bebés requieren leche materna para alimentarse, etc.

Finalmente, no será objeto de prueba **lo imposible**, lo cual según Rosas (2016) tiene dos modalidades: imposibilidad física y jurídica (p. 80). Un ejemplo del primer caso sería la afirmación del imputado de que no pudo haber violado sexualmente al menor porque, cuando se alega ocurrieron los hechos, él habría estado en la Luna. Respecto del segundo caso, por ejemplo, el artículo 135 inciso 1 del Código Penal de 1991 (en adelante, CP) estipula que no será objeto de prueba la imputación sobre cualquier hecho punible que ya fue objeto de absolución en calidad de cosa juzgada tanto en el extranjero como en nuestro país.

2.2. Elemento de prueba

El elemento de prueba es aquel dato objetivo que se incorpora jurídicamente al proceso para producir un conocimiento probable sobre el objeto litigioso. Precisa Oré (2016b) que estos datos objetivos pueden ser los rastros o huellas derivados del hecho punible, así como los resultados obtenidos producto de las pericias realizadas (p. 328).

Estamos de acuerdo con la posición asumida por el maestro peruano Arsenio Oré debido a que los elementos de prueba existen en la realidad extraprocesal y deben ser incorporados en el proceso penal para poder ser utilizados en la eventual sentencia judicial. El juez solo puede tener en cuenta en su razonamiento aquellos elementos de prueba válidamente incorporados en la causa penal en trámite. Un ejemplo de elemento de prueba sería el arma homicida, el lubricante anal, la fotografía pornográfica de un menor de 18 años, etc.

2.3. Fuente de prueba

De acuerdo con Oré (2016b), la fuente de prueba es una realidad aprehensible y tangible que existe extraprocesalmente, la cual además origina un elemento o medio de prueba (pp. 327-328). Por ejemplo, la escena donde ocurrió el crimen sexual aportará información útil que deberá ser investigada con objetivos de esclarecimiento: material pornográfico utilizado para desensibilizar al menor de edad, armas utilizadas para intimidar al niño, lubricantes, preservativos usados, impresiones digitales, etc.

2.4. Órgano de prueba

El órgano de prueba es la persona natural que aporta al proceso el elemento de prueba (Oré, 2016b, p. 330). Ello permite entender a los testigos y peritos como órganos de prueba; sin embargo, también cumplen el rol de fuente de prueba, ya que como entidades presentan una fuente inagotable de actos comunicativos –principalmente a través de la voz, pero no únicamente– que se transforman en ideas/hechos que constituyen elementos de prueba. Por ejemplo, la madre que accidentalmente descubrió que su hijo es víctima de tocamientos indebidos puede constituirse en órgano/fuente de prueba para fines de esclarecimiento probatorio.

2.5. Medio de prueba

Según Oré (2016b), el medio de prueba es el conjunto de reglas legales que permiten la introducción del elemento de prueba dentro del proceso penal (p. 328). Por ejemplo, el testimonio (conforme a la nomenclatura del CPP, artículos 162 al 171) es la herramienta jurídica que permitirá incorporar dentro del proceso penal la declaración de la persona que percibió hechos penalmente relevantes.

2.6. Valoración de la prueba

El artículo 158 CPP regula lo concerniente a la valoración de la prueba. Específicamente, en el inciso 1 se establece que el juez al valorar la prueba debe utilizar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia, y fundamentará a qué conclusiones llegó junto con los criterios empleados. Vamos a explicar en qué consiste el acto de valorar la prueba.

Según Nieva (2010), la valoración de la prueba es “la actividad de percepción por parte del juez de los resultados de la actividad probatoria que se realiza en un proceso” (p. 34), e inmediatamente precisa, citando a Devis Echandía, que esa percepción abarca “tanto la extracción de esos resultados como el juicio racional del juez sobre dicha percepción, que es consustancial a la misma, y que es lo que tradicionalmente se ha definido como valoración de la prueba” (p. 34). No se trata, pues, de meramente describir enunciativamente lo que dice, por ejemplo, un testigo: se debe realizar un juicio crítico del contenido de su declaración y argumentar qué parte de su declaración sirve para acreditar qué parte del relato fáctico (o, en todo caso, por qué no es fiable).

La prueba se valora de forma individual y luego conjunta[1], de tal forma que el resultado obtenido permite saber el nivel de confirmación de las hipótesis en conflicto (Ferrer, 2007, p. 45). Siguiendo a De Paula (2020) consideramos que la valoración de la prueba debe centrarse en lo que las pruebas en sí mismas pueden ofrecer, en lugar de que el juicio sobre estas dependa exclusivamente de cada persona involucrada (p. 565), para minimizar las subjetividades.

Por su parte, San Martín (2020) entiende que la valoración de la prueba siempre contiene un silogismo: a) Premisa menor: medio de prueba lícito actuado en juicio; b) Premisa mayor: reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia; y c) Conclusión: afirmación de la existencia o no de un hecho punible. Este ejercicio intelectivo impedirá el libre arbitrio del juzgador (pp. 78-79). Ello significaría que, por ejemplo, a un menor de 14 años que denuncia haber sido tocado indebidamente en sus genitales por su padre, no se le puede creer automáticamente sin más. El juez tendrá que brindar un argumento de la lógica, la ciencia (principalmente, de la psicología del desarrollo) o basado en máximas de la experiencia que permitan dotar de credibilidad y fiabilidad el hecho criminal comunicado por el niño o la niña.

Desde nuestra perspectiva, la valoración de la prueba no solo es una facultad que le corresponde al juez, sino que también pueden realizarla las demás partes procesales para definir su estrategia dentro del proceso penal y tomar las decisiones adecuadas, tanto en el juicio oral como en las etapas previas al mismo, por ejemplo, al momento de evaluar los elementos de convicción que podrían sustentar una prisión preventiva durante la etapa de investigación preparatoria. Del mismo parecer es Chaia (2020) quien desde la perspectiva procesal argentina argumenta que la prueba es valorada a lo largo del proceso penal por el fiscal, el juez y el abogado defensor, pero será en juicio oral donde se realizará la valoración final (p. 147).

[1] El destacado jurista español Ferrer Beltrán señala que existen 3 momentos de la actividad probatoria en el proceso judicial: a) La conformación del conjunto de elementos de pruebas; b) La valoración de las pruebas; y c) La adopción de la decisión sobre los hechos, es decir si se los declara probados o no de acuerdo con el estándar de prueba correspondiente (en el caso de la sentencia condenatoria, comúnmente se asocia con el estándar de más allá de toda duda razonable) (2016, pp. 151-157).

Finalmente, en el artículo 159 CPP se regula que el juez no podrá utilizar en su valoración ningún tipo de prueba obtenida con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de cualquier persona. Esto es muy importante para alcanzar resultados legítimos y justos tanto desde la perspectiva del imputado como de la víctima. No es necesario violentar los derechos fundamentales de un acusado para obtener pruebas que serán inutilizables en el proceso penal.

2.6.1. Sistemas de valoración de la prueba

El sistema de valoración probatoria se centra en las facultades otorgadas al juez para valorar la prueba producida en juicio oral (Varela, 2007, p. 150). Procederemos a exponer sucintamente cuáles fueron los sistemas jurídicos de valoración de la prueba que existieron.

El **sistema de prueba legal o tasada** manda que la prueba sea valorada previamente por el legislador; es decir, el ordenamiento jurídico establece de forma anticipada cuál es el valor que debe otorgar el juzgador a cada prueba en el caso concreto (Contreras, 2015, p. 125). A modo de ejemplo enunciativo, solo podía declararse probado un hurto con la declaración de 2 testigos hombres solteros o 4 mujeres religiosas casadas.

Varela (2007) afirma que “las legislaciones antiguas reconocen la existencia de diversos criterios de tarifa legal, basados en métodos bárbaros como las ordalías, los duelos, las pruebas del fuego, del agua hirviendo, etcétera” (p. 153). Este sistema tuvo su apogeo en la Edad Media, aunque puede rastrearse sus antecedentes a épocas más pretéritas, como en el Código de Hammurabi o en el Antiguo Testamento.

El sistema de prueba legal presenta como desventajas que: a) El juez mecánicamente evalúa las pruebas, ya que la conclusión se encuentra legalmente prestablecida; y b) Se declara como verdad algo formalmente aparente (Varela, 2007, p. 155). Sin embargo, debemos tener presente que las reglas de prueba legal no reflejan una política procesal ilógica o arbitraria, sino que su propósito es racionalizar la evaluación de las pruebas para así extirpar el arbitrio judicial (Contreras, 2015, p. 127).

Los criterios podrán ser acertados o no, pero al menos tratan de reflejar un ejercicio intelectual de justificación, como cuando al otorgar valor de plena prueba a la confesión del imputado, se parte de la creencia de que nadie declararía en contra de sus propios intereses (Contreras, 2015, p. 128); pero actualmente la realidad forense y los avances en la ciencia han demostrado que las personas podrían confesarse culpables con el objetivo de encubrir al verdadero responsable, por razones de amistad, amor, etc. Ergo, tal creencia resulta infundada para darle valor probatorio “pleno” a la confesión del imputado: se requiere prueba que corrobore dicha confesión.

Históricamente quedó desfasado este sistema: fue muy útil durante la vigencia del Derecho común, pero no se adapta a las condiciones sociojurídicas actuales (Contreras, 2015, p. 131). En términos rigurosos, sostenemos que no existe un proceso de valoración de la prueba en el sistema comentado: el magistrado no tiene la potestad de tomar resoluciones contrarias a lo establecido por el legislador.

El **sistema de prueba libre** surgió debido a que los juristas y pensadores de la Ilustración se resistieron de manera explícita a la aplicación de un método tasado de valoración probatoria, por lo que en el siglo XVIII se introdujo un nuevo enfoque en la comprensión de la relación entre el juez y la evidencia en el proceso. Los ilustrados franceses, como Voltaire, se manifestaron principalmente en contra de la normativa reguladora de la prueba testimonial, ya que consideraban inaceptable que los testigos solo fueran contados por el juez o que se otorgara de forma previa mayor valor al testimonio de individuos que formaban parte de determinados grupos (Contreras, 2015, p. 135).

Este sistema tuvo dos modalidades. La primera es conocida como el de la **íntima convicción**, caracterizado por la falta de cualquier regla que establezca previamente el valor que el juez debe asignar a las pruebas y la falta de necesidad de justificar las decisiones (Chaia, 2020, p. 154). Rige, por ejemplo, en los juicios por jurados de los Estados Unidos de América, en Inglaterra y Gales, en Canadá, etc. Es característico del sistema de la íntima convicción el énfasis dado en la fase de admisibilidad de la prueba, donde los profesionales del derecho deberán filtrar racionalmente la entrada de determinadas pruebas, para que los miembros del jurado solamente se dediquen a valorar las pruebas admitidas conforme con su íntima convicción.

La segunda modalidad se conoce como la **sana crítica o persuasión racional**. La denominación de la sana crítica tiene su origen en la Ley española de Enjuiciamiento Civil de 1855, que tendría como antecedente el Reglamento del Consejo Real (arts. 147 y 148) que mandaba que el Consejo apreciase la fuerza probatoria de las declaraciones conforme con las reglas de la sana crítica (Varela, 2007, pp. 157-158).

La valoración de la prueba versa sobre el resultado probatorio lícito actuado en juicio oral (aunque excepcionalmente se puede utilizar prueba anticipada o preconstituida), a la luz de las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia o de la sana crítica Gimeno (2015, p. 806). El juez, a través de criterios selectivos, forma su línea de argumentos razonables que plasmará en la sentencia (Chaia, 2020, pp. 165-166).

2.6.2. Sistema adoptado en el Código Procesal Penal de 2004

En virtud de lo desarrollado previamente es fácil concluir, trayendo a colación el artículo 158 CPP ya citado previamente, que **en el sistema procesal penal peruano rige la libre valoración de la prueba imbuido de la sana crítica racional**. Ello se refuerza con lo regulado en el artículo 393 inciso 2 CPP cuando se establece que, en juicio oral, el juez debe valorar primero individual y luego conjuntamente la prueba, utilizando las reglas de la sana crítica, especialmente los principios de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia.

Ahora bien, debemos destacar que es posible construir reglas jurisprudenciales sobre valoración de la prueba en el sistema adoptado por nuestro legislador procesal penal:

> "La libertad de apreciación de la prueba, sin embargo, no recusa la posibilidad de reglas jurisprudenciales, de carácter admonitivo, cuya finalidad es concretar el criterio jurisdiccional de racionalidad probatoria –a través de requisitos mínimos–, y hacer más claros y seguros los criterios racionales exigidos constitucional y legalmente (…), por lo que en aras de la seguridad jurídica y a los efectos de su ulterior control por otros jueces, es admisible construir jurisprudencialmente algunas reglas que son expresión de la buscada racionalidad y objetividad de la apreciación judicial. En ese afán de sistematización de las reglas, que están en la base del razonamiento inductivo, propio de la actividad judicial de valoración judicial de la prueba, la jurisprudencia suprema ha fijado lineamientos en materia de prueba indiciaria –plasmadas legalmente en el CPP–, declaraciones de coimputados y víctimas, y declaraciones de testigos de referencia, entre otros (Acuerdo Plenario n.º 2-2005/CJ-116)" (San Martín, 2020, p. 79).

Lo argumentado previamente es sumamente importante para esta tesis, porque serán materia de análisis el Acuerdo Plenario Nº 2-2005/CJ-116 y Acuerdo Plenario Nº 1-2011/CJ-116. El primero aborda criterios generales de valoración de la prueba testimonial o de la víctima única pero no está enfocado en delitos sexuales; mientras que el segundo desarrolla diversos puntos relevantes sobre la apreciación de la prueba en delitos sexuales. Un mayor análisis se hará posteriormente, basta con indicar por el momento que existen criterios jurisprudenciales de valoración probatoria aplicables en casos penales de naturaleza sexual.

3. Principios relevantes de la prueba penal

3.1. Principio de aportación de la prueba

De acuerdo con el principio de aportación de la prueba o aportación de parte, todas las partes procesales están facultadas a solicitar la admisión de las pruebas que sustentan sus respectivas pretensiones; sin embargo, ello no impide que el juez pueda, excepcionalmente, incorporar pruebas de oficio, en virtud de los artículos 155 inciso 3 y

385 CPP (Oré, 2016b, p. 342). En delitos sexuales, la principal prueba que aportará el Ministerio Público es la declaración de la víctima, pero no debe caerse en el error de creer que es suficiente esta para condenar al presunto abusador sexual. Otras pruebas deben aportarse que robustezcan la incriminación.

De Paula (2020) argumenta que cuanto más material probatorio de calidad se ingrese al proceso judicial, tanto más es posible que las hipótesis fácticas se corroboren, debido a que mayor esfuerzo se ha invertido en la recabación de elementos de juicio (p. 564). Por lo tanto, mientras más pruebas relevantes aporten las partes, es más probable que se considere probado un hecho que corresponda a la realidad acontecida.

3.2. Principio de libertad de la prueba

Conforme a este principio, las partes pueden solicitar cualquier medio probatorio necesario para probar los hechos sostenidos (Vargas, 2019, p. 101). En esta línea, será necesario que se cumplan los requisitos de pertinencia (vinculación con el objeto del proceso penal), utilidad (que sirva para probar el hecho delictivo o resistirse a la acusación), conducencia (legalmente idóneo para probar el hecho) y licitud (no deben usarse pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales).

Como puede apreciarse, este principio está en estrecha conexión con el sistema de libre valoración de la prueba que rige en el sistema procesal penal peruano.

3.3. Principio de comunidad de la prueba

Según este principio, ingresada la prueba en el proceso penal y actuada en juicio oral, despliega eficacia probatoria independientemente de la parte que la ha propuesto, beneficiándola o perjudicándola, ya que el juez usará el material probatorio sin tener en cuenta su origen (Chaia, 2020, pp. 107-108). Por ello, dependiendo de su estrategia, cada parte procesal decide qué prueba presenta o no.

La defensa del acusado no está en la obligación de presentar prueba que lo incrimine. Será el Ministerio Público quien, valiéndose de las medidas de búsqueda de pruebas que ofrece el CPP, deberá recabar lícitamente aquellas pruebas que sirvan para probar su hipótesis fáctica (y en base al principio de objetividad, deberá también revelar al acusado aquellas que, en cierto modo, lo exculpan). Si se está investigando un delito relacionado con la pornografía infantil, no se espera que el imputado presente su laptop donde contenga el objeto del delito; sin embargo, si por error presenta alguna información, por ejemplo, chats de WhatsApp que sirven para vincularlo espacio

temporalmente en la escena del crimen, esta prueba podrá ser utilizada para incriminarlo, debiendo soportar la negligencia de su falta de autoconservación frente al eventual castigo penal.

3.4. Principio de contradicción de la prueba

Una decisión solo será legítima siempre que, previo a decidir a favor o en contra de una posición, se haya permitido la activa participación, en plena igualdad, de los sujetos a quienes les afecta esta decisión (Chaia, 2020, p. 108). Este principio de contradicción tiene distinta intensidad dependiendo de la etapa procesal en la que se aplique, por ejemplo, en juicio oral se lleva al órgano de prueba para someterlo al contradictorio (Vargas, 2019, p. 99), mientras que en una audiencia de prisión preventiva se leerá la parte pertinente del acta que recoge la declaración testimonial relevante para tener por acreditados, por ejemplo, los fundados y graves elementos de convicción o el peligro de fuga.

Habrá determinadas situaciones en las que se limita la contradicción de la prueba, mas no desaparece, sustentadas en razones valederas y previa ponderación de los intereses en conflicto, por ejemplo, cuando un colaborador eficaz declara en juicio oral pero mediante disfraz o con distorsionador de voz que impide la plena identificación por parte del acusado; también cuando un menor declara en cámara Gesell vía prueba anticipada en investigación preparatoria, no siendo necesario que declare nuevamente en juicio oral, salvo determinadas excepciones establecidas en el Acuerdo Plenario Nº 1-2011/CJ-116, sobre apreciación de la prueba en delitos sexuales, por ejemplo: cuando la declaración haya sido incompleta o la víctima posteriormente se retracte por escrito.

3.5. Principio de inmediación de la actuación probatoria

El principio de inmediación exige que la prueba sea practicada directamente en presencial del órgano jurisdiccional en juicio oral, el cual valorará personalmente el material probatorio a efectos de tomar una decisión jurisdiccional (Vargas, 2019, p. 101). Ello tiene su correlación al momento de dictar sentencia, ya que el juez que pronuncia sentencia debe haber presenciado la actividad probatoria, salvo la excepción regulada en el artículo 359 inciso 2 CPP: si estamos frente a un órgano colegiado es factible reemplazar a alguno de sus miembros siempre que continúe interviniendo en el resto de las sesiones con los demás miembros del colegiado.

El objetivo de la inmediación es que el juez directamente reciba la información extraída de la prueba, y no a través de intermediarios que podrían tergiversar el mensaje de la

fuente originaria. No es objetivo de la inmediación constituirse en un método de valoración de la prueba; es decir, como una vía a través de la cual captar subjetividades que difícilmente pueden ser motivadas racionalmente en la sentencia, por ejemplo: si el testigo desvió la mirada es porque miente, si se puso nervioso es porque algo oculta, etc. La decisión debe ser racional y fundada en la prueba actuada, y no en la ciencia privada del juez, quien quizás por experiencia propia se haya topado en su vida con mentirosos que tienen estas características, pero ello no significa que deba utilizar tal criterio como método de valoración a través de la inmediación.

En el caso del testimonio de menores que habrían sido victimizados sexualmente, la declaración vertida en papel (acta de prueba anticipada) podría minimizar la tendencia a dejarse influenciar por la forma cómo declaró el niño en cámara Gesell o entrevista única, para centrarse únicamente en el testimonio verbal. No obstante, la solución no es tan sencilla, ya que habrá situaciones donde será necesario observar el video de la entrevista, sobre todo cuando la defensa técnica alega mala praxis por parte del psicólogo forense: sugestionabilidad verbal o no verbal sobre el menor; o cuando el contenido del acta no corresponde con el audio y video de la entrevista forense. La justificación de la sentencia ya sea absolutoria o condenatoria podría minimizar, o al menos ayudar a advertir, deficiencias en la valoración probatoria.

4. Excepciones a la prueba plenarial (actuada en juicio oral)

Como regla general, tienen la consideración de prueba solo aquellas practicadas en juicio oral, bajo la estricta apreciación inmediata del juez o tribunal sentenciador. Sin embargo, existen dos excepciones a la regla debido a que se practican con anterioridad al juicio oral, de tal forma que su valor probatorio deriva de su naturaleza irrepetible y urgente, ya que serán de difícil o imposible reproducción en *la fase estelar del proceso penal*.

Nos estamos refiriendo a la prueba preconstituida y a la prueba anticipada que, según la Corte Suprema, constituyen prueba documentada; a diferencia de los documentos en sentido estricto como las denuncias, informes, certificaciones, constataciones, etc. (Fundamento Jurídico 5º de la **Casación Nº 339-2019-Apurímac/Sala Penal Permanente [Ponente Coaguila Chávez]**, de fecha 04.12.2020).

4.1. Prueba preconstituida

La prueba preconstituida[2] no tiene definición legal en el CPP; no obstante, en este cuerpo adjetivo el artículo 325 presenta un esbozo de su contenido, cuando indica que tendrán carácter de prueba las actuaciones objetivas e irreproducibles siempre que sean leídas en juicio oral (San Martín, 2020, p. 840). Explica la procesalista española Armenta (2018) que la prueba preconstituida es el resultado de determinadas diligencias durante la etapa de investigación que son de imposible reproducción dada la naturaleza efímera de la fuente probatoria, y que no cuentan con todas las garantías de la actividad probatoria del juicio oral (p. 285). Por ejemplo, el acta de incautación de una detención en flagrancia *normalmente* es redactada *in situ*. Previo a su redacción se incauta el material potencialmente incriminatorio o peligroso que posee el intervenido, en ausencia del abogado defensor por razones lógicas. Posteriormente habrá mecanismos que el CPP ofrece al defensor para cuestionar la legalidad o el valor probatorio de esta acta.

De acuerdo con San Martín (2020), la prueba preconstituida se caracteriza por: a) Constituir actos de investigación objetivos, técnicos y difícilmente reproducibles mediante el testimonio (irrepetibilidad); b) El carácter de prueba del acto de investigación depende del cumplimiento del procedimiento legalmente establecido; c) No es atribuible al juez de garantías ni al fiscal; d) Se introduce en juicio oral de acuerdo con su naturaleza, siempre que se respete la garantía de contradicción. No es aceptable que se dé por reproducida, ya que requiere previa lectura, audición o visionado; e) En juicio oral, solo cabe ratificación formal, pudiendo citar a las personas que intervinieron en su producción a efectos de impugnar el procedimiento, por ejemplo (pp. 840-841).

La prueba preconstituida recolectada durante la investigación preparatoria es variada, por ejemplo, la prueba de alcoholemia, las actas de detención, de reconocimiento en rueda, de registro personal, de allanamiento, de incautación, etc. Dicha prueba preconstituida necesariamente tiene que ofrecerse durante la etapa intermedia para su actuación en juicio oral. Básicamente, será oralizada, conforme al artículo 383 numeral 1 literal e) del CPP. Las partes procesales podrán hacer comentarios o críticas puntuales respecto al valor probatorio de la prueba preconstituida oralizada, con el objetivo de que ello sea tenido en cuenta por el juez o tribunal juzgador (artículo 384 numeral 4 CPP).

Como se puede comprobar, si bien constituye una “excepción” a la regla de la prueba plenarial, la prueba preconstituida no escapa al tamiz del juicio oral. Sucede que conforme al artículo 393 numeral 1 CPP, el juez no podrá utilizar para deliberar la responsabilidad o inocencia del acusado ninguna prueba que no haya sido legítimamente incorporada al juicio oral.

[2] La única denominación como prueba preconstituida se encuentra en el artículo 425 inciso 2 CPP, respecto a su valoración independiente en apelación de sentencia.

4.2. Prueba anticipada

El instituto jurídico de la prueba anticipada está regulado en el Título IV de la Sección II (La Prueba) del Libro Segundo (La Actividad Procesal) del CPP, desde los artículos 242 hasta el 246. La prueba anticipada consiste en la práctica de un medio de prueba en la etapa de investigación preparatoria o en etapa intermedia (artículo 242, inciso 1 en concordancia con el artículo 350 inciso 1 literal c) CPP) debido a la fundada previsión de que no podrá realizarse en juicio oral.

La principal diferencia entre la prueba anticipada y la prueba preconstituida radica en que en la primera hay una urgencia sobrevenida mientras que en la segunda es inmediata. Por ejemplo, si no se llegara a incautar la droga producto de una intervención policial o a practicar la prueba de alcoholemia al momento de detener a un conductor en aparente estado de ebriedad, el paso del tiempo originará la desaparición de la fuente de prueba (*debe preconstituirse la fuente probatoria allí mismo*). Sin embargo, en la prueba anticipada la urgencia es sobrevenida, ya que en un inicio se previó la posibilidad de actuar la prueba en juicio oral, pero surgen razones atendibles que motivan a que de forma rápida se anticipe la actuación probatoria.

Otra diferencia, apuntada por San Martín (2020) radica en que en la prueba preconstituida su objeto es documental, mientras que en la prueba anticipada su objeto es testifical y pericial además de que interviene siempre el juez en virtud del principio de exclusividad jurisdiccional (p. 843). Añade el juez supremo que la ejecución de la prueba anticipada es inmediata; no obstante, su valoración es mediata, ya que se reserva para el juicio oral.

Partiendo de las ideas de Subijana (2018, pp. 379-380), consideramos que los requisitos de la prueba anticipada son los siguientes:

> **a) Material**: debe existir una causa legítima que imposibilite que la declaración de la fuente de prueba personal se realice en juicio oral (los casos están regulados en el artículo 242 numeral 1 literales a) hasta el e) CPP).
>
> **b) Subjetivo**: la necesaria intervención del juez de investigación preparatoria (artículo 245 CPP).
>
> **c) Objetivo**: el abogado del imputado debe ser necesariamente convocado, garantizándose la posibilidad de contradicción mediante la realización de las preguntas necesarias (en caso no asista, será reemplazado por un abogado de oficio, conforme al artículo 244 inciso 4 CPP en concordancia con el artículo 245 inciso 1 CPP).
>
> **d) Formal**: la introducción del contenido de la declaración al juicio oral se realizará a través de la lectura del acta que contiene la prueba anticipada (artículo 383,

numeral 1, literal a) CPP), pudiendo también visualizarse la parte pertinente del contenido del acta si es necesario (artículo 383, numeral 3 CPP).

En definitiva, para que sea válida la práctica de la prueba anticipada se requiere que está imbuida de los principios de oralidad, inmediación y contradicción, con necesaria presencia del abogado defensor que defienda la posición procesal del imputado. Solo así se logrará que la diligencia de prueba anticipada sea válida y legítima.

Ahora bien, mediante el Decreto Legislativo Nº 1307, publicado el 30.12.2016, se modificó el artículo 242 numeral 1 literal d) del CPP en el sentido de posibilitar la declaración en cámara Gesell vía prueba anticipada en caso de menores de edad (no han cumplido 18 años) víctimas de delitos sexuales y de trata de personas[3]. Aunque tradicionalmente existen supuestos marcados de indisponibilidad de la fuente de prueba, ya sea por fallecimiento, enfermedad, amenaza fundada u otro impedimento (conforme al numeral 1 del artículo 242 CPP), en el caso de delitos sexuales no suelen darse estos casos. En el ámbito español ha habido un viraje importante al respecto:

> "(…) la doctrina jurisprudencial más reciente, influenciada, sin duda alguna, por la lectura victimológica ofrecida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el denominado caso Pupino (un supuesto de malos tratos de una educadora a los niños que eran sus alumnos), ha declarado que la previsión de la imposibilidad de practicar una prueba testifical en el juicio oral, exigible para justificar la práctica anticipada de la prueba durante la instrucción, incluye los supuestos de menores víctimas de delitos sexuales. Y ello con el fin de evitar los riesgos de victimización secundaria, especialmente importantes en menores de muy corta edad, cuando sea previsible que dicha comparecencia pueda ocasionar daños psicológicos a los menores (por todas, SSTS 632/2012, de 14 de octubre y 965/2016 de 21 de diciembre [RJ 2016, 5766])" (Subijana, 2018, p. 380).

En sentido similar se pronunció la Corte Suprema en la **Casación Nº 21-2019-Arequipa/Sala Penal Permanente [Ponente San Martín Castro]**, de fecha 26.02.2020, al argumentar que:

> "(…) en el caso de niñas por violencia sexual, más aún si los actos de violencia ocurrieron en el ámbito familiar, 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, de la de acogida, es decir, de **su propia vulnerabilidad que afirma como imperativo la vigencia de los principios de**

[3] Otros supuestos de prueba anticipada se recogen en el artículo 19 de la Ley Nº 30364, "Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar", ya que se podrá acceder al beneficio de la prueba anticipada si la víctima es una mujer durante todo su ciclo vital, o un integrante del grupo familiar (artículo 7), siempre que hayan sido víctimas de violencia física, violencia psicológica, violencia sexual o violencia patrimonial (artículos 4 y 8).

> **interdicción de la re-victimización y del superior interés del niño**, que la ley presume iure et de iure (…)" (Fundamento Jurídico 6º, la negrita es nuestra).

En la citada **Casación Nº 21-2019-Arequipa**, la Corte Suprema está a favor de que la toma de declaración sea única para evitar la revictimización, siempre que se respeten una serie de requisitos:

> "En tal virtud, por imperativo legal, la regla es que solo se tome una declaración a la víctima. Su no repetición está condicionada, desde luego, a la corrección de su ejecución –a cargo de un experto y bajo protocolos consolidados que apunten tanto al debido esclarecimiento de los hechos cuanto al cuidado de la situación personal de la agraviada– y al respeto del principio de contradicción –presencia de la defensa técnica de las partes procesales e intervención en la formulación de preguntas, repreguntas y objeciones, si así fuere menester–. Cabe precisar que, sobre el particular, existe una Guía de Procedimiento de Entrevista Única de la Víctima, aprobada por la Fiscalía de la Nación" (Fundamento Jurídico 5º).

Lo expuesto permite evidenciar la coherencia de la reforma legislativa citada, ya que el fundamento de la irrepetibilidad y urgencia de la prueba anticipada en casos de violencia sexual contra menores deriva de la necesidad de evitar su revictimización. Por lo tanto, la disposición normativa acogida en el artículo 242 numeral 1 literal d) CPP, si bien no tiene verbos imperativos, ha de interpretarse en el sentido de que es *obligatorio* que cuando haya menores de edad víctimas de delitos sexuales y de trata de personas *necesariamente* deben tramitarse su declaración para las reglas de la prueba anticipada, en cámara Gesell (o entrevista única) y bajo la conducción de un psicólogo forense.

Bajo esta misma línea de razonamiento, precisamos que la actuación de prueba anticipada debe videograbarse cuando niños, niñas y adolescente sean víctimas de trata de personas o delitos contra la integridad sexual, conforme a la disposición normativa citada en el párrafo anterior, de tal forma que si una parte procesal considera necesario visualizar el video deberá ofrecerlo en etapa intermedia. Para nosotros, no es obligatorio ver todo el video en juicio oral: basta con que la parte interesada indique la porción temporal que considera debe ser percibida por el tribunal, con el objetivo de probar determinado aspecto relevante de su teoría del caso. Ello garantiza el derecho de defensa del acusado, y evita que reaparezca el niño, niña o adolescente en juicio oral. Verificamos, pues, un concreto ajuste razonable[4] para evitar la revictimización del menor de edad.

[4] Entendemos ajustes razonables en un sentido amplio y no limitado estrictamente a aquellas medidas de apoyo a personas con discapacidad.

4.2.1. La vulnerabilidad del menor de edad víctima de delitos sexuales como argumento para recabar su declaración bajo la técnica de prueba anticipada

Existe una intrínseca conexión entre vulnerabilidad, revictimización y delitos sexuales. Quienes son más vulnerables son más propensos a sufrir los estragos de la revictimización, la cual es más pronunciada cuando la víctima ha sufrido una vulneración de su integridad sexual. En las siguientes líneas justificaremos por qué es correcto que haya un tratamiento procedimental especialísimo (prueba anticipada) con los niños, niñas y adolescentes abusados sexualmente, sobre todo los que tienen menos de 14 años.

4.2.1.1. Aproximación al fenómeno de la vulnerabilidad

A finales del siglo XX, en la comunidad internacional, se desarrolló una sensibilización por aquellos que son susceptibles de sufrir algún daño, ya sean seres vivos o no. Estamos hablando de la vulnerabilidad, palabra que deriva del latín *vulnerabilis*: vulnus (herida) y abilis (que puede); asimismo se añade el sufijo "-dad" que significa cualidad (Villar, 2019, p. 193). Aunque primigeniamente estuvo ligado su concepto a la dimensión corpórea de la existencia (como se pone en evidencia con la antigua connotación religiosa de las heridas de Cristo que sufrió como humano), modernamente la noción de vulnerabilidad ha adquirido un sentido más abstracto, entendiéndose como una apertura humana al daño psicológico, al daño moral o a la amenaza espiritual (Turner, 2006, p. 28).

Todas las vulnerabilidades convergen en el ser humano como unidad psicosomática y espiritual. Por ello, resulta primordial que cuando ocurre una herida física, también se deba restaurar el daño psíquico y moral conexo. No resulta extraño que el tener baja autoestima influya en las defensas inmunológicas, acrecentándose la vulnerabilidad (Barraca, 2019, pp. 146-147). Este es un aspecto a trabajar en aquellas personas que han sido dañadas: lo físico sana, pero lo psicológico y moral quizás no. El apoyo constante es esencial para que el ser humano se recupere de forma íntegra.

Cada ser humano posee características únicas que distinguen su vulnerabilidad del resto de personas, las cuales son experimentadas desde dentro del sujeto. Esta peculiaridad permitiría hablar de una vulnerabilidad hacia nosotros mismos (Barraca, 2019, p. 146), como cuando una persona se autolesiona por no estimarse lo suficiente o por haber sido tan herido por el resto que uno *aprende* a no apreciarse lo suficiente.

También puede existir una necesidad de ser reconocida la identidad propia por parte de los demás, lo cual según Barraca (2019, pp. 147-149) permite hablar de una vulnerabilidad relacional, ya que el ser seres relacionales determina que seamos vulnerables recíprocamente pudiendo resultar heridos, pero ello no debería impedir que salgamos al encuentro del otro, a formar lazos de amistad y amor, sin que pesen determinantemente las heridas que las relaciones mutuas provocan.

Las personas que se consideran no agraciadas sufren mucho por el autoconcepto que tienen o el que el resto de personas se encargan de atribuirles mediante acoso o bullying, lo cual acrecienta la *vulnerabilidad relacional y hacia uno mismo*. Y así muchos ejemplos se podrían dar donde se verifica la actuación de ambos tipos de vulnerabilidad.

Cuando una persona sufre en carne propia un hecho lesivo se vuelve víctima, aunque no necesariamente en el sentido otorgado por el Derecho Penal: una persona puede haber sufrido una experiencia traumática sin que haya mediado un proceso de construcción criminalístico (Rodríguez y Batista, 2021, pp. 34-35). Por ejemplo, aquella persona que ha sufrido los estragos de un terremoto sigue siendo víctima, a pesar de que no se pueda imponer alguna sanción penal a la naturaleza.

En base a lo indicado previamente, no resulta ilógico entonces afirmar que las acciones concretas producidas por personas conscientes y pensantes afectan en mayor intensidad la vulnerabilidad y el sufrimiento padecido. Si alguien mata a nuestro perro dándole veneno o disparándole, sentiremos una cólera y tristeza que difícilmente puedan ser superadas con el mero transcurso del tiempo. El sello personal dado por otro ser humano, en la concreción del acto violento voluntario, es lo que permite diferenciar los daños derivados de las torpezas, la simple casualidad o los eventos de la naturaleza, de los daños realizados por otros seres humanos que intencionalmente quisieron hacernos sufrir.

Siguiendo a Rocha (2019), diremos que la sensibilidad humana capta el dolor de la injusticia, por eso existe toda una organización jurídica institucional que no solo aplica la ley, sino que también pone fin o atenúa el sentimiento de injusticia (p. 160). En esta lógica, el Poder Judicial brinda un tratamiento diferente a las conductas criminales para satisfacer el sentimiento de justicia de las personas involucradas. En cierto modo, son más “disculpables” los actos que configuran delitos imprudentes, lo cual se ve reflejado en el menor quantum punitivo establecido por cada tipo penal en el Código Penal peruano.

Como se ha podido demostrar, la vulnerabilidad está en función de uno mismo y en relación con los demás, con los sentimientos y emociones en clave de interrelación. Somos más vulnerables al daño intencional de otro ser humano que a las lesiones producidas por hechos casuales o de la naturaleza. Por ello, las personas al ser víctimas de delitos presentan una peculiar situación de vulnerabilidad.

4.2.1.2. Definición de vulnerabilidad

Después de este breve panorama sobre la vulnerabilidad, ahora brindaremos una serie de definiciones de diversos autores sobre lo que es, en concreto, la vulnerabilidad, para luego adoptar una posición propia sobre la vulnerabilidad con fines procesales.

Para Barraca (2019), la "vulnerabilidad comporta fragilidad. Pero, habitualmente, en el sentido preciso de que el daño advenido llega a nosotros desde fuera. Vulnerable es la realidad que resulta susceptible de verse dañada por otra" (p. 145). El autor explica que invulnerable será aquello que no puede sufrir daño externo, lo cual resulta ilógico en el caso del ser humano quien jamás será invulnerable frente a las amenazas y lesiones que provienen de actuaciones externas.

Subijana (2018, pp. 369-370)**,** siguiendo la posición defendida por Tamarit en 2013, está a favor de una concepción dinámica de la vulnerabilidad. Considera que debe superarse la limitación de lo vulnerable a lo personal vinculado con la edad o discapacidad, para extender la categoría de vulnerable a variables ancladas al contexto en que la víctima y el victimario interaccionan. De esta forma, propone que deben analizarse las circunstancias concurrentes que permitan inferir razonablemente la necesidad de una protección especial, caso por caso.

Para Subijana (2018, pp. 372-373) hay dos clases de vulnerabilidades: la existencial, respecto de menores de 16 años (que en España marca el límite de la aceptación del consentimiento al acto sexual), y la no existencial, relacionada con aquellas personas que no siendo ontológicamente vulnerables pueden llegar a ser especialmente vulnerables, siempre que el juez o tribunal así lo determine. Para esta tarea se valdrá de factores como la edad (distinta a la que caracteriza a la vulnerabilidad ontológica), la enfermedad y la discapacidad, manifestaciones de una vulnerabilidad personal, intrínseca al individuo. Otros factores son la situación, que genera la vulnerabilidad contextual, y la relación, que en su caso produce la vulnerabilidad relacional. Solo si el juzgador determina que el factor personal, contextual o relacional limitó significativamente la capacidad de la víctima para autoprotegerse, podrá considerarse que la víctima tiene condición de vulnerable.

Asquith y Bartkowiak-Théron (2021) aceptan la definición de vulnerabilidad propuesta por Bartkowiak-Théron y sus colegas en 2017, siendo esta:

> "la capacidad disminuida de un individuo o grupo para anticipar, enfrentar, resistir y recuperarse del impacto de circunstancias difíciles. El concepto es relativo y dinámico. La vulnerabilidad se asocia más frecuentemente con problemas de desventaja, pero también puede surgir cuando las personas están aisladas, inseguras y desprotegidas frente al riesgo, el crimen, atributos personales específicos (innatos, estructurales o adquiridos),

> shock o estrés. La vulnerabilidad puede ser temporal, permanente, incremental, progresiva o transitoria" (p. 13).

Varona (2020) considera que al hablar de vulnerabilidad "no se está indicando una condición inherente a la persona, sino que se pone de relieve que determinadas prácticas sociales, institucionales y profesionales sitúan a otras personas en condiciones de vulnerabilidad, provocándoles un daño evitable" (p. 21).

Villar (2019, p. 194) propone un concepto de vulnerabilidad diferenciado, aunque no completamente desligado del valor semántico de debilidad. Según la autora, la debilidad es una característica intrínseca que se relaciona con fragilidad, falta de fuerzas o ánimo; mientras que la vulnerabilidad implica una lesión, ya sea física o moral, con un origen externo. Además, conecta ambos conceptos indicando que las personas débiles son más proclives a recibir lesiones externas, o sea, a ser más vulnerables. De esta manera, vulnerabilidad no es equivalente a debilidad, lo que permite explicar que existen grupos vulnerables, que son más susceptibles a sufrir lesiones, sin que sean débiles. La autora profundiza en el concepto de debilidad indicando que es una cualidad, temporal o permanente, que el sujeto posee ya sea por razones físicas (discapacidad, enfermedad, etc.) o psicológicas (fobias, dependencias, etc.). En este punto ejemplifica su concepto tomando el caso de los niños, cuya debilidad por razón de su edad es transitoria hasta que llegan a la etapa adulta; para que luego, al volverse ancianos, la fragilidad reaparezca.

Rodríguez (2021) considera que, en el ámbito penal, "no existe un concepto homogéneo para determinar la vulnerabilidad de una persona o de un colectivo, sino que se ha de concretar según las circunstancias concurrentes, en este caso, con respecto a la comisión de un delito" (p. 43). La citada autora considera que "la víctima menor es vulnerable por el hecho de ser menor de edad, por concurrir en ella un factor endógeno, pudiendo tener la consideración de especialmente vulnerable según las circunstancias adicionales que concurran en ella" (2021, p. 43).

En base a las definiciones previas y teniendo en cuenta la naturaleza de esta investigación (*jurídico procesal penal*), debemos optar por un concepto de vulnerabilidad utilizable en este ámbito.

Aquellos que entran en contacto con el sistema de justicia penal, ya sea como imputados, testigos o víctimas, frecuentemente experimentan el sistema como lento, complicado y, en muchos aspectos, desconcertante. Esto se aplica aún más a los acusados y testigos que son vulnerables, ya sea que la vulnerabilidad sea reflejo de la juventud o la inmadurez, dificultades de comunicación, discapacidad de aprendizaje, necesidades de salud mental, discapacidad física, miedo o angustia relacionados con el caso penal, o cualquier combinación de estos u otros factores (Jacobson, 2017, pp.1-2). En la presente investigación nos enfocaremos principalmente en la vulnerabilidad de las víctimas de delitos.

Consideramos que la vulnerabilidad es intrínseca al ser humano y se manifiesta en la susceptibilidad de ser dañado y en la incapacidad de mitigar este daño. Distintos factores incrementarán o reducirán la vulnerabilidad, los cuales constituyen una lista abierta, pero a modo de ejemplo pueden ser biológicos, psicológicos, sociales, culturales, etc. El objetivo no es establecer un catálogo estático de situaciones que se reputa caracterizan a las personas vulnerables, porque puede ocurrir que existan personas que *fácticamente* sean vulnerables pero que al no tener reconocimiento expreso por parte de un determinado cuerpo de normas, entonces no se les reconocería como vulnerables, lo cual es ilógico por *infrainclusivo*.

Tampoco proponemos que se entienda la vulnerabilidad como *excesivamente suprainclusiva*, de tal forma que ante la mínima situación de daño externa que sufra una persona, debería reconocerse su vulnerabilidad como tal y, en cierto modo, recibir el tratamiento especial que se reserva para las personas vulnerables. Por ejemplo, no debería categorizarse como vulnerable una persona que meramente tenga una gripe en determinado caso, o que fue víctima de un hurto de un reloj con gran valor sentimental. Tampoco lo será una persona que sobreviva comiendo menús en el mercado, o que fue agredido a puñetazos después de una discusión derivada de un pleito por la titularidad de terrenos. Tampoco lo será una persona que fue despedida de su trabajo por mal rendimiento y no haya sopesado en tal decisión, por ejemplo, el tener rasgos de una comunidad nativa de la selva peruana.

Lo relevante será verificar en las peculiaridades del caso concreto, aunado a los factores de vulnerabilidad [*catálogo abierto*], si determinada persona tenía la capacidad de agenciarse de los recursos adecuados para mitigar o controlar el daño. En el contexto de este trabajo, el empleo de estos mecanismos de autodefensa (*no en el sentido tradicional de legítima defensa penal*) deberá analizarse de forma integral: a) Antes de que ocurriera el delito (tomar en cuenta su historia de vida); b) Durante la comisión del delito (verificar el aprovechamiento de su situación individual para la concreción delictiva); y c) Después de que se configurara el delito, especialmente los actos mucho más posteriores en el tiempo para evaluar su forma de afrontar la victimización sufrida (*y hacer una proyección de cómo actuará al entrar en contacto con el sistema de justicia penal*). Solo así se tendrá un enfoque global e individualizado de la vulnerabilidad de la víctima, pudiéndose evaluar satisfactoriamente si encaja en esta categoría. Por ejemplo, será vulnerable:

- El niño de 10 años que vive en una familia adinerada, pero que no cuenta con la atención preferente de sus padres, quienes lo dejan la mayor parte del tiempo en la iglesia de su comunidad, lugar donde un sacerdote en repetidas ocasiones lo abusa sexualmente.
- El hombre adulto que tiene problemas en la verbalización de palabras (lo cual le genera pocas posibilidades de conseguir empleo) y una personalidad ansiosa

que le impide reaccionar racionalmente frente a los problemas, que fue víctima de una estafa muy bien elaborada en internet, perdiendo el dinero que había ahorrado para sobrevivir durante un mes en la ciudad de Lima.

- No será vulnerable aquella mujer adulta de 45 años con empleo solvente que fue víctima de un robo a mano armada, situación en la que perdió 4000 soles que había retirado del banco previamente y que le generó rabia y tristeza, pero se recuperó emocionalmente ya que ese dinero forma solo una pequeña parte de su capital total disponible. En cambio, sí será vulnerable aquella mujer embarazada que es víctima de un secuestro, siendo la incapacidad para ejercer autodefensa manifiesta cuando está gestando, respecto de sí misma y en relación con su feto.

Indudablemente, la pregunta crítica es si la identificada necesidad o dificultad es de tal grado de relevancia que afectará lo suficientemente al testigo o víctima como para considerarlo vulnerable, lo que repercutirá en su modo de participar en el proceso penal y rendir su testimonio, ya sea en investigación preparatoria o en juicio oral. Será el representante del Ministerio Público quien deberá justificar si la persona calza en la categoría de "vulnerable", a efectos de diseñar su estrategia de investigación y el eventual requerimiento acusatorio; mientras que en juicio oral deberá el juez u órgano colegiado decidir si es aceptable considerar a determinada persona vulnerable, a efectos de acondicionar el tribunal para que rinda su testimonio y también para, eventualmente, en la sentencia condenatoria agravar la conducta básica, lo cual repercute en la imposición del quantum de la condena.

Fuera del campo estrictamente penal, sobre todo en el plano asistencial, los criterios para considerar a una persona vulnerable deberían estar fundamentados pero, en cierto modo, ser un poco más laxos. A modo de ejemplo, no se requiere una sentencia condenatoria para recibir todos los beneficios asistenciales y sociales brindados a una víctima de violencia de género conforme a la Ley Nº 30364[5]; sin embargo, consideramos que debería capacitarse a los operadores jurídicos y fomentar la coordinación interdisciplinaria[6] para evitar resultados contradictorios y lograr decisiones legítimas.

[5] "Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar", publicada en el diario El Peruano el 23.11.2015, que ha sido objeto de actualizaciones conforme manda la realidad social en nuestro país.

[6] Especialmente en los casos delitos sexuales en agravio de menores de edad, se requiere la intervención del equipo multidisciplinario para abordarlos de forma efectiva. Ante la ausencia de aproximación multidisciplinaria, no solo los profesionales involucrados experimentan frustración en la prestación de atención, sino que, lo que es más importante, familias y niños no están recibiendo servicios esenciales de manera oportuna y coordinada. La evidencia puede perderse y las investigaciones pueden ser obstaculizadas sin la participación completa de los miembros de un equipo multidisciplinario (MacLeod, 2016, p. 42).

4.2.1.3. El menor de edad como sujeto vulnerable en el ámbito penal sexual

4.2.1.3.1. El menor de edad es vulnerable

Los menores de edad son un grupo vulnerable frente a la comisión de delitos y tienen una capacidad de obrar parcial que condiciona el modo de ejercer los derechos que les corresponden a los adultos. Con el objetivo de brindar una protección reforzada, tanto la normativa nacional como internacional adaptan los diversos instrumentos jurídicos a sus necesidades (Navarro, 2021, p. 115). Precisa esta idea Figueruelo (2019) al considerar que el menor "es titular de sus derechos y tiene una capacidad progresiva para su ejercicio (…) en función de su grado de madurez" (p. 80), lo que se traduce en la adecuación de los procedimientos a sus necesidades concretas.

De similar idea es Bujosa (2019) quien considera que la intrínseca situación del menor como persona "que no ha adquirido la suficiente madurez de la edad adulta la convierte automáticamente en sujeto vulnerable que precisa de cuidados añadidos, tanto desde la perspectiva (…) extraprocesal, como dentro del proceso mismo" (p. 28). Si tomamos en cuenta la relación víctima/victimario, advertimos que los menores tienen menor capacidad de respuesta ante los ataques a su integridad (Germán, 2018, p. 326). Los niños "aún tienen casi toda su vida por delante; por consiguiente, hacerles daño y traumatizarlos tiene efectos duraderos sobre ellos y efectos profundamente perturbadores en muchas personas, incluyendo a los padres y cónyuges potenciales" (Etzioni, 2000/2012, pp. 106-107).

No solo es la edad lo que tiene incidencia en su situación de vulnerabilidad, sino también otras circunstancias como el ser discapacitado, ser inmigrante y no hablar el idioma fácil del país de acogida, vivir en un contexto de violencia doméstica, etc. Estas circunstancias pueden ser utilizadas como vías de discriminación que afectan especialmente a los colectivos vulnerables (donde están incluidos los menores por su edad), siendo plausible que "la interacción simultánea de dos o más factores de exclusión provo[que] una específica forma de discriminación que rebasa a la que cabe esperar para cada uno de ellos por separado" (Reifarth, 2019, p. 139).

Cuando un menor de edad forma parte de un proceso penal, puede ocupar tres posiciones: a) Como imputado de la comisión de un delito (para lo cual se debe analizar el Código de Responsabilidad Penal del Adolescente); b) Como víctima de algún hecho punible conforme con el CP; c) Como testigo de algún delito. Independientemente de la posición procesal que ocupen, los menores de edad merecen un trato especial por su situación de vulnerabilidad.

4.2.1.3.2. El menor de 14 años es existencialmente vulnerable

Mayor sensibilidad hay que tener con los menores que son víctimas de abuso sexual infantil (en adelante, ASI). En este trabajo, el **ASI** es definido como cualquier conducta o acto penalmente relevante que atente contra la integridad sexual de un menor de 18 años, ya sea desde palabras ofensivas en el plano sexual, pasando por meros tocamientos en sus partes íntimas (que incluyen especialmente los genitales) o zonas conexas con potencial erógeno, conversaciones obscenas, sugerencias e insinuaciones, exhibicionismo, hasta el más execrable acto de violación sexual. Por lo tanto, quien se involucra en cualquier actividad sexual con un menor de 18 años será responsable de un delito sexual y recibirá la etiqueta de abusador sexual infantil.

Dicho esto, en las presentes líneas nos interesa el menor de 14 años en su situación de víctima de delitos sexuales, a quien lo catalogamos como existencialmente vulnerable. Consideramos que el punto de partida del presente análisis "es la vulnerabilidad endógena o per se de la víctima menor de edad (…) con la concurrencia de circunstancias adicionales (por ejemplo, la corta edad de la víctima o el grado de madurez y desarrollo psíquico)" (Rodríguez, 2021, p. 21). Puede afirmarse, siguiendo a Varona (2020), que el menor de edad tiene "más probabilidades de sufrir determinados delitos, y/o que su impacto sea mayor y/o que les deje en una situación de mayor precariedad" (p. 64).

Los menores de 14 años, por decisión legal en Perú[7], no pueden participar en actividades sexuales (desde simples tocamientos hasta el coito) con otras personas mayores de 14 años, ni mucho menos adultos. Aunque reconocemos que existen menores de 12 o 13 años, que han tenido un desarrollo sexual precoz y que sería estigmatizante declararlos *incompetentes* por razón de su edad en este ámbito; caen

[7] Inspirándonos en el análisis realizado por Tapia (2020, pp. 145-150), hemos verificado que existen incongruencias en el tratamiento normativo del menor de edad en nuestro país. Para nuestra Constitución, según el artículo 30, solo son ciudadanos peruanos los mayores de 18 años. Para el Código Civil, los mayores de 18 años tienen plena capacidad de ejercicio, incluidas las personas con discapacidad (artículo 42); pero excepcionalmente si tiene más de 16 años cesa la incapacidad por matrimonio o al obtener título oficial que les permita trabajar, además para los mayores de 14 años cesa la incapacidad cuando nace su hijo para realizar determinadas gestiones enumeradas en el artículo 46 (se infiere que si tiene menos de 14 años entonces es incapaz total para el ejercicio de sus derechos; sin embargo, se le reconoce cierta capacidad de maniobra en los ejercicios rutinarios de su vida, como ir a comprar dulces a la tienda, por ejemplo). Luego, en el Código de los Niños y Adolescentes, el artículo I del Título Preliminar reconoce que el niño lo es hasta la edad de 12 años, mientras que adolescente lo será desde los 12 hasta cumplir los 18 años. El menor de 14 años recibirá medidas de protección al cometer una infracción penal, como el cuidado en el propio hogar; mientras que el mayor de 14 años recibirá medidas de protección, como una amonestación o internamiento en centro juvenil. Luego, en el Código Penal, el menor de 18 años es inimputable (artículo 20 inciso 2) y solo pueden disponer libremente de su sexualidad a partir de los 14 años. Por decisión legislativa, se ha delimitado en 14 años el inicio del ejercicio de su libertad sexual a plenitud, por lo que este es el baremo que hemos tomado en la presente tesis para delimitar la vulnerabilidad existencial, dejando de lado la edad de 16 años o que se considera niño cuando tiene máximo 12 años. No obstante, reconocemos que hay cierta compatibilidad con el ordenamiento civil, ya que los menores de 14 años no tendrían capacidad de ejercicio plena de sus derechos.

por necesaria decisión legislativa –de carácter general– dentro del espectro de casos "*injustos*" porque no se corresponden con la realidad.

No obstante, esta protección reforzada se encuentra justificada por la vulnerabilidad endógena del menor, porque no se pueden tomar decisiones que contenten a todos los ciudadanos y porque el umbral de 14 años para el inicio efectivo del acto sexual en reciprocidad en el ámbito peruano no es desatinado. De hecho, según la Encuesta Demográfica y de Salud Familiar, realizada en 2022, los adolescentes limeños inician su vida sexual entre los 16 y 19 años, mientras que en las regiones de la Selva ocurre a los 12 años aproximadamente, situación que permanece constante durante los últimos 20 años (El Peruano, 2023). *¿Acaso deberían crearse edades diferenciadas en correspondencia con el lugar de donde provienen los menores?* Consideramos que sería equivocado esta opción, porque podría tener un efecto catastrófico como fomentar el turismo sexual en las zonas donde el límite legal es mucho menor. El umbral de 14 años, salvo variaciones sociodemográficas que cambien la realidad de forma palmaria, debe permanecer invariable.

¿Cuándo un niño es existencialmente vulnerable? El baremo que utilizaremos en este trabajo, que es producto de la ciencia, la realidad social y en cierto modo de nuestro decisionismo[8], es la edad para el consentimiento sexual en Perú: 14 años. **Serán los menores de 14 años quienes deberán ser considerados existencialmente vulnerables**[9] y a quienes hay que ofrecerles una protección sumamente reforzada en caso sean víctimas que ingresen al sistema de justicia, sobre todo si han sufrido delitos sexuales. Justificaremos nuestra postura desde diversas perspectivas.

4.2.1.3.2.1. Razones cognoscitivas

Desde el aspecto cognoscitivo, sobre todo con los niños de corta edad, aún no cuentan con la capacidad cognitiva suficiente para interpretar los actos sexuales y darles

[8] La regla 4 de las "100 Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad" estipula que "*la concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico*". Nosotros no somos el Estado, pero la realidad peruana apunta a 14 años como la edad para el consentimiento sexual, edad que nosotros asumimos en nuestro análisis.

[9] Para Subijana (2018, pp. 372-373) hay dos clases de vulnerabilidades: la existencial, respecto de menores de 16 años (que en España marca el límite de la aceptación del consentimiento al acto sexual), y la no existencial, relacionada con aquellas personas que no siendo ontológicamente vulnerables pueden llegar a ser especialmente vulnerables, siempre que el juez o tribunal así lo determine. Para esta tarea se valdrá de factores como la edad (distinta a la que caracteriza a la vulnerabilidad ontológica), la enfermedad y la discapacidad, manifestaciones de una vulnerabilidad personal, intrínseca al individuo. Otros factores son la situación, que genera la vulnerabilidad contextual, y la relación, que en su caso produce la vulnerabilidad relacional. Solo si el juzgador determina que el factor personal, contextual o relacional limitó significativamente la capacidad de la víctima para autoprotegerse, podrá considerarse que la víctima tiene condición de vulnerable.

un significado conforme a los estándares de lo lícito o ilícito que rigen en el mundo adulto. Por ejemplo, un niño de 3 años no dimensionaría adecuadamente el acto de que su tío le pida succionar su pene, y no lo vería *extraño* (mejor dicho, delictivo). No obstante, también puede haber otras ocasiones donde al producirse tocamientos en sus propios genitales el menor puede sentir incomodidad, molestia o tristeza. El deficiente o nulo uso del idioma oficial, al provenir el menor de comunidades nativas peruanas, aunado a su escasa habilidad para aprender rápidamente el idioma español, también es una manifestación de su vulnerabilidad cognoscitiva.

Las víctimas no son "ideales": los niños pueden reaccionar de forma distinta al ASI (inclusive no presentar ningún tipo de afectación psicológica derivada del abuso). En este punto citamos a Krueger (2016), quien indica que es un error pensar que un niño responderá pidiendo ayuda o incluso expresando una objeción cuando ocurre el abuso sexual, incluso si la ayuda está cerca, como en la habitación contigua (p. 58). Sin embargo, conforme crece el menor adquiere más conocimientos sexuales, lo cual podría en cierto modo ayudarle a tomar mejores decisiones destinadas a la autoprotección de su integridad sexual.

4.2.1.3.2.2. Razones que involucran la diversidad

Desde el aspecto de la diversidad, el menor que tiene alguna discapacidad, sobre todo las discapacidades muy graves o permanentes, puede estar en el punto de mira de los abusadores sexuales infantiles dada la poca resistencia que podrían ofrecer y las dificultades para reconocer el abuso sufrido (sobre todo cuando reciben higiene de sus cuidadores), comunicarlo (más aún si reciben amenazas hacia sí mismos o a sus seres queridos) o inclusive podrían no tener suficiente credibilidad por su condición.

Por ejemplo, si a un niño se le ha diagnosticado autismo severo, este caracterizará al menor como una persona con déficits serios de comunicación (oral o no), así como poca capacidad para la comprensión de emociones. El juzgador podría calificarlo de "frío" o mentiroso. Fatal ejercicio de valoración de la prueba.

4.2.1.3.2.3. Razones de índole emocional

Desde el aspecto emocional, el menor aún se está desarrollando y se muestra muy dependiente respecto de sus cuidadores, es más voluble frente a la vergüenza, la intimidación, la amenaza de un mal cierto o incierto, lo cual podría ser explotado por el abusador sexual infantil para imponer *las ataduras del silencio*, ya sea explícita o

implícitamente, lo cual facilitará el abuso y la creación de un ambiente de impunidad, a tal punto que los menores son más vulnerables a la repetición del hecho delictivo.

A pesar del abuso sufrido, las víctimas de ASI incestuoso aún anhelan el amor y el apoyo de sus padres. Debido a este conflicto entre el abuso y las necesidades del niño, este desarrolla un aislamiento del conocimiento respecto de los eventos abusivos, que resulta en el olvido completo o parcial del abuso, como recordar la infancia como más positiva de lo que realmente fue (Belli, 2016, p. 258), lo cual contribuye a que el menor nunca termine por revelar el abuso padecido.

Además, podría suceder que el menor sienta culpa al pensar que ha "cooperado" con su victimización sexual (recordemos que no pueden consentir válidamente al acto sexual). Mayormente esto ocurre cuando el menor adquiere más conocimientos sexuales conforme crece, de tal forma que *ahora* el menor sabe que fue ASI, pero *antes* recuerda que inclusive sintió que le "gustó", por ejemplo, que le acariciaran los genitales, lo cual genera en el menor sentimientos conflictuados que podrían hacerle pensar que se merece lo que sufrió, y que nadie le creería si revela el abuso.

El menor tendrá dificultades para acceder a la justicia penal y no podrá, *inmediatamente*, recibir protección procesal y asistencial debido a que le resulta difícil denunciar[10] "por temor hacia el responsable penal, por vergüenza o por no ser consciente de que pued[e] estar siendo sujeto pasivo de un delito" (Rodríguez, 2021, p. 64). Sería ideal que los niños acudan a sus padres o a algún adulto de confianza para que puedan contarles la comisión de un hecho abusivo en su contra; sin embargo, cuando el abuso es intrafamiliar y les cuesta recibir apoyo, sería factible que se realicen campañas de concientización para que sepan que pueden denunciar a través de la Línea 100 que funciona todos días durante las 24 horas (se marca el número "100" desde un teléfono fijo o celular) o llamando de forma gratuita a la Línea 1810 (también debe marcarse el número "1810" desde cualquier teléfono fijo o celular).

4.2.1.3.2.4. Razones enfocadas en lo relacional del ser humano

Desde la perspectiva relacional, la vulnerabilidad de los menores se evidencia en la necesidad que tienen de vincularse afectivamente con el mundo y, en especial, con sus familiares. Ello se manifiesta de una forma única con la madre, de quien obtienen los nutrientes para sobrevivir, así como la seguridad necesaria para poder explorar el

[10] Y no nos referimos a que está imposibilitado de denunciar el menor de 14 años si no cuenta con algún adulto que lo apoye en el trámite, ya que conforme al artículo 15 de la Ley Nº 30364, "Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar", vigente desde el 24.11.2015, cualquier persona (incluido los niños, niñas y adolescentes) puede denunciar cualquier acto de violencia (en el presento caso, violencia sexual) en su agravio o en perjuicio de otras personas, sin que medie presencia de un adulto.

mundo. Si se equivocan o se lesionan, saben que estará allí su madre para calmarlos y darles resguardo. Se evidencia, pues, la necesidad de recibir afecto durante edades tempranas para poder desarrollarse socioafectivamente de una forma adecuada.

Necesitan los menores aprender a confiar en el resto, pero también necesitan desarrollar la habilidad para defenderse de los peligros. Una gran amenaza con resultados devastadores la constituye el ASI que es perpetrado en el ámbito familiar del niño por padres, padrastros, tíos, abuelos, primos, hermanos, etc. Cuando el menor es abusado por un miembro de su familia, Etzioni (2000/2012) argumenta que no es que el abusador tenga una preferencia especial por sus familiares sino más bien la predilección deriva de la facilidad con la que pueden ser presas de sus deseos sexuales (p. 99).

Hay matices que diferencian el abuso sexual entre hermanos[11] del abuso entre niños sin vínculos familiares: a) Es más frecuente que sea prolongado; b) A veces el abuso solo se detiene cuando uno de los hermanos abandona el hogar; c) Se despliegan actos sexuales que podrían ser muy intrusivos y severos; d) Experiencia de polivictimización: además de abuso sexual, también el hermano puede sufrir abuso emocional, abuso físico, abuso psicológico, etc. (King-Hill et al., 2023, p. 14).

Como se puede comprobar, en el contexto del abuso intrafamiliar entran en pugna dos sentimientos conflictuados: por un lado, el afecto que tiene el niño por esa persona y, por otro lado, el dolor y la tristeza que le embargan por haber experimentado un acto que, aunque probablemente aún no pueda etiquetar de abuso, siente que no le gusta, que le hace daño. Reiteramos, el menor es vulnerable por su necesidad de establecer vínculos afectivos con el mundo que le rodea, y es esta inadecuada interpretación de lo que es querer a alguien lo que puede *motivarle* a callar el abuso o a pensar que no ha sido víctima de ningún delito; hasta que conforme va madurando, va experimentando y va viviendo, entiende recién que aquella conducta que realizó su familiar no era permisible en el contexto en que ocurrió.

4.2.1.3.2.5. Razones derivadas de lo autoritativo

Desde el aspecto autoritativo, a los niños se les enseña a respetar a los adultos y a obedecerlos, más aún cuando son familiares o amigos de la familia. Los niños ven en los adultos una fuente de autoridad de la que difícilmente pueden escapar, lo cual puede

[11] Resulta pertinente la investigación de Tener y Silbesterin, quienes en 2019 argumentaron que existe una 'zona gris' que involucra patrones de comportamiento sexual entre hermanos donde no hay una clara 'víctima', y en determinadas circunstancias tal zona gris podría manifestarse debido a disfunciones en la familia, condiciones bajo las cuales el comportamiento sexualizado entre hermanos podría ser usado para obtener afecto y confort, en lugar de gratificación sexual (King-Hill et al., 2023, p. 19). Las zonas grises podrían ser utilizadas por el abusador para manipular a la víctima, quien solo después de tiempo y conforme gana más experiencia en el ámbito sexual podrá reconocerse como víctima en retrospectiva.

ser aprovechado por el abusador sexual infantil para facilitar la comisión del delito. Personas con poder de autoridad sobre el menor son: entrenadores de deportes, maestros escolares, maestros de música, personal médico, etc.

En familias religiosas, a los niños se les inculca el deber de obediencia y respeto a las autoridades religiosas como representantes de Dios. Encontramos, entonces, una manifestación de la dinámica del poder (que por su naturaleza es relacional: *alguien tiene poder sobre alguien*) al que también están subordinados los menores: el poder institucional. El problema es que en este flujo pueden interferir adultos que quieren hacer daño a los menores, para satisfacerse sexualmente o por otras razones que de igual forman dañan la integridad sexual del niño o niña.

El sacerdote tiene gran poder como "representante de la moralidad cristiana, al que normalmente la propia familia de la víctima le entrega un respeto y confianza ciegos" (Ullman, 2002, como se citó en Pereda et al., 2021, p. 58). A los creyentes se les enseña y motiva a confiar en los sacerdotes, lo cual genera que los padres de los niños faciliten el acceso de aquellos con los menores, sobre todo en las instalaciones de la iglesia o en eventos o excursiones (Rush et al., 2022, p. 54). Debido a esta confianza, los sacerdotes (*aunque no solo ellos como representantes de la Iglesia*) pueden abusar sexualmente de menores y pasar desapercibidos con mayor facilidad.

Según Compte (2021), el que comete abusos sexuales en entornos eclesiásticos utiliza la desvinculación moral y la neutralización de su propia culpa. Todo ello aumenta la paradoja que siente la víctima al observar que tal autoridad religiosa no representa lo que normalmente predica y enseña. El resultado final de esta contradicción es una víctima que se autoinculpa, reforzándose el silencio (p. 183). La explicación, desde la perspectiva de la víctima, es "simple": *el sacerdote no puede haber hecho eso, entonces la culpa realmente es mía*.

También debe prestarse especial interés a los desafíos espirituales que conlleva el abuso sexual en la Iglesia Católica: "el uso de símbolos religiosos, objetos o imágenes, o las propias creencias de la víctima para cometer los abusos sexuales es una característica específica de esta forma de victimización, que puede conducir al denominado daño espiritual" (Isely et al. 2008, como se citó en Pereda et al., 2021, p. 58). Entonces, para tratar holísticamente a los niños victimizados sexualmente, debe repararse no solo los daños físico y psicológico, sino también el daño espiritual. El objetivo sería demostrar que han fallado los hombres terrenales, mas no propiamente Dios (la fe en él debería conservarse para no perjudicar la espiritualidad del menor).

Es evidente, pues, la gran vulnerabilidad de los menores frente a los abusos sexuales cometidos en instituciones religiosas y, particularmente, en la Iglesia Católica. Ello resulta relevante para la realidad nacional, ya que en Perú la religión predominante es la católica. Lamentablemente, no existe hasta el momento una gran investigación

empírica que evidencie la influencia de esta plaga en nuestro país, al mismo nivel que ocurrió en Estados Unidos.

Increíblemente, recién en el nuevo milenio, el primer estudio importante fue el titulado "The Nature and Scope of Sexual Abuse of Minors by Catholice Priests and Deacons in the United States, 1950-2002", publicado en 2004. Fue encargado por la Conferencia de obispos católicos de los Estados Unidos al "John Jay College of Criminal Justice", una de las principales facultades de la Universidad de la Ciudad de Nueva York. Posteriormente, se extendió la amplitud de este informe mediante la presentación del trabajo titulado "The Causes and Context of Sexual Abuse of Minors by Catholic Priests in the United States, 1950-2010", publicado en 2011. El primer informe reveló que se habían producido acusaciones de ASI durante el periodo estudiado contra 4392 sacerdotes y diáconos; es decir, el 4% de los religiosos activos (Balcells y Tamarit, 2021, pp. 74-75).

4.2.1.3.2.6. Razones de naturaleza criminológica

Desde una perspectiva criminológica, es una constante global el perfil de la víctima de abusos sexuales: mayormente es mujer; mientras que el perfil del agresor en la mayor cantidad de casos es hombre, independientemente de la edad de la víctima y del agresor (Rodríguez, 2021, p. 40).

Puede afirmarse, de forma sencilla, que dos grupos de factores[12] incrementan la posibilidad de que ocurra un caso de ASI: a) *Factores de oportunidad*, respecto al momento y lugar que posibilitan la comisión del delito con mayor facilidad, por ejemplo, sin presencia de adultos protectores y en un lugar aislado; b) *Factores de vulnerabilidad*, los cuales "tienen una estrecha relación con la percepción que tienen los demás sobre las víctimas, y la expresión no verbal de estas mediante el lenguaje corporal y la apariencia" (Pujol y Salomoni, 2021, p. 377). Son ejemplos de estos: la apariencia, la vestimenta, la expresión facial, cómo se camina y la postura corporal[13] (Pujol y Salomoni, 2021, p. 380).

[12] También podrían hablarse de factores de protección y factores de riesgo. Los primeros, según Payá y Delgado (2021), son eventos de naturaleza bio-psico-socio-cultural, cuya función principal es la de contrarrestar y permitir superar los factores de riesgo" (2021, p. 80), de tal forma que a través de estos se busca contribuir de alguna forma a solucionar el problema. Podemos enumerar como factores de protección: la presencia de adultos cuidadores, un alto nivel educativo, solvencia económica, buen nivel de autoestima, lazos firmes con la comunidad, etc. Por otro lado, Rodríguez y Batista (2021) respecto de los factores de riesgo afirman que "la exposición a determinadas circunstancias contribuye, según algunos resultados a incrementar la posibilidad de la persona [de] ser victimizad[a]" (p. 36). Por ejemplo, usar drogas y alcohol, vivir en una casa donde hay violencia doméstica, ausencia de adultos protectores, etc.

[13] Vale aclarar que no existe un lenguaje corporal universal que evidencie vulnerabilidad (Pujol y Salomoni, 2021, p. 384). Un menor con ropas sucias o maltrechas (posiblemente descuidado por sus padres), con rasgos de personalidad tímida y que camina encorvado mirando al suelo, desde la percepción del agresor

Desde una perspectiva criminológica empírica, citamos los datos más resaltantes del relevamiento de información financiado por UNICEF y ejecutado en la Corte del Callao, que realizaron el juez y profesor Víctor Jimmy Arbulú Martínez junto a sus colegas, al analizar más de 2000 casos judicializados de abuso sexual contra menores (*según su perspectiva, los datos no han cambiado y hasta se han agravado*):

Acercamiento criminológico al ASI en la Corte del Callao (2009)	
Clases de delitos	Actos contra el pudor (223), seducción de menor (12), proxenetismo y publicaciones obscenas (3), violación sexual (284)
Lugar del ataque sexual	Vía pública (41), casa del agresor (135), casa de la víctima (153), otros lugares (104)
Género de la víctima	Masculino (35) y femenino (554)
Inscripción de nacimiento de las víctimas	Presentaron (194) y no presentaron (337)
Edad de las víctimas	De 1 a 5 años (31), de 6 a 10 años (98), de 11 a 13 años (97) y de 14 a más años (245)
Domicilio de la víctima	Lima y otras provincias (69), Ventanilla (119), La Punta (3), La Perla (10), Carmen de la Legua y Reynoso (28), Callao (274) y Bellavista (33)
Ocupación de las víctimas	Ninguna (52), trabaja (17) y estudia (400)
Grado o instrucción de la víctima	Ningún grado (46), primaria (204) y secundaria (279)
Trastorno o discapacidad de la víctima	Presenta (5) y no presenta (569)
Relación de la víctima con el agresor	Vínculo sentimental (91), vínculo familiar (167), otro tipo de relación (21) y ningún vínculo o relación (282)
Género del agresor	Femenino (8[14]) y masculino (497)
Estado civil del agresor	Divorciado (1), conviviente (44), soltero (383) y casado (67)
Residencia del agresor	Bellavista (35), Callao (130), Carmen de la Legua (31), La Perla (18), La Punta (2), Ventanilla (94), fuera del Callao (56)
Lugar de nacimiento del agresor	La Perla (10), Callao (128), Bellavista (54), Carmen de la Legua (13), Ventanilla (49), Lima (105), interior del país (140)

sexual, puede resultar un objetivo asequible, sobre todo por la posible mayor facilidad de manipulación y la ausencia de adultos protectores que acudan en su auxilio.

[14] Las mujeres ejercieron el rol de facilitadores o cómplices en la totalidad de los casos, además los autores directos fueron hombres (Arbulú, 2019, p. 152).

Ocupación del agresor	Estudia (11), trabaja (235) y ninguna (13)
Agresor por grupos de edades	De 18 a 30 años (220), de 31 a 45 años (163), de 46 a 60 años (56), de 61 a más años (25)
(Arbulú, 2019, pp. 143-156)	

4.2.1.4. Tratamiento procedimental especial para niños menores de 14 años victimizados sexualmente

En base a lo explicado, se demuestra que los menores de 18 años victimizados sexualmente tienen el derecho de brindar su testimonio de una forma adecuada a su vulnerabilidad etaria, conforme con las reglas de la prueba anticipada (así está normado en el CPP). Lógicamente, si son menores de 14 años habrá que extremar el cuidado en su tramitación y práctica.

Dicha prueba anticipada tiene que practicarse en un espacio físico acondicionado a la vulnerabilidad etaria o existencial del menor de edad, lugar que en la medida de lo posible logrará limitar o eliminar la revictimización. En nuestro país, nos referimos comúnmente a la cámara Gesell, salvo que en determinado distrito judicial no esté implementada o no tenga suficientes, en cuyo caso deberá acondicionarse el lugar para tutelar los intereses del niño.

4.2.1.5. Menores de 14 años declarados "víctimas" sin previa sentencia condenatoria a su favor

Consideramos valiosas las palabras de Germán (2022), quien reafirmó sus ideas previas de un trabajo publicado en 2021, cuando indicó que procesalmente hablando se reconocerá la condición de víctima cuando el caso finalice con una sentencia condenatoria firme; sin embargo, esto podría demorar muchos años, lo que generaría un desajuste entre los tiempos del sistema penal y las necesidades de la víctima, lo que determinará la situación de estas al dificultar el proceso de desvictimización o incluso agravar la revictimización (pp. 26-27).

Bajo esta argumentación estrictamente procesal, se ha sugerido que mejor sería referirse a la persona que alega haber sufrido un hecho delictivo como *presunta* víctima, con el objetivo de evitar realizar, en cierto modo, una anticipación de condena, porque para que exista una víctima tiene que haber un victimario, de tal forma que si no se

presume que es víctima entonces a quien se le atribuye la comisión del delito debería, desde ya, considerársele el responsable penal del mismo.

Bajo la consistencia y rigurosidad de esta argumentación, se llama en este trabajo a una persona directamente "víctima"[15] (menor de 14 años) no con el objetivo de prejuzgar al imputado o acusado, sino por una cuestión de simplicidad. Nuestra postura es el respeto balanceado de los derechos del presunto victimario, así como de la afirmada víctima. Sin embargo, ello no obliga a esperar recién hasta, mínimamente, una sentencia condenatoria para tratar *recién* al menor que denuncia haber sido víctima de abuso sexual infantil como una "verdadera" víctima. Los beneficios jurídicos, psicológicos y asistenciales deben ser brindados desde que se toma conocimiento de la noticia criminal, con el objetivo de salvaguardar la integridad del menor.

[15] Complementamos que no siempre la palabra víctima es bien recibida por quienes fueron ofendidos por algún delito. Hewson (2016, p. 118) explica que algunas personas se oponen a la palabra "víctima" por connotar pasividad (su raíz latina significa "sacrificio"), prefiriendo el término "superviviente". Este último término también está sujeto a críticas, dado que muchos afectados por delitos no han experimentado nada tan grave como un ataque que ponga en peligro su vida. Para añadir complicaciones, hay quienes se niegan a definir sus experiencias como abusivas, lo que lleva a acusaciones de falsa conciencia en el eslogan de moda: "no saben que son víctimas".

CAPÍTULO II: LA CÁMARA GESELL EN LOS DELITOS SEXUALES EN AGRAVIO DE MENORES DE EDAD

1. La declaración del menor de edad conforme al Código Procesal Penal de 2004

Los artículos necesarios sobre lo que va a versar este apartado se ubican en el Capítulo II (Testimonio) del Título II (Los Medios de Prueba) de la Sección II (La Prueba) del Libro Segundo (La Actividad Procesal); así como lo regulado en los artículos 378 al 381 ubicados en el Título IV (La Actuación Probatoria) de la Sección III (El Juzgamiento) del Libro Tercero (El Proceso Común) del CPP.

Testigo es la persona física/natural que toma conocimiento de hechos con relevancia penal de forma ajena al proceso penal, ya sea casual o intencionalmente (*esto último, por ejemplo, cuando voluntariamente se sigue a alguien y se descubre el lugar donde trafica sexualmente a menores*). Se captará la información a través de los sentidos, no siendo testigos únicamente las personas que ven u oyen algo, sino que, dependiendo de las circunstancias particulares, podrá serlo también aquel que siente con el tacto, saborea con el gusto u olfatea determinados olores.

De conformidad con el CPP, en el artículo 171 se regulan los testimonios especiales, donde se precisa en el numeral 5 que a la declaración de la víctima se aplican las mismas reglas destinadas para la declaración de testigos. Procederemos a desarrollar puntualmente los artículos necesarios sobre declaración de testigos que están vinculados especialmente a esta tesis.

1.1. Capacidad del menor para declarar sobre su victimización sexual

Generalmente, se afirma que una persona es competente para declarar si puede percibir, recordar, comunicar y cree estar legal o moralmente obligado a decir la verdad. Afortunadamente, el umbral para establecer la competencia de niños testigos se ha reducido (Daly, 2016, p. 23). En el artículo 162 CPP se regula que se presume la capacidad de cualquier persona para declarar en un proceso penal, salvo el que por razones naturales no pueda o el impedido por ley. En cuanto a razones naturales, un ejemplo básico es la edad del individuo, ya que es lógico que un bebé de 6 meses de

vida no tenga la posibilidad de declarar, o aquella persona que está en estado de coma indefinido[16].

Respecto de los impedidos por ley, el Decreto Legislativo Nº 1384, publicado el 04.09.2018, que pretendió "*reconocer y regular la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones*" realizó una serie de modificaciones sumamente importantes. Ahora, conforme con el artículo 42 del Código Civil (en adelante, CC), toda persona mayor de 18 años tiene capacidad de ejercicio plena, lo cual incluye a las personas con discapacidad, *independientemente de si usan ajustes razonables o apoyos para manifestar su voluntad*.

Según el artículo 43 CC, ya no son incapaces absolutos: los que se encuentren privados de discernimiento (inciso derogado por el literal a) de la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo Nº 1384) y los sordomudos, ciegosordos y ciegomudos que no pueden expresar su voluntad de forma indubitable (inciso derogado por la Única Disposición Complementaria Derogatoria de la Ley Nº 29973, publicada el 24.12.2012).

Por último, en cuanto a la capacidad de ejercicio restringida (artículo 44 CC), se derogó también –mediante el literal a) de la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo Nº 1384– los incisos 2, sobre retardados mentales, y 3, sobre los que adolecen deterioro mental que les impide expresar su voluntad libremente.

Esto significa que los impedimentos legales, derivados de la capacidad jurídica, prácticamente han sido eliminados del ordenamiento jurídico. El menor de 16 años (único incapaz absoluto actualmente) puede declarar en un proceso penal, ya que calza dentro de la excepción "salvo para aquellos determinados por ley". En cuanto a las personas con capacidad de ejercicio restringido, cuya credibilidad resulte cuestionable (*bajo peligro de caer en falacia ad hominem*), se tiene a los pródigos, los que incurren en mala gestión, los ebrios habituales y los toxicómanos (de hecho, estas personas pueden ser objeto de interdicción civil y les será designado un curador para ayudarlos, conforme con los artículos 564 y 566 CC). En todo caso, el valor probatorio de su testimonio será decidido por el juez en base a la libre valoración de la prueba, ya que su condición particular no significa un impedimento de plano para rendir declaración y contribuir con el esclarecimiento de los hechos.

Si, y solo si, se tienen serias dudas sobre la idoneidad física o psicológica del testigo para rendir testimonio, el artículo 162 CPP también dispone que deben hacerse las indagaciones necesarias: especialmente, debería acreditar el testigo o la parte

[16] La persona que está en estado de coma también es un incapaz relativo, siempre que no se hubiese designado un apoyo con anterioridad; sin embargo, en este caso lógicamente la persona en estado de coma no puede declarar sobre lo que percibió, pero si se lo contó a alguien esta persona podría declarar sobre los mismos hechos como testigo de referencia.

interesada en su declaración “antecedentes documentarios, tales como tratamientos médicos, psicológicos, psiquiátricos; estudios que hubiere seguido la persona demostrando capacidad, desempeños laborales, benéficos, sociales, etc.” (Angulo, 2020, p. 212). Como supuesto extremo, se puede ordenar –inclusive de oficio por el juez– la realización de una pericia con tal finalidad.

1.2. El menor, la verdad y la mentira

En el artículo 163 CPP se regula que el testigo debe concurrir al llamado de la autoridad correspondiente para declarar, y debe responder con veracidad las preguntas formuladas. Esta regulación, con matices, es extensible para el menor como víctima de delitos sexuales, ya que no se le puede obligar a declarar si lamentablemente no quiere.

A pesar de que el artículo 170 numeral 2 CPP regula que no se exige juramento o promesa de honor cuando declaran menores de edad; sin embargo, cuando se entrevista al menor de edad en cámara Gesell sí se requiere que tenga conocimiento de qué implica decir la verdad o no, y en la medida de lo posible debe buscarse que el menor prometa decir la verdad (se explicará más adelante su relevancia).

1.3. El menor debe declarar sobre lo que percibió

La obtención de declaraciones erróneas derivadas de preguntas sugestivas se incrementa cuando a los niños se les pide interpretar eventos ambiguos (Goodman y Clarke-Stewart, 1991, como se citó en Walker, 1995, p. 90), por lo tanto, encontramos razonable que se mande a los niños testigos declarar sobre lo que han percibido, y no se fomente que expresen conceptos u opiniones sobre los hechos y responsabilidades en el caso concreto, conforme con el artículo 166 CPP.

Puede decirse entonces que la declaración del menor es prueba directa de su victimización sexual (F.J. 4º del **Recurso de Apelación Nº 41-2023-Lima/Sala Penal Permanente [Ponente San Martín Castro]**, de fecha 13.12.2023) y es necesaria (mas no suficiente) para desvirtuar la presunción de inocencia del acusado. El análisis conjunto de la prueba puede determinar, conforme al caso concreto, la prescindencia de la declaración del menor para condenar conforme a pruebas distintas de esta fuente de información que, no obstante, permiten arribar a las mismas conclusiones.

1.4. Desarrollo de la entrevista forense del menor

En cuanto a la entrevista forense al menor lo desarrollaremos en profundidad más adelante sistemáticamente. No obstante, podemos realizar algunos comentarios puntuales al artículo 170 CPP que regula el desarrollo del interrogatorio[17] del testigo. Específicamente, sobre las preguntas que son inadmisibles al momento de interrogar a un menor de edad, se tiene que están prohibidas las preguntas: capciosas o engañosas, impertinentes o sugestivas, salvo esta última al contrainterrogar al testigo. En cámara Gesell, quien rechazará este tipo de preguntas será el juez durante la actuación de prueba anticipada.

2. Un breve repaso sobre la cámara Gesell en Perú

Cuando una persona, ya sea un niño o un adulto, hace una acusación de abuso sexual, se utilizan entrevistas forenses para explorar lo que realmente sucedió (Laney y Loftus, 2016, p. 1) y no simplemente lo que el entrevistado recuerda que ocurrió. Especialmente en el caso de nuestra investigación, se busca obtener de manera objetiva declaraciones fácticas del niño sobre los contactos indebidos sexuales que sufrió. Dichas declaraciones deben ser pronunciadas por el niño, niña o adolescente sin miedo o bajo influencias sugestivas; y deben ser analizadas dentro del contexto de su desarrollo emocional, social y cognitivo.

El lugar idóneo donde se realiza la entrevista forense en Perú se conoce como cámara Gesell, cuyo origen se debe:

> "(…) al psicólogo y pediatra de Estados Unidos, especializado en el desarrollo infantil, Arnold Lucius Gesell (21 de junio de 1880 – 21 de mayo de 1961). Su trabajo relacionado con el establecimiento de unas pautas de conducta infantil a lo largo del desarrollo, está considerado como uno de los más influyentes en la puericultura de los años 40 y 50. Fue muy avanzado para su época dado que utilizó los avances en video y fotografía. De ahí diseñó un ambiente en el que se hizo uso de espejos unidireccionales para la observación del comportamiento infantil, una cámara de observación, a la que se le dio su nombre. Esta consiste en dos habitaciones con una pared divisoria en la que un espejo unidireccional de gran tamaño permite ver lo que ocurre en una de ellas desde la otra, pero no al revés. De esta forma, el comportamiento de los niños podía ser observado sin ejercer ninguna influencia derivada del propio efecto de la observación (efecto de reactividad)" (Pizarro, 2019, p. 477).

La implementación de la Cámara Gesell en nuestro país[18] ocurrió en 2006, conforme detalla Escobar (2022):

[17] En el caso de menores de edad, se reemplaza el término "interrogatorio" por "entrevista". Más adelante explicaremos por qué.

[18] En España, en virtud del artículo 11 numeral 2 de la Ley Orgánica 8/2021, se manda adecuar el espacio donde declararán los menores de edad víctimas de delitos, para que el menor no se sienta cohibido y pueda

> "Conforme al recuento histórico, es en el mes de julio del año 2006 que en nuestro país se implementa por primera vez el uso de la cámara Gesell, a cargo de la División Clínico Forense del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, sito en el Distrito de la Victoria, Lima. Su instalación se dio en mérito al convenio celebrado entre el Ministerio Público y la Unicef. Es a partir de este hito histórico que luego en el tiempo se difundió su implementación en forma progresiva en: Lima Norte, Lima Centro, Callao, Villa El Salvador, Lima Este, Ica, Chincha, Cuzco, Huaura, Trujillo, Chiclayo, Piura y otras circunscripciones nacionales" (pp. 162-163).

Escobar (2022, pp. 163-164) enlista los instrumentos normativos que permitieron la implementación de la cámara Gesell en Perú, los cuales enunciamos brevemente: a) Protocolo de las Naciones Unidas para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente de Mujeres y Niños **(aprobado por Resolución Legislativa Nº 27527, y ratificada por el Estado Peruano)**; b) Convención sobre los Derechos del Niño **(aprobada mediante Resolución Legislativa Nº 25278, y ratificada por el Estado peruano)**; c) Código de los Niños y Adolescentes **(Ley Nº 27337)**; d) Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño **(Ley Nº 30466)**; e) Reglamento de la Ley Nº 30466, Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño **(Decreto Supremo Nº 002-2018-MIMP)**; f) Ley que prohíbe el uso del castigo físico y humillante contra los niños, niñas y adolescentes **(Ley Nº 30403)**; g) Reglamento de la Ley Nº 30403, Ley que prohíbe el uso del castigo físico y humillante contra los niños, niñas y adolescentes **(Decreto Supremo Nº 003-2018-MIMP)**; h) Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar **(Ley Nº 30364)**; i) Reglamento de la Ley Nº 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar **(Decreto**

declarar de forma más sincera, exacta y completa. No se aplica obligatoriamente la cámara Gesell en España, aunque de acuerdo con la citada ley es obligatorio acondicionar el espacio para que sea "amigable" para los niños. Explica Arantegui (2022) que la implementación de las cámaras Gesell es reciente en España, por ejemplo, en Valencia, Navarra, Madrid, Canarias, País Vasco, Andalucía y Catalunya, todas correspondientes a la segunda década del siglo XXI; sin embargo, se está extendiendo su aplicación con rapidez (p. 40). En Dinamarca, por su parte, se opta por un edificio totalmente separado de los espacios judiciales, conocido como "Casa de los niños", el cual presenta una estancia similar a la cámara Gesell a donde se desplazan los profesionales (Navarro, 2021, pp. 135-136). En esta "Casa de los niños" o modelo *Barnahus* se videograbará la entrevista –conducida por un especialista– para evitar que el menor declare nuevamente en juicio oral en calidad de prueba anticipada. En Estados Unidos existen los "Children's Advocacy Centers" cuya misión principal es ofrecer sitios amigables para que menores víctimas de abuso puedan declarar, contándose con la participación de un equipo multidisciplinario que pretende abordar de forma integral y coordinada la victimización del menor, para reducir al mínimo las posibilidades de revictimización. En Canadá, existen los "Child Advocacy Centres" y los "Youth Advocacy Centres" donde se encuentran lugares amigables para los menores, un equipo multidisciplinario, abogados a favor de las víctimas y apoyo victimal. Finalmente, destacamos que el uso de la cámara Gesell está muy difundido en América del Sur, por ejemplo: Argentina, Colombia, Bolivia, etc. En síntesis, la cámara Gesell es solo una opción entre muchas para poder lograr que el menor declare minimizando las posibilidades de revictimización; sin embargo, desde nuestra perspectiva y de acuerdo con la revisión efectuada, hemos encontrado que los postulados generales desarrollados por Gesell en su cámara son constantemente aplicados en las diferentes opciones que existen para entrevistar a los menores (especialmente el uso de espejos unidireccionales o "one-way mirrors").

Supremo Nº 009-2016-MIMP); j) Ley que declara 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, a fin de garantizar la actuación oportuna de las diligencias que sirvan como medios probatorios idóneos en los procesos judiciales y evitar la revictimización en los casos de violencia sexual, familiar y trata de personas **(Ley Nº 30920)**; k) Decreto Supremo que modifica el Reglamento de la Ley Nº 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar **(Decreto Supremo Nº 004-2019-MIMP)**; l) Decreto Supremo que aprueba el Cronograma de Implementación del Sistema Nacional Especializado de Justicia para la Protección y Sanción de la Violencia contra las Mujeres e Integrantes del Grupo Familiar **(Decreto Supremo 003-2019-MIMP)**; m) Protocolo de Justicia Itinerante para el Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad **(aprobado por Resolución Administrativa Nº 264-2017-CE-PJ)**; n) Protocolo de Participación Judicial del Niño, Niña y Adolescente **(aprobado por Resolución Administrativa Nº 228-2016-CE-PJ)**; o) Guía de Procedimiento de Entrevista Única a Víctimas en el marco de la Ley Nº 30364, Ley para para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar **(aprobado por Resolución de la Fiscalía de la Nación Nº 3963-2016-MP)**; p) Plan Nacional de Acceso a la Justicia de personas en condición de Vulnerabilidad – Poder Judicial 2016-2021 **(Resolución Administrativa Nº 090-2016-CE-PJ)**; q) Adhesión del Poder Judicial a la implementación de las 100 Reglas de Brasilia de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y aprobación de la Carta de Derechos de las Personas **(Resolución Administrativa Nº 266-2010-CE-PJ)**; r) Plan Nacional de Acción por la Infancia y la Adolescencia 2012-2021 (Ley Nº 27668); s) Aprobación del Protocolo de Entrevista Única para Niñas, Niños y Adolescentes en cámara Gesell **(Resolución Administrativa Nº 277-2019-CE-PJ)**.

Lamentablemente, hasta febrero de 2024, solo hay 108 cámaras Gesell operativas en Perú, y de estas el 47% presenta fallas técnicas (Guardamino, 2024). En aquellos distritos judiciales donde no funcione la cámara Gesell, debe adecuarse el espacio donde se desarrollará la entrevista forense de forma amigable para el menor victimizado sexualmente, y así recabar su declaración en el formato de “entrevista única” (la alternativa a la cámara Gesell).

En base a este panorama jurídico, está claro que la cámara Gesell no es más que un lugar donde se desarrolla una diligencia judicial protocolorizada. Desde nuestra perspectiva, no podríamos equiparar cámara Gesell con prueba anticipada, ya que la prueba anticipada es una institución jurídica procesal utilizable frente a la eventual urgencia e irrepetibilidad del medio de prueba, con determinados supuestos de procedencia, cuyo producto fue sometido a las reglas del contradictorio, inmediación y publicidad de forma previa al juicio; mientras que la cámara Gesell es un lugar

acondicionado para evitar o reducir al mínimo el estrés y la ansiedad derivada del acto de recordar y declarar la victimización sufrida con fines probatorios. Este espacio "amigable" para los niños, niñas y adolescentes se adecuará a sus necesidades con el objetivo de recabar sus testimonios siguiendo las reglas de la prueba anticipada (artículo 242 y siguientes del CPP).

Por ello, a lo largo del presente trabajo, siendo coherentes con esta postura, afirmamos que la "declaración del menor en cámara Gesell se recaba vía prueba anticipada", porque el menor declarará en el espacio conocido como cámara Gesell acondicionado para evitar su revictimización, y durante esta declaración se aplicarán las reglas jurídicas de la prueba anticipada, cuyo producto (testimonio) se registrará en un acta que podrá ser leída en juicio oral y tendrá plena eficacia probatoria.

Encontramos respaldo parcial en la **Casación Nº 1668-2018-Tacna/Sala Penal Permanente [Ponente Figueroa Navarro]**, de fecha 20.11.2019, en cuyo F.J. 14º indica que la cámara Gesell es un ambiente acondicionado donde se realiza la entrevista única, que es una diligencia judicial que registra la declaración de la víctima, teniendo esta declaración calidad de prueba preconstituida. Esta casación considera que es prueba preconstituida y cita para ello el Artículo 19 de la Ley Nº 30364, de fecha 06.11.2015. Sin embargo, mediante Decreto Legislativo Nº 1386, de fecha 04.09.2018, se realizó una modificación a tal normativa y se regula –hasta la actualidad– que tal declaración se tramita como prueba anticipada en la citada Ley.

En síntesis, podemos decir que: a) Cámara Gesell: ambiente acondicionado para evitar la revictimización del declarante victimizado; b) Entrevista Única: diligencia judicial protocolorizada con el fin de evitar la revictimización y c) Prueba anticipada: instituto procesal, habilitado bajo determinados supuestos, que estructura jurídicamente la forma de recabar el testimonio para otorgarle eficacia probatoria en juicio oral, no teniendo como finalidad principal evitar la revictimización salvo en caso de víctimas de delitos sexuales[19].

[19] Desde sus orígenes, la prueba anticipada no tenía como objetivo evitar la revictimización de los declarantes. Será con la reforma operada mediante la Tercera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley Nº 30364, publicada el 23.11.2015, que se modifica el artículo 242 CPP habilitando como un supuesto de prueba anticipada la declaración de los niños, niñas y adolescentes víctimas de trata de personas y delitos sexuales, a realizarse en cámara Gesell mediante psicólogos especializados. La Ley Nº 30364, en su ámbito de aplicación, también incorpora la aplicación de la cámara Gesell para evitar la revictimización. Sin embargo, todas estas modificaciones fueron posteriores al surgimiento de la prueba anticipada como instituto jurídico. Conforme ya se explicó, la urgencia y la irrepetibilidad de la declaración de la víctima se fundan en evitar la revictimización, interpretación razonable y coherente, pero que no fue pensada en el origen de esta institución procesal.

3. Limitación –justificada– del derecho de defensa en cámara Gesell vía prueba anticipada

Si bien es adecuada esta adaptación del proceso penal a las necesidades de los menores victimizados sexualmente; no obstante, existen voces críticas que consideran que se limita indebidamente el derecho de defensa del acusado de ASI, quien a través de su abogado defensor no podría interrogar o contrainterrogar a la víctima acusadora en juicio oral con toda la libertad debida. Desde nuestra perspectiva ello no es así: no se quebranta el derecho de defensa del acusado.

Arana (2014), citando a Binder, argumenta que existe un principio básico del cual dependen la vigencia o eficacia de las demás garantías (p. 36). Estamos haciendo referencia al derecho de defensa[20], que está regulado en el artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en el artículo 14 inciso 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, en el artículo 8 inciso 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, y en la Constitución Política está regulado en el artículo 139 inciso 14, donde se prescribe el principio de no ser privado del derecho de defensa en ninguna fase del proceso. Asimismo, en el ámbito penal, el Código Procesal Penal de 2004 también desarrolla el derecho de defensa en el artículo IX de su Título Preliminar.

Debemos advertir la amplitud de la fórmula del derecho de defensa, puesto que comprende también al procedimiento civil, laboral o administrativo, donde diversos atributos o derechos de las personas pueden ser menoscabados (Maier, 2016, p. 541). Luego, si el derecho de defensa no se garantiza únicamente en el ámbito penal, resultan atinadas las palabras de Oré (2016a), quien indica que los sujetos procesales pueden hacer valer el derecho de defensa de acuerdo con los derechos subjetivos a proteger (p. 153).

Puede afirmarse que, dentro del proceso penal, el derecho de defensa del imputado tendrá como objetivo principal resguardar su libertad (como una manifestación del instinto de conservación); mientras que el tercero civil responsable y el actor civil buscarán tutelar sus derechos patrimoniales. En cuanto al Ministerio Público, compartimos las acertadas palabras de Jauchen (2005), quien argumenta que el derecho de defensa no le es aplicable debido a que "está precisamente concebido como tutela de los particulares frente al poder estatal, y al mismo tiempo, como límite a dicho poder" (p. 153). Esta institución no ejerce derecho ni interés subjetivo propio; sin embargo, la ley le confiere facultades y atribuciones para que pueda perseguir el delito:

[20] Arana (2014), citando a Bernal y Montealegre, considera que "el derecho de defensa no es sino un aspecto particular, de un concepto más amplio como es el derecho al debido proceso" (p. 36).

podrá alegar vulneración al debido proceso, a la tutela jurisdiccional efectiva, a la igualdad de armas, etc.; pero jamás vulneración al derecho de defensa.

Maier (2016, p. 547), citando a Vélez Mariconde, define el derecho de defensa como la facultad del imputado de intervenir en el proceso penal para ejercer las actividades necesarias que excluyan o atenúen la potestad sancionatoria del Estado, entre las cuales destacan controlar la prueba de cargo y valorar la prueba, junto con la exposición de las razones que avalarían la obtención de una sentencia favorable a los intereses del imputado. Desde un punto de vista similar, Arbulú (2015a, pp. 112-113) argumenta que el proceso judicial desde sus inicios es gravoso para el imputado, por lo que deben concederse una serie de derechos que puedan ser ejercidos como contrapartida para equilibrar la balanza, entre los que destaca el intervenir en plena igualdad en la actividad probatoria.

El derecho de probar y el de controlar la prueba del adversario tradicionalmente son incluidos en el principio de contradicción, lo cual no es incorrecto según Maier (2016); sin embargo, precisa el maestro argentino que "esas facultades se explican mejor en función del ideal de equiparar las posibilidades del imputado respecto de las del acusador, máxima que también integra la garantía de la defensa" (p. 577). Neyra (2015), desde su postura, considera que "una de las máximas que también integra la garantía de la defensa la constituye la facultad de equiparar la posibilidad del imputado respecto de la del acusador probando y controlando la prueba admitida" (p. 259). Es decir, **el intervenir en el control de la prueba de cargo postulada por la fiscalía y el interrogar a los testigos que sustentan la tesis fiscal, si bien son facultades que derivan del principio de contradicción dentro del proceso penal, son mejor entendidos como elementos integrantes del derecho de defensa**.

Por su parte, San Martín (2020), citando a Alsina, considera que el derecho de defensa no es ilimitado, ya que debe hacerse valer de acuerdo con las normas procesales, las cuales pueden reglamentarlo para que sea compatible con las demás partes procesales y así lograr justicia (p. 159). Solo así se puede entender que, en supuestos especialísimos, como cuando se tiene que entrevistar a víctimas vulnerables menores de edad o que tienen alguna discapacidad (mental o intelectual), no hay inconvenientes en emplear procedimientos excepcionales para *balancear* el derecho del imputado/acusado a confrontar/interrogar al testigo de cargo (víctima) con la eventual revictimización del declarante. Al final, el derecho de defensa en su manifestación de controlar la declaración del testigo de cargo, aunque se vería limitado *razonablemente*, no desaparecería.

En el ámbito procesal penal peruano, y especialmente cuando se investigan delitos sexuales, el lugar idóneo donde se recaban las declaraciones de las víctimas vulnerables menores de edad es la cámara Gesell bajo las reglas de la prueba anticipada. Allí el abogado del imputado podrá interrogar al testigo de cargo –no

directamente– por intermedio de un psicólogo forense y bajo la estricta vigilancia del juez de investigación preparatoria (se limita la confrontación en sentido estricto, *cara a cara*) respetándose su derecho al contraexamen que, de acuerdo con las circunstancias, también se limita debido a las particularidades del testigo (condición evolutiva, nivel de estrés, gravedad del delito, escasez de recursos cognitivos para afrontar el trauma, etc.), que deberán tomarse en consideración al momento de valorar la prueba personal.

El abogado del imputado podrá ejercer su derecho de defensa mediante preguntas en cámara Gesell, pero no con toda la plenitud que podría desplegar en un juicio oral regular. Aun así, tampoco pensemos que solo en el juicio oral, tratando a la víctima menor de edad como cualquier otro testigo, se podría llegar a arrancarle la verdad mediante un contrainterrogatorio agresivo. El límite sigue siendo la dignidad del ser humano, por lo que mal haría un abogado defensor en querer censurar o criticar irasciblemente a un menor, frente a la pasividad del fiscal o del tribunal juzgador. Frente a esta situación, estará bajo escrutinio el grado de desenvolvimiento del abogado litigante, quien ahora sí deberá aprender de psicología infantil[21] para poder litigar mejor sus casos, y no excusarse en que simplemente ahora hay un sesgo a favor de los menores y que su simple palabra es prueba única condenatoria.

En el caso que nos ocupa, que es el de menores de 14 años víctimas de delitos sexuales, la mera naturaleza lesiva de los hechos bajo investigación y/o enjuiciamiento coadyuvan a la ponderación final de un riesgo significativo para la indemnidad psíquica del menor (Subijana, 2018, p. 380), por lo que es factible que se evite llamar a declarar al menor a juicio oral, siempre que se haya recabado durante la etapa de investigación su declaración en cámara Gesell (o entrevista única) vía prueba anticipada bajo el respeto de todas las garantías del debido proceso.

Refuerza esta postura Rodríguez (2021), quien tomando como referencia la STC 174/2011, de 7 de noviembre de 2011, F. J. 3º, argumenta que es justificada la limitación de la presencia del menor en juicio oral debido al tipo de delito investigado así como el objetivo de preservar psicológica y emocionalmente al menor para procurar su desarrollo regular como ser humano (p. 161), considerándose legítimo imponer medidas de protección a favor del menor víctima que han de ser compatibles con el derecho de defensa del acusado, buscándose equilibrar el desequilibrio originado en la imposibilidad de interrogar a la víctima en juicio oral.

Un abogado defensor tenaz podría argumentar que no todos los casos enjuiciados tienen a víctimas *reales*, sino que muchas mienten, fueron manipuladas por figuras de autoridad o tuvieron errores de percepción que provocó que le asignen un significado sexual a conductas que *en realidad* no son delictivas; y que por ello debería llamarse a

[21] Aspectos de la memoria del menor de edad que deben ser tomados en cuenta para valorar la prueba serán desarrollados en el siguiente capítulo del marco teórico.

declarar al menor a juicio oral para que se haga valer el derecho a la confrontación en sentido estricto. Otro abogado defensor podría dejarse llevar por estereotipos "que están vigentes en la sociedad en un momento determinado, acordes con ciertas concepciones no siempre racionales. Estos estereotipos o juicios de valor pueden alcanzar a muchas personas que intervienen en la determinación del interés del menor" (Fonseca, 2020, p. 239); de tal forma que la estrategia de defensa de este abogado partiría de la premisa de que *los niños son mentirosos, sugestionables, fantasiosos, engreídos y malvados*.

Si bien puede ser cierto que algunos menores que ocupan la posición de víctimas dentro de un proceso penal en realidad nunca fueron victimizados, consideramos que aunque estos niños no sean *reales víctimas de delitos sexuales*, ello no debería suprimir el interés superior del menor en el análisis del caso concreto: la formalidad del procedimiento, la ausencia de familiaridad con los operadores jurídicos, los conflictos originados debido a la revelación del abuso, etc.; podrían afectar *en cierto modo* psicológicamente al menor, quien por su situación de vulnerabilidad no tiene los suficientes o adecuados recursos cognitivos para hacer frente a las situaciones complejas y adversas derivadas del proceso penal. En otras palabras, la forma cómo se estructura el proceso penal debería tener presente los intereses del menor, independientemente de que este sea o no una *verdadera víctima de delito*, que en todo caso se llegará a tener por probado al final del juicio oral. Inclusive aquellos niños que mienten sobre haber sido abusados sexualmente deberían tener un trato *particular*, porque el querer hacer daño a otro es un indicio de que hay algo mal en su vida siendo necesario ayudarlos.

4. Pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia del Perú sobre cámara Gesell y prueba anticipada

Nuestra Corte Suprema constantemente está brindando pautas interpretativas a través de diversos pronunciamientos jurisprudenciales para poder entender mejor las normas procesales que se derivan de la lectura del CPP en materia de prueba anticipada (conexa con el uso de cámara Gesell). En las siguientes líneas, expondremos las más relevantes desde nuestra perspectiva.

4.1. Vinculación con la prueba de oficio

La Corte Suprema bajo la luz del interés superior del niño y del principio de no revictimización, en la **Casación Nº 33-2014-Ucayali/Sala Penal Permanente [Ponente Neyra Flores]**, de fecha 28.10.2015, estableció, en cierto modo, la obligatoriedad de la

visualización en juicio oral del video que perenniza la entrevista en cámara Gesell. Si el fiscal falló en proponer la práctica de este medio de prueba, el juez mediante la prueba de oficio debe incorporarlo en juicio oral:

> "(…) la víctima, mientras menor sea, mayor será la restricción para que declare en el juicio oral. Por ende, será obligatorio que, sobre esta base, en la etapa intermedia, el fiscal, en casos de delitos sexuales, solicite que se escuche el audio, se visione el video o se oralice el acta donde se registra esta primera declaración, la cual (…) debe constar en un soporte que permita su incorporación como medio de prueba completo.
>
> Si, por error, el fiscal no lo hiciera, sobre la base del interés superior del niño, el papel garante del juez de los derechos de los ciudadanos y el artículo [385] del Código Procesal Penal, este lo incorporará de oficio en la etapa respectiva. En caso exista retractación por parte de la víctima, también será posible incorporarla, así, el fiscal, de conformidad con el inciso uno del artículo trescientos setenta y ocho del citado Código, pedirá que se le confronte con su declaración previa" (Fundamentos 14° y 15°).

En la **Casación Nº 1046-2019-Arequipa/Sala Penal Permanente [Ponente Torre Muñoz]**, de fecha 22.04.2021, se analizó la posibilidad de incorporar de oficio aquella prueba no ofrecida en etapa intermedia (acta de entrevista única en cámara Gesell), que tendría como fin acreditar la materialidad del ilícito sexual en agravio de menores de edad, así como evitar su revictimización. Durante juicio oral no habría problemas, ya que hay regulación expresa (artículo 385 numeral 2 CPP) que avala tal posibilidad y así se argumentó en la Casación Nº 33-2014-Ucayali; sin embargo, en la Casación Nº 1046-2019-Arequipa se realizó un pronunciamiento específico respecto de la segunda instancia:

> "(…) la menor no declaró en el juicio oral de primera instancia, y de igual forma en la audiencia de apelación de sentencia (…). Ante la citada eventualidad (…) la Sala Superior de alzada tenía expedito como instrumento legal, el primer párrafo del artículo 194 del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria al proceso penal; por ende acudir a la *prueba* de oficio, consistente en el acta de entrevista única en "cámara Gesell" practicada a la menor de iniciales M.S.P.CH. durante la investigación preparatoria; en su defecto justificar expresamente las razones por las cuales se rechaza tal prerrogativa" (Fundamento 27°, la cursiva es del original).

4.2. Vinculación con la videograbación de la entrevista única

La visualización de la entrevista en cámara Gesell puede servir para verificar posible mala praxis por parte del psicólogo forense encargado de dirigir la entrevista en cámara Gesell. Sin embargo, en el caso resuelto mediante el **Recurso de Nulidad Nº 1039-2020-Lima/Sala Penal Permanente [Ponente San Martín Castro]**, de fecha

28.09.2021, no se le dio la razón a la defensa del acusado quien criticó la actuación de la psicóloga forense:

> "(…) En esos momentos, en su primera declaración en cámara Gesell la niña fue clara, directa y coherente respecto a los cargos contra el conviviente de su madre. Las preguntas hechas por la psicóloga no son indebidas (sugestivas, entre otras modalidades), no la indujo a responder de determinada manera o sentido ni incorporó datos incriminatorios para que la niña simplemente los acepte. El que la defensa no formulara preguntas en ese acto, no necesariamente importa que se trató de una defensa ineficaz. Nada indica que se trató de una declaración objetivamente falsa y manipulada con fines de incriminación gratuita" (Fundamento 6°).

Con una visión similar, mediante la **Casación Nº 63-2016-Cañete/Primera Sala Penal Transitoria [Ponente Quintanilla Chacón]**, de fecha 11.05.2018, la Corte Suprema está a favor de la visualización del video para esclarecer los hechos y las imputaciones en contra del acusado, a efectos de eventualmente advertir la existencia de un relato fantasioso, que luego debe ser contrastado conforme a los criterios de seguridad de valoración testimonial del Acuerdo Plenario Nº 2-2005/CJ-116 (Fundamento 4.6º).

Garantizar una copia del video que registra la entrevista única en cámara Gesell es relevante para que cada parte procesal interesada ejerza la defensa de su posición procesal. Mediante la **Casación Nº 291-2021-Piura/Sala Penal Permanente [Ponente Carbajal Chávez]**, de fecha 09.06.2022, se estimó razonable la entrega de una copia del video de la entrevista a la defensa técnica del acusado a efectos de que haga una pericia y/o estudio en la misma, para así garantizar el principio de igualdad de armas y el respeto del derecho de defensa (Fundamento 10.5º).

Interesantemente, a través de la **Casación Nº 1697-2021-Ucayali/Sala Penal Permanente [Ponente Sequeiros Vargas]**, de fecha 21.02.2023, la Corte Suprema resaltó un criterio que limita la reproducción de la videograbación que registró la entrevista forense en cámara Gesell. Conforme al Fundamento 1.9º, *la reproducción está subordinada a la existencia de contradicciones en la declaración de la víctima, siempre que la defensa precise cuáles son estas contradicciones*. Desde nuestra perspectiva, este criterio es razonable más aún si ya se oralizó, previamente, el acta que contiene la declaración del niño, niña o adolescente victimizado sexualmente.

4.3. Vinculación con la oralización del acta de la entrevista única

La Corte Suprema se pronunció sobre el errado criterio de un juez de juzgamiento que impidió la lectura del acta que perennizó la entrevista forense en cámara Gesell de una menor de 12 años víctima de contactos indebidos sexuales. En la **Apelación Nº 192-2023-Lima Norte/Sala Penal Permanente [Ponente Luján Túpez]**, de fecha

22.04.2024, en el Fundamento Jurídico 2º se argumentó que, si se admite en etapa intermedia tanto el disco como el acta de entrevista única, y el primero no se puede reproducir, lógicamente debe oralizarse el contenido del acta. Sin embargo, el juez no lo permitió al entender erradamente que solo se había admitido en etapa intermedia el video en CD. Por lo tanto, era factible que se incorpore la lectura de dicha acta en sede de apelación, ya que no fue practicada por una causa no imputable al Ministerio Público (artículo 422 numeral 2 literal c) CPP).

En la **Casación Nº 727-2020-Callao/Sala Penal Permanente [Ponente San Martín Castro]**, de fecha 01.09.2021, se dejó claro que *la no filmación de la entrevista en cámara Gesell, de fecha 17.03.2008*[22]*, por problemas técnicos solo es una irregularidad que no afecta al derecho de defensa siempre que el producto de la diligencia conste en el acta de entrevista única, y esta no evidencie adulteración o falsificación* (aspectos que el abogado defensor del acusado debió haber controlado oportunamente). Por lo tanto, bastaba con oralizarse tal acta en juicio oral:

> "(…) Se cuestiona que la primera declaración no es válida procesalmente porque no consta la filmación, pero es obvio que en caso de que ello ocurra se tiene el acta de declaración firmada por todos los participantes y asistentes a ella. Lo relevante no son los problemas técnicos que dieron lugar a que no se filme la diligencia, sino que tal acto, irregular de por sí al faltar la grabación audiovisual, no afectó los derechos de las partes, en tanto en cuanto existe el acta escrita levantada al efecto y no consta que ésta se adulteró o es falsa (ex artículo 152, numeral 1, literal 'c', del Código Procesal Penal) (…)" (Fundamento Jurídico 2°).

Un caso donde sí hubo afectación al derecho de defensa se encuentra en el **Recurso de Nulidad Nº 1272-2022-Ventanilla/Sala Penal Transitoria [Ponente Castañeda Otsu]**, de fecha 17.04.2023, donde la Corte Suprema argumentó que la entrevista en cámara Gesell practicada a una menor de edad, con fecha 02.02.2015, no se realizó con las garantías mínimas de un debido proceso, puesto que la videograbación no era audible adecuadamente y había partes incompletas en el acta que recogía la citada declaración, afectándose el derecho de defensa. Ello además condicionó la pericia psicológica que utilizó dicha entrevista como base para proceder a la evaluación psicológica forense. La Corte Suprema decidió que era necesario realizar nuevamente una entrevista en cámara Gesell junto con una nueva pericia psicológica forense (Fundamentos 13° y 14°).

4.4. Vinculación con la notificación para participar en cámara Gesell

[22] La obligatoriedad de la actuación bajo las reglas de la prueba anticipada se concretó mediante el Decreto Legislativo Nº 1307, publicado el 30.12.2016

Ahora nos encontramos frente a un caso donde el abogado defensor del acusado habría mentido respecto de que no tenía conocimiento de la diligencia de cámara Gesell. En la **Casación Nº 212-2021-Cusco/Sala Penal Permanente [Ponente Altabás Kajatt]**, de fecha 11.10.2022, se recoge que el representante del Ministerio Público afirmó que se notificó a la defensa técnica la disposición de inicio de diligencias preliminares (donde figuraba lógicamente tal diligencia). Agregó que su efectivo conocimiento se evidenció a partir de actos concluyentes que desplegó la defensa, actos que no habría hecho si no conocía tal disposición. Aun así, no se presentó, y la falta de cargo de notificación no invalida el acta de la declaración en cámara Gesell. Inclusive, la Corte Suprema indica que la defensa pudo haber solicitado, excepcionalmente, la presencia de la agraviada en juicio oral, pero no lo hizo:

> "(…) el hecho de que no se cuente con los cargos de notificación para dicha diligencia del recurrente y su defensa técnica —ausencia explicada por el Ministerio Público en audiencia de tutela de derechos— no afecta el sentido y el verdadero alcance del contenido de la versión dada en la entrevista en cámara Gesell (…), teniendo en cuenta que se trata de una actuación urgente en sede preliminar, en todo caso podría constituir un defecto procesal, pero que no le resta validez; pues, durante el juicio oral, el recurrente tuvo los mecanismos que la ley le faculta, para incluso solicitar de manera excepcional la concurrencia de la citada agraviada, a efectos de que deponga sobre algunos puntos que, desde su perspectiva, habrían necesitado aclaración —al amparo del segundo párrafo del fundamento 38 del Acuerdo Plenario n.º 1-2011/CJ-116—. Sin embargo, en audiencia de juicio oral (…) en la fase de admisión de nueva prueba, la defensa técnica del recurrente no la solicitó" (Fundamento 4°).

En el presente caso, la diligencia en cámara Gesell se llevó a cabo el 24.05.2016, cuando aún no era obligatorio actuar procedimentalmente bajo las reglas de la prueba anticipada. En este contexto debemos interpretar el pronunciamiento de la **Casación Nº 2091-2022-Ventanilla/Sala Penal Permanente [Ponente Altabás Kajatt]**, de fecha 10.05.2024. La Corte Suprema de Justicia argumenta en sus fundamentos 11º y 13º que es factible notificar al imputado la realización de la diligencia de entrevista única el mismo día de su realización porque es un acto urgente, así como que la no participación de la defensa del imputado en la entrevista resulta irrelevante si durante el juicio oral: se visualiza la videograbación de la entrevista forense, el acta que recoge el testimonio de la víctima se oraliza y se produce un efectivo control de la prueba de cargo por parte de la defensa del acusado, como ocurrió en el presente caso.

Finalmente, tenemos el caso resuelto en la **Casación Nº 65-2022-Ica/Sala Penal Permanente [Ponente San Martín Castro]**, de fecha 09.10.2024, donde se abordaron diversos puntos sumamente interesantes. Una niña habría sido tocada indebidamente en su vagina y ano, además fue besada en su cuello. Todas estas acciones fueron realizadas por el conviviente de la hermana mayor de la agraviada de 9 años.

En primer lugar, la declaración de la menor agraviada se realizó, por única vez, en sede policial con fecha 24.08.2015, en presencia de su madre y de la fiscal de familia, pero no se notificó al abogado defensor del condenado. Para esa fecha, la Corte Suprema razona que la Ley Nº 30364 no había estado vigente (23.11.2015), de tal forma que era obligatorio recibir la declaración bajo la técnica de entrevista única en calidad de prueba preconstituida (artículo 19 de la Ley Nº 30364 que posteriormente fue modificado por el Decreto Legislativo Nº 1386, de fecha 04.09.2018, que estipula que esa prueba se tramita como prueba anticipada). Por otra parte, se razonó que el Decreto Legislativo Nº 1307, de fecha 30.12.2016, que modificó el artículo 242 CPP permite, mas no obliga, a realizar la prueba anticipada cuando se cometen delitos sexuales en agravio de niños, niñas y adolescentes (Fundamento Jurídico 2º).

En segundo lugar, el CPP manda que se notifique/emplace al imputado o a su defensa para asistir a la entrevista de la víctima, requisito establecido en el artículo 383, numeral 1, literal d) CPP para que el acta que recoge el testimonio pueda ser válidamente introducida al juicio oral (de lo contrario tendrá el valor de mera denuncia). No obstante, frente a la ausencia de notificación del imputado durante la toma de declaración en investigación preparatoria y la ausencia de la víctima en juicio oral, la Corte Suprema amparándose en la sentencia Al-Kawawaja y Tahery vs Reino Unido (Tribunal Europeo de Derechos Humanos), argumentó que se puede utilizar dicha declaración si se cumplen dos requisitos: existe una buena razón para que no asista a juicio y el testimonio es la única o principal prueba de cargo.

En el caso concreto, se argumentó que existe una buena razón para que la niña no declare en juicio oral: evitar su revictimización. Se añadió que la declaración de la víctima tiene persistencia en la incriminación en lo que le transmitió al médico legista en su anamnesis, quien además acudió a juicio oral, por lo que existió la posibilidad de interrogarlo sobre sus expresiones vinculadas al hecho delictivo; asimismo la persistencia se verifica en el protocolo de pericia psicológica que, si bien no fue ratificado en juicio oral, tratándose de una pericia institucional que no fue observada tiene total eficacia probatoria. Finalmente, el acta de constatación fiscal también recoge la sindicación de la menor contra el acusado. En juicio oral, la defensa del acusado no impugnó la oralización de dicha acta (Fundamentos Jurídicos 3º y 4º).

En tercer lugar, las declaraciones de los testigos ante Fiscalía durante la investigación preparatoria efectivamente robustecen la versión incriminatoria de la menor. Sin embargo, se materializaron sin previa notificación a la defensa del acusado. Por más que se dictó conducción compulsiva, no fueron localizados por lo que se prescindió de su actuación en juicio oral. Por lo tanto, tales declaraciones no pueden formar parte del caudal probatorio utilizable para formar convicción judicial en la sentencia penal. Sin embargo, conforme a lo desarrollado previamente, la absolución no es posible debido a

la persistencia de la declaración de la niña ante la Fiscalía, el médico legista, el psicólogo forense y lo vertido en el acta de constatación fiscal (Fundamento Jurídico 5º).

4.5. Vinculación con la defensa penal de agentes delictivos desconocidos

La Corte Suprema afirma que la defensa penal de autores delictivos de identidad desconocida está garantizada con defensores públicos. En la **Casación Nº 936-2021-Arequipa/Sala Penal Permanente [Ponente Carbajal Chávez]**, de fecha 07.06.2022, se argumentó que, aunque no se había identificado a los abusadores sexuales de un menor de edad, era factible realizar la entrevista en cámara Gesell con el fin de identificarlos, y que ello no es incompatible con el derecho a la defensa efectiva, ya que esta podría ser garantizada mediante un defensor público (Fundamento 10.5º).

En sentido similar se resolvió la **Casación Nº 3050-2022-Huánuco/Sala Penal Permanente [Ponente Luján Túpez]**, de fecha 15.05.2023, donde se respaldó la procedencia de la declaración del menor victimizado sexualmente a través de la entrevista única en cámara Gesell vía prueba anticipada, sin que sea necesario identificar plenamente al presunto responsable. Ningún precepto procesal condiciona la admisibilidad de la prueba anticipada a tal requisito (Fundamento 8°).

4.6. Vinculación con la convalidación del acta de entrevista única a pesar de no actuarse bajo las reglas de la prueba anticipada

Si bien a la fecha en que se realizó la diligencia procesal era necesario recabar la declaración de la víctima en cámara Gesell bajo las reglas de la prueba anticipada durante la investigación preparatoria o en todo caso que declare en juicio oral bajo las reglas del artículo 171 CPP, la Corte Suprema en la **Casación Nº 2453-2021-Madre de Dios/Sala Penal Permanente [Ponente San Martín Castro]**, de fecha 21.08.2023, argumentó en el fundamento 3° que, siempre que se haya respetado el derecho de defensa del acusado en la diligencia en cámara Gesell realizada el 08.06.2019 y atendiendo al principio de no revictimización, se podía aplicar la excepción para la lectura del acta que contiene la declaración testimonial de la víctima, conforme al artículo 383, numeral 1, literal d) CPP, que al ser valorada en conjunto con el resto del material probatorio permitió legítimamente arribar a la condena del abusador sexual infantil.

Aunque el casacionista postuló como agravio que la entrevista en cámara Gesell no se tramitó bajo las reglas de la prueba anticipada (a pesar de que el Decreto Legislativo Nº 1386, que modificó la Ley Nº 30364, estaba vigente en el momento en que se llevó a cabo tal diligencia), la Corte Suprema mediante el **Auto de Calificación de Casación**

Nº 2786-2021-Ventanilla/Sala Penal Permanente [Ponente Luján Túpez], de fecha 19.06.2023, reafirmó que solo era necesario garantizar el derecho de defensa del acusado, el cual se satisfacía a través del contradictorio en juicio oral y la presencia de un abogado defensor público en la diligencia en cámara Gesell, salvo que se acreditara defensa ineficaz de su parte:

> "**La aludida entrevista en cámara Gesell (…) se realizó con intervención de la psicóloga, el representante del Ministerio Público y la defensa pública. Esto, *per se*, autoriza su incorporación al juicio oral, como prueba personal documentada, de acuerdo con el artículo 383, numeral 1, literal d, del código adjetivo. Así, es prueba valorable por el órgano jurisdiccional sentenciador**. (…)
>
> En lo pertinente, durante el plenario, (…) se visualizó el CD-ROM con la mencionada entrevista; por tanto, las partes procesales tuvieron la posibilidad de ejercer la contradicción respectiva. (…)
>
> Luego, **no existe disposición legal que imponga, como requisito constitutivo de la declaración de menores en cámara Gesell, la presencia del letrado privado, a menos que se demuestre que el abogado público interviniente no desplegó una defensa eficaz, no formuló interrogantes ineludibles por intermedio del psicólogo o permitió el direccionamiento de la deposición, a fin de perjudicarlo**" (Fundamento 6.1°, la cursiva es del original, la negrita es nuestra).

En la **Casación Nº 2195-2019-Amazonas/Sala Penal Permanente [Ponente Torre Muñoz]**, de fecha 10.08.2021, la Corte Suprema destaca en su Fundamento 18° que la declaración de niños victimizados sexualmente debe recabarse en cámara Gesell bajo las reglas de la prueba anticipada; sin embargo, en el Fundamento 24° considera que las irregularidades (ausencia de juez) en la tramitación bajo tal procedimiento probatorio resultan irrelevantes, siempre que se respete el derecho de defensa a través de la transcripción de la declaración en acta y el audio de la diligencia, pasibles de ser sometidos al contradictorio.

Finalmente, en la **Casación N° 226-2024-Ica/Sala Penal Permanente [Ponente Carbajal Chávez]**, de fecha 16.07.2024, se resolvió un caso de contactos indebidos sexuales sobre la vagina de una niña de 7 años, tocamientos realizados por un vecino –no familiar– que vivía en el primer piso del inmueble. A pesar de que no fue planteado como un agravio, la Corte Suprema igualmente se pronunció en el Fundamento 8° respecto de la posibilidad de utilizar una declaración no recabada bajo las reglas de la prueba anticipada. Es opinión de la Corte Suprema que, si bien el acta de entrevista única ingresó al proceso penal como prueba preconstituida, aun cuando al momento de los hechos estaba vigente el Decreto Legislativo N° 1386, esta declaración no debió ser automáticamente excluida (*como efectivamente ocurrió en segunda instancia*).

Según la Corte Suprema, lo que sucede es que ahora la norma estipula una exigencia formal mayor, pero como estamos en un sistema de libre valoración de la prueba, solo

se ha mermado el valor de la declaración, que aún puede ingresar a la valoración conjunta de la prueba para determinar si se corrobora o no su valor incriminatorio. Dicho esto, precisamos que, en el caso concreto, hubo suficientes pruebas corroboradoras de la hipótesis fiscal que enervaron la presunción de inocencia del acusado, por lo que la exclusión del testimonio de la niña no fue perjudicial a sus legítimos intereses.

4.7. Vinculación con la no convalidación del acta de entrevista única al no actuarse bajo las reglas de la prueba anticipada

Traemos a colación la **Casación Nº 398-2021-Apurímac/Sala Penal Permanente [Ponente Coaguila Chávez]**, de fecha 16.06.2022, donde la Corte Suprema establece un criterio rígido: la declaración de la víctima debe recabarse bajo las reglas de la prueba anticipada para que pueda ser valorable en juicio oral (con necesaria presencia de un juez de investigación preparatoria):

> "(…) **la declaración única de la víctima no fue recabada como prueba anticipada. En ese sentido, a partir de saber que es un requisito primordial que sea actuada por un juez penal, con todas las garantías que se observan en un juicio oral, la declaración carece de efectos legales**.
>
> A saber, la declaración de la víctima fue recabada en cámara [Gesell] el siete de diciembre de dos mil dieciocho (…) el artículo 242 del Código Procesal Penal fue modificado por el Decreto Legislativo 1307, publicado el treinta de diciembre de dos mil dieciséis (cuya vigencia se produjo noventa días después), que regula la práctica de tal diligencia (literal d, inciso 1, del artículo 242: declaración de niñas […]) como prueba anticipada, lo cual podría significar la exclusión de dicha declaración del acervo probatorio por la afectación del debido proceso" (Fundamento Jurídico 5°, la negrita es nuestra).

El siguiente caso generó un gran debate en la Corte Suprema. Una niña reveló espontáneamente durante la entrevista en cámara Gesell que la expareja de su madre, también, le tocó indebidamente (aparte del sospechoso cuyas acciones motivaron el proceso penal). El Ministerio Público no suspendió tal diligencia y no notificó a la expareja, argumentando que fue un hecho espontáneo y que debía facilitarse la libre declaración de la menor. Sin embargo, mediante la **Casación Nº 918-2019-Del Santa/Sala Penal Permanente [Ponente Altabás Kajatt]**, de fecha 25.02.2022, se argumentó que tal proceder del Ministerio Público originó que tal declaración sea inutilizable en juicio oral al no respetar las exigencias formales mínimas que garanticen el derecho de defensa del acusado – expareja de la madre–(Fundamento 7°), por lo que la única alternativa era acudir a la prueba de oficio para lograr la declaración de la menor en juicio oral o en sede de apelación. Se podía adecuar su toma de declaración conforme a los parámetros del artículo 171 numeral 3 CPP (Fundamento 9°).

4.8. Conclusiones respecto de la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre cámara Gesell y prueba anticipada

En base a la lectura de la glosada jurisprudencia, podemos llegar a las siguientes conclusiones:

- Actualmente, de la lectura literal del artículo 242 CPP, la declaración de la víctima menor de edad que habría sido violentada sexualmente *puede* (es una posibilidad) recabarse en cámara Gesell bajo las reglas de la prueba anticipada. Sin embargo, frente a la ausencia de suficientes cámaras Gesell en todos los distritos judiciales del país, habrá situaciones donde simplemente se acuda a la entrevista única en un lugar adaptado de forma *amigable* al menor de edad.
- Por otro lado, cuando se cometa un delito sexual bajo el alcance de la Ley Nº 30364, por imperativo legal de esta ley especial (artículo 19), se recabará la declaración del menor de edad obligatoriamente mediante la técnica de la prueba anticipada, siempre respetando sus formalidades, especialmente la participación del abogado defensor del imputado. De lo contrario no desplegará efectos probatorios, de tal forma que la víctima tendrá que declarar en el plenario bajo las reglas del artículo 171 numeral 3 CPP: se adaptará el tribunal a efectos de garantizar la integridad emocional de los menores y se dispondrá la intervención de un perito psicólogo.
- Cuando es obligatoria la recabación de la declaración bajo las reglas de la prueba anticipada, no es aceptable que únicamente el fiscal dirija la diligencia de toma de declaración sin presencia del juez de investigación preparatoria (quien tiene la obligación de participar) ni que se lleve a cabo en ausencia de un abogado defensor del presunto responsable. Si bien existen pronunciamientos donde se han convalidado las actas de entrevista única, sin participación del juez de investigación preparatoria, la Corte Suprema pretendió convalidar esta irregularidad a través del respeto del derecho de defensa, visto desde una perspectiva global, y la evitación de la revictimización. Hipotetizamos que se realizó ello para lograr la eficacia de la investigación y el juzgamiento en un plazo razonable. No se adoptó una perspectiva tan rígida como en determinados pronunciamientos jurisprudenciales que simplemente no le otorgaron validez.
- Desde nuestra perspectiva, que el artículo 242 CPP no esté redactado de forma imperativa en lo relacionado a la prueba anticipada en casos de niños, niñas y adolescentes victimizados sexualmente, no impide interpretar la disposición legal en el sentido de que la norma *realmente* obliga a recabar la declaración de la víctima bajo las reglas de la prueba anticipada. El objetivo de este instituto procesal es evitar la revictimización del menor de edad, y ello se satisfará

principalmente mediante la intervención del juez de investigación preparatoria con presencia de un abogado defensor (siquiera de oficio), además del cumplimiento del resto de formalidades.

- Pero, si no se actúa bajo las reglas de la prueba anticipada, por ejemplo, sin intervención del juez de investigación preparatoria, ¿debe utilizarse esta garantía en contra de la víctima? ¿debe obligarse a la víctima a declarar por segunda vez por esta irregularidad formal? Creemos que no. El límite es el respeto al derecho de defensa. Si se garantizó la defensa del investigado, entonces el acta que recoge el testimonio, si la víctima no declara en juicio oral, puede introducirse para su oralización y debate contradictorio. Pero ello no significa que se perdone esta negligencia del Fiscal quien podría ser pasible de una sanción disciplinaria por demostrar ineficiencia en el ejercicio del cargo.
- Siempre que se recabe la declaración del menor en cámara Gesell vía prueba anticipada, tanto el acta como la videograbación deben ofrecerse en etapa intermedia para ser actuadas en juicio oral. Dependerá de la estrategia del fiscal o del abogado defensor si solo se oraliza el acta o también determinadas partes del video que perennizó la entrevista única en cámara Gesell. En caso haya habido alguna omisión de ofrecimiento probatorio por parte del Ministerio Público, entonces siempre está disponible la posibilidad de actuarse prueba de oficio, tanto en primera como en segunda instancia, de forma excepcional.
- La notificación de la realización de la diligencia en cámara Gesell puede producirse el mismo día que se ejecutará, dada la urgencia de su materialización; sin embargo, en la medida de lo posible, debe otorgarse a la defensa del presunto responsable un tiempo prudencial para que pueda desarrollar una estrategia efectiva que involucre la formulación de preguntas pertinentes durante la entrevista única en cámara Gesell.
- Cualquier parte procesal puede obtener una copia de la videograbación de la entrevista forense, siempre que la resguarde adecuadamente, para así tener insumos con los cuales defender sus intereses procesales.
- La entrevista en cámara Gesell puede ser utilizada para indagar en la memoria del menor, bajo la conducción de un psicólogo forense experto en desarrollo infantil. Eventualmente, se podrá identificar a través de su declaración a agentes delictivos desconocidos. Para ello se requiere la procedencia de la diligencia, que no está supeditada a la suficiencia de elementos de convicción que permitan sospechar de alguien. Lo relevante es la urgencia, irrepetibilidad y no revictimización del menor.

5. Extracción de información durante la declaración del menor de edad en Cámara Gesell/Entrevista Única

5.1. Una breve introducción sobre la entrevista forense

La entrevista forense, en términos simples, es un método de extracción de información ejecutado para esclarecer hechos de relevancia delictiva, especialmente cuando las víctimas son menores de edad, aunque no limitado a este grupo poblacional ya que también se aplica en víctimas adultas, en adultos mayores, en miembros de comunidades nativas, etc.

La característica principal de la entrevista forense incide en su aspecto conversacional, puesto que el entrevistador busca extraer información del entrevistado, conocer lo que percibió del hecho delictivo, tanto los aspectos incriminatorios como no incriminatorios, tanto lo central como lo circundante.

A diferencia de la entrevista forense, el interrogatorio tiene un matiz más coercitivo, donde se busca extraer información incriminatoria y, si es posible, lograr la confesión del declarante. De hecho, si acudimos a la evolución de las técnicas de interrogatorio, siguiendo a Costanzo y Krauss (2021, p. 64), podemos apreciar que estas se han vuelto más y más sofisticadas, moviéndose desde el uso de violencia física directa, para llegar al empleo del abuso físico encubierto que no deja huella, hasta el empleo de medios de coerción puramente psicológicos.

Conversar con niños no es lo mismo que conversar con adultos. Usualmente los niños respetan la autoridad de los adultos y consideran que estos ya saben las respuestas a las preguntas que reciben. Los niños no suelen corregir a los adultos ni comunicar que no saben algo (inclusive de forma impulsiva suelen responder a las preguntas sin saber la respuesta exacta), etc.

Aunque estas características comunicacionales no son perjudiciales en contextos cotidianos, no es aceptable que se trasladen a un proceso penal sexual. En la entrevista forense si bien es relevante la edad exacta del menor, más importante es que el niño tenga la capacidad de entender las preguntas y brindar un relato verosímil. Precisamente, la entrevista forense pretende brindar las mejores herramientas para preguntar a los niños, de una forma científica, sobre aspectos que han vivido y que tienen relevancia penal. Las técnicas de entrevista se suelen consolidar de forma ordenada en un protocolo de entrevista forense.

En Perú, el psicólogo forense infantil es quien dirigirá la entrevista forense *in situ* con el menor entrevistado, mientras que el juez de investigación preparatoria ejercerá un control jurídico de la diligencia. Aquel profesional debe utilizar protocolos de entrevista

apropiados basados en investigaciones empíricas y principios psicológicos que permitan: 1) Obtener declaraciones sólidas de niños, niñas y adolescentes victimizados sexualmente; 2) Proteger a personas acusadas falsamente. De lo contrario, el producto (testimonio) será de baja calidad epistémica y tendrá repercusiones negativas para las investigaciones, el bienestar del menor y la libertad y honra de un inocente.

Existen múltiples formas en las que un niño puede ser victimizado sexualmente: a través de tocamientos, penetración, creación de pornografía, proposición a niños con fines sexuales, etc. Los protocolos de entrevista forense más desarrollados no fueron concebidos para únicamente abordar un solo delito concreto, sino más bien para ser usados en niños (grupo etario objetivo) víctimas de abuso (en sentido amplio, no solo sexual).

Por lo tanto, dada su utilidad, profundizaremos en aquellas técnicas de entrevista forense que son de utilidad cuando el delito a esclarecer es de naturaleza sexual. Por supuesto, todo lo que se dice en general sobre delitos sexuales puede ser aplicado al análisis del delito de contactos indebidos sexuales. Al niño solo se le pide que relate los tocamientos sufridos. La valoración de la conducta, y si es de índole criminal, recae en el juzgador.

5.2. Características de los Protocolos de entrevista forense

Desde una perspectiva internacional, Slonecker et al. (2024) argumentan que el uso de un concreto protocolo depende de varios factores: jurisdicción, tipo de interrogador (policía, especialista de un Child Advocacy Center), etc. (p. 68). Recordemos que en nuestro país, cuando se entrevista a niños presuntamente abusados sexualmente, el personal que realiza la entrevista forense es un psicólogo, y no un policía, por ejemplo. Sin embargo, en Estados Unidos, un policía, de acuerdo con la jurisdicción local, puede realizar entrevistas forenses, en otro caso será un trabajador social o también un psicólogo.

Según Poole y Dickinson (2024, p. 190), los protocolos de entrevista abarcan desde listas cortas con principios básicos hasta documentos extensos con información acerca del desarrollo en niños, así como requerimientos legales y procedimentales. Según ambos autores, no existe una taxonomía para categorizar a los protocolos de entrevista forense; sin embargo, determinadas características pueden señalarse para poder identificarlos adecuadamente.

5.2.1. Protocolos convencionales versus Protocolos basados en la práctica

El interés en los protocolos de entrevista surgió en la década de 1980, cuando investigadores del estudio de adultos y niños como testigos oculares publicaron guías incipientes que inspiraron una generación de protocolos de entrevista posteriores. Son bien recibidos los estudios sobre principios básicos de recuperación de memoria e influencia social, como los beneficios de obtener narrativas basadas en el recuerdo libre, el seguir la línea de pensamiento de los testigos y el evitar preguntas sugestivas (Poole y Dickinson, 2024, pp. 190-191). A aquellas guías inspiradas por la investigación psicológica se les conoce como **protocolos convencionales**.

Por otra parte, hubo entrevistadores y clínicos que, producto de su experiencia en entrevistas a víctimas, la tradujeron en aproximaciones sobre cómo realizar entrevistas. La confianza estaba depositada en técnicas que eran fáciles de enseñar y que eran capaces de producir más revelaciones de abuso. Por lo tanto, se acudía mucho al uso de preguntas directivas y apoyos (muñecos anatómicamente correctos, diagramas de cuerpo, etc.) a diferencia de los protocolos convencionales (Poole y Dickinson, 2024, p. 191). A estas guías se les denomina **protocolos basados en la práctica**.

Actualmente, los protocolos de entrevista forense suelen representar un punto medio entre lo teórico derivado de investigaciones psicológicas y aquello que resulta muy útil en la aplicación práctica.

5.2.2. Protocolos privados versus Protocolos disponibles públicamente

Cualquier persona puede inventar una técnica, darle un nombre y ofrecer entrenamiento a cambio de un pago. Cuando las técnicas son privadas, es usual que aquellos potenciales consumidores firmen un acuerdo de confidencialidad para prevenir su diseminación indebida, protegiéndose así los intereses financieros de sus desarrolladores. Lamentablemente, como estas técnicas privadas no han sido sometidas a refutación, no existe o es muy escasa la evidencia empírica que las respalde en la comunidad científica (Poole y Dickinson, 2024, p. 191). A los protocolos basados en estas técnicas de origen privado, simplemente se les conoce como **protocolos privados**.

Con el objetivo de servir a niños y familiares de una forma más adecuada en el sistema de justicia, es necesario promover el uso de protocolos de acceso público. Solo así se permitirá someter a refutación la calidad de estos protocolos, ya que los científicos podrán saber si realmente funcionan o no, así como ofrecer recomendaciones para mejorar el conocimiento existente. Que sea de acceso público no impide que se hagan valen los derechos de autor sobre los artículos de investigación y los materiales de entrenamiento. Sin embargo, el mensaje es evidente: si es de acceso público, entonces

los autores no tienen nada que temer a las críticas (Poole y Dickinson, 2024, p. 191). A estos protocolos se les denomina **protocolos disponibles públicamente**.

5.2.3. Protocolos poco estructurados versus Protocolos altamente estructurados

Todos los protocolos guían a los entrevistadores a través de una serie de fases de entrevista, pero los protocolos varían ampliamente en cuánta guía proveen relacionada con lo que los entrevistadores pueden realmente decir. A comparación de los **protocolos poco estructurados**, los **protocolos altamente estructurados** proveen guiones de diálogos que los entrevistadores pueden leer para dar instrucciones y formular preguntas, lo cual mejora su rendimiento y simplifica su entrenamiento. Sin embargo, la principal preocupación con los protocolos altamente estructurados es que al no apegarse a los guiones sugeridos, los entrevistadores podrían ser más fácil objeto de críticas. Precisamente, los protocolos poco estructurados son muy populares porque los entrevistadores pueden explotar con mayor facilidad su aproximación propia en la introducción de la entrevista forense, la forma de dar instrucciones y otros temas relacionados (Poole y Dickinson, 2024, p. 192).

5.2.4. Protocolos genéricos versus Protocolos de una jurisdicción específica

Los **protocolos genéricos** buscan relevancia generalizada al ofrecer los mejores principios prácticos, sin información añadida que quizás no sea transferible de jurisdicción en jurisdicción (Poole y Dickinson, 2024, p. 192). Mientras que los **protocolos de una jurisdicción específica** son frecuentemente más extensos porque contienen tópicos especiales, además de procedimientos y políticas locales (Poole y Dickinson, 2024, p. 192).

5.3. Breve recuento de los Protocolos de Entrevista Forense a nivel internacional

De acuerdo con Poole y Dickinson (2024, p. 193), el campo está dominado por unos cuantos “modelos padres” que produjeron “vástagos” en la medida que los grupos políticos arrancaron material irrelevante de protocolos de una jurisdicción específica,

agregaron material de una jurisdicción específica a protocolos genéricos, y combinaron técnicas de 2 o más modelos originando enfoques híbridos.

A continuación, se brindará un breve recuento de los protocolos que más están actualmente en uso. Sin embargo, nos enfocaremos especialmente en el protocolo de entrevista forense desarrollado por el "National Institute of Child Health and Human Development" (NICHD).

5.3.1. Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings

Explican Poole y Dickinson (2024, p. 193) que el "Memorandum of Good Practice", luego actualizado como "Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings", fue elaborado para ser aplicado en el Reino Unido. Quienes lo redactaron fueron Ray Bull y Di Birch en 1992, equipo que se inspiró en el trabajo conducido en Alemania por Steller y Köhnken, Trankell y Undeutsch, así como en las recomendaciones del psiquiatra infantil David Jones.

En este protocolo se adoptó una estructura en fases que contenía: construcción de rapport, narrativa libre, fase de preguntas y cierre. También se promovió una jerarquía en la forma de elaborar preguntas, con las preguntas abiertas al inicio, seguidas de preguntas más específicas: directivas, cerradas y finalmente sugestivas (se recomendaba evitar estas últimas) (Poole y Dickinson, 2024, p. 193).

El protocolo Achieving Best Evidence está disponible en línea (https://www.gov.uk/government/publications/achieving-best-evidence-in-criminal-proceedings) e incluye apéndices muy útiles que ilustran sobre cómo entrevistar a niños con discapacidades y niños con dificultades comunicativas, se ofrecen sugerencias sobre cómo demostrar que los niños entienden la diferencia entre la verdad y la mentira, además se presentan técnicas mejoradas sobre entrevista cognitiva, estándares nacionales para preparar a niños testigos, etc.

5.3.2. The Step-Wise Guidelines for Child Interviews

El investigador canadiense John Yuiller desarrolló The Step-Wise Interview (que en la década de 1990 pasó a llamarse The Step-Wise Guidelines for Child Interviews) para ayudar a los entrevistadores a obtener narrativas de alta calidad necesarias para el "statement validity análisis", una técnica que evalúa la credibilidad mediante el recuento de características típicas halladas en los reportes de memoria de testigos (Poole y Dickinson, 2024, p. 194).

Las fases del protocolo inicial incluyen: construcción de rapport, el requerir el recuerdo de dos eventos específicos, la instrucción para “decir la verdad” antes de introducir el tópico penalmente relevante, fomento de una narrative libre, formulación de preguntas generales y luego específicas (si es necesario), utilizar apoyos (si es necesario) y finalmente la conclusión de la entrevista (Poole y Dickinson, 2024, p. 194).

Posteriormente se hicieron mejoras al protocolo, incluyendo su nombre para destacar el objetivo de mantener un enfoque flexible que tome en consideración las necesidades del desarrollo de los niños. Otros cambios incluyeron la opción de evaluar conceptos lingüísticos de forma temprana en las entrevistas, la supresión de instrucciones extensas, y una mirada más cauta en el uso de muñecos anatómicos a la par que se incorporaron un amplio rango de herramientas de entrevistas, por ejemplo, las técnicas de entrevista cognitiva para preadolescentes y adolescentes (Poole y Dickinson, 2024, p. 194).

5.3.3. The Cognitive Interview

En los Estados Unidos se produjo un esfuerzo para mejorar las entrevistas con testigos adultos cooperativos. El psicólogo cognitivo Ron Fisher y su colega Ed Geiselman desarrollaron un enfoque que contenía un conjunto de estrategias flexibles que abordaban las dinámicas sociales de las conversaciones, la necesidad de una comunicación clara durante la entrevista, y las realidades cognitivas de la recuperación de la memoria. Por ejemplo, los entrevistadores pueden facilitar el recuerdo al pedirle al testigo que recree mentalmente el contexto del crimen y que recuerde el evento varias veces de múltiples formas, como el enfocarse en información visual en un recuerdo y en información auditiva en otro recuerdo (Poole y Dickinson, 2024, pp. 194-195).

La entrevista cognitiva ha resultado muy útil en la recuperación de información en niños testigos. No obstante, es mejor seleccionar un bloque de técnicas, compatible con las habilidades de los niños, que no resulten en largas y fatigantes entrevistas. Hoy en día, algunos protocolos de entrevista forense a niños incluyen algunas técnicas de entrevista cognitiva (Poole y Dickinson, 2024, p. 195).

5.3.4. The National Institute of Child Health and Human Development Protocol

El National Institute of Child Health and Human Development Protocol (en adelante, Protocolo NICHD) tomó forma en la década de 1990, cuando el psicólogo del desarrollo Michael Lamb y sus colegas llegaron a un acuerdo con una agencia gubernamental en Israel para brindar talleres sobre cómo realizar entrevistas forenses a cambio de acceso

a transcripciones e información de casos con fines de investigación. Después de analizar las entrevistas a las que tuvieron acceso, el equipo respondió a los lamentables hallazgos (por ejemplo, poco uso de preguntas abiertas, alto uso de preguntas cerradas) desarrollando un protocolo estructurado e iniciando un programa de investigación para mejor entender las necesidades de los niños testigos y los entrevistadores (Poole y Dickinson, 2024, p. 196).

El Protocolo NICHD está enfocado en niños 3 de años en adelante, y puede ser adaptado a las necesidades de los adolescentes de acuerdo con su nivel de madurez o las necesidades del caso concreto; sin embargo, los principios básicos del protocolo siguen aplicándose en este grupo poblacional.

Actualmente, el Protocolo NICHD revisado es considerado el estándar de oro en las entrevistas forenses a niños en Estados Unidos e Israel (Slonecker et al., 2024, p. 68). El citado protocolo es el más ampliamente investigado en la comunidad científica, consistentemente diversos estudios han encontrado que el protocolo mejora la capacidad de entrevistar y produce beneficios tangibles, como la menor resistencia a revelar el abuso (Poole y Dickinson, 2024, p. 195). Asimismo, este protocolo ha sido probado tanto empíricamente (entrevistas a niños presuntamente abusados sexualmente) como en estudios de laboratorio (entrevistas a niños en situaciones similares a un caso real o donde se requiere recuperar su recuerdo para poner a prueba su memoria). En cuanto al uso de lenguaje apropiado, se deja menos margen a la subjetividad ya que contiene un protocolo semiestructurado (Faller, 2016, p. 124; Rohrabaugh et al., 2016, p. 212).

5.3.4.1. Un sucinto análisis del Protocolo NICHD

En la dirección web "https://nichdprotocol.com/the-nichd-protocol/" se alojan en formato PDF la última versión revisada del Protocolo NICHD en inglés que es del año 2021. También se encuentran distintas versiones del protocolo traducidas al idioma búlgaro, chino, neerlandés, francés, alemán, griego, hebreo (incluido uno específicamente para personas con discapacidad en el aprendizaje), italiano, japonés (versión de 2021), polaco (versión de 2021), portugués, portugués brasileño, rumano, letón, georgiano, esloveno, indonesio, ruso, español, español argentino y sueco.

Una advertencia: el Protocolo NICHD no simplemente se traduce a otro idioma, sino que debe ser adaptado al idioma y cultura del país receptor, trabajo que requiere una colaboración interdisciplinar (psicología, sociología, antropología, derecho, etc.) y especializada en la materia. Sin embargo, hasta que ocurra un trabajo robusto y serio en nuestro país que consolide tal objetivo, es importante destacar que muchas de las buenas prácticas recogidas en dicho protocolo, así como otras más, han

sido previamente probadas empíricamente con buenos resultados y publicados internacionalmente en revistas revisadas por pares, por lo tanto, el psicólogo forense peruano puede recoger esas investigaciones empíricas y adaptarlas al caso concreto conforme se lo permite su expertiz.

El **Protocolo NICHD revisado versión 2021** consta de 7 fases. A continuación, brindaremos un panorama general del mismo. La primera consiste en la **Introducción** del entrevistador, quien se presenta, menciona la fecha y la hora, a qué menor de edad entrevistará, y se asegura que la videograbadora esté funcionando. La segunda fase se denomina **Construcción de rapport y entrenamiento de la narrativa**, donde se le pregunta al niño que cuente acerca de las cosas que le gusta hacer. Si el niño no responde, se ofrecen preguntas específicas que pueden ser utilizadas para motivarlo a hablar. Se debe evitar que el niño narre acerca de programas de televisión, videos o fantasía. Asimismo, debe lograrse que el niño narre inclusive cosas desagradables que le sucedieron, y las emociones y pensamientos relacionados al evento en cuestión (aún no se está hablando del abuso sexual en sí mismo).

La tercera fase se denomina **Explicación y Práctica de las Reglas Básicas**, siendo elemental que se adapten las preguntas de acuerdo con el nivel de desarrollo del niño. Aquí se explica al niño que si no entiende alguna pregunta, puede responder “no entiendo”, que si no sabe la respuesta a alguna pregunta puede responder “no lo sé”. También debe explicarse al menor que si el entrevistador dice algo incorrecto, entonces el niño puede corregirlo. Inmediatamente, tiene que ponerse a prueba si entiende ello, por ejemplo, el entrevistador le puede preguntar: ¿Qué he desayunado hoy? El niño debería responder “no lo sé”, porque es obvio que no sabe qué ha desayunado el entrevistador. Si el niño se atreve a adivinar, el entrevistador debe corregirlo diciéndole: “cuando no sepas una respuesta, por favor, no adivines, solo di que no sabes la respuesta”. Finalmente, el entrevistador le pide al niño que diga la verdad sobre lo que le ha ocurrido y le solicita que prometa decir la verdad.

La cuarta fase se denomina **Construcción adicional de rapport y Entrenamiento de la memoria episódica.** Previamente a la entrevista, se debió haber identificado un evento reciente, corto, positivo y significativo en el que el niño participó activamente. El objetivo es invitar al niño a que relate sobre el evento, seguir preguntándole hasta que brinde un relato completo del mismo y segmentar el evento (desde tal actividad –que el niño mencionó– hasta tal momento –una actividad subsecuente mencionada–). Así se pone a prueba la memoria episódica del niño o niña.

La quinta fase se conoce como **Fase Sustantiva**, y el primer subcomponente implica una transición para discutir temas relacionados al evento de abuso sexual. Por ejemplo, se le puede decir al niño: “Entiendo que algo pudo haberte pasado. Cuéntame todo al respecto de inicio hasta el final”. El protocolo brinda otras pautas en caso el niño se muestre reacio a hablar. Si a pesar de ello no se logra que el menor revele el abuso,

entonces debe cerrarse la entrevista adecuadamente y programarse otra reunión en caso sea necesario para reforzar el rapport en otra oportunidad (específicamente si el niño ofreció resistencia o no se comportó cooperativamente).

Sin embargo, también podría suceder que revele el abuso, entonces allí el entrevistador tiene que explorar el o los incidentes a través de preguntas abiertas. Si algunos detalles centrales fueron omitidos o hay ambigüedad, entonces se tiene que utilizar preguntas más directas. Posteriormente, debe darse un descanso al niño, momento en que el psicólogo aprovecha para revisar sus notas y verificar si algo está faltando, para así planificar el resto de la entrevista.

La sexta fase es conocida como **Información sobre la Revelación**, que consiste específicamente en extraer del niño datos acerca de si este le contó sobre el abuso sexual a otra persona. Debe luego explorarse el proceso de revelación, abordándose el tiempo, las circunstancias, las personas receptoras, de qué forma se habría discutido el evento y las reacciones a la revelación tanto del niño como de las personas receptoras de la confidencia (a veces solo es una persona y en otras ninguna). Finalmente, la séptima consiste en **Cerrar la Entrevista**, por ejemplo, el entrevistador le puede preguntar al niño: ¿Qué harás después de que terminemos de hablar? También pueden hablar acerca de un tópico neutral por un par de minutos.

5.3.5. The Ten-Step Investigative Interview

Las guías abreviadas capturan la estructura general y las prácticas de uno o más "protocolos padres". Un muy conocido ejemplo proviene de Thomas D. Lyon, un académico estadounidense sobre maltrato infantil con formación en psicología y derecho. Inspirado por el protocolo NICHD, elaboró la "Lyon's Ten Step Investigative Interview" con 10 tópicos: 1) Instrucción "No lo sé"; 2) Instrucción "No entiendo"; 3) Instrucción "Estás equivocado"; 4) Instrucción "Entrevistador Ignorante"; 5) Promesa de decir la verdad; 6) Practicar narrativas; 7) Alegación (introducción al tópico); 8) Seguimiento de la alegación (extracción de una narrativa libre); 9) Seguimiento con invitaciones (agotar las invitaciones antes de seguir con las preguntas con "wh"[23]); 10) Incidentes múltiples (Poole y Dickinson, 2024, p. 196)

Guías abreviadas como esta proveen un panorama útil de la práctica convencional, sobrecargan menos cognitivamente y son muy apreciadas en las jurisdicciones que prefieren la flexibilidad de un enfoque poco estructurado (Poole y Dickinson, 2024, p. 196).

[23] What (qué), who (quién), when (cuándo), where (dónde).

5.3.6. The Standard Interview Method

Martine Powell y sus colegas elaboraron el Standard Interview Method (SIM), un marco orientativo para las entrevistas de recolección de información, el cual empaquetó las características básicas de entrevistas basadas en la evidencia en un protocolo diseñado para ser modificado de acuerdo con los objetivos planteados y para diversos ambientes culturales y legales. El título de cada variación es “Standard Interview Method” seguido de un subtítulo identificativo (Poole y Dickinson, 2024, p. 197).

5.4. Sobre los “Protocolos de Entrevista Forense” utilizados en Perú

Si partimos de las *características* de los protocolos de entrevista forense desarrolladas previamente, **observamos de forma consistente las siguientes características en todos los protocolos peruanos**: contienen un punto medio entre protocolo convencional y protocolo basado en la práctica (aunque su desarrollo o explicación es muy pobre), son protocolos públicamente disponibles (de fácil acceso en la web, pero de los que no conocemos que hayan sido testeados por la comunidad científica peruana ni mucho menos internacional), son protocolos muy poco estructurados (se deja una amplia libertad al psicólogo forense sobre cómo formular preguntas, además no hay mención a fases) y son protocolos de aplicación en una jurisdicción específica, en todo el territorio de la república peruana (no solo contienen una sucinta guía sobre cómo abordar la entrevista forense, sino que más están centrados en aspectos legales procedimentales).

Si nos centramos en protocolos de entrevista forense al estilo NICHD o Step-Wise Guidelines for Child Interviews, la realidad es que en nuestro país no existe un Protocolo de Entrevista Forense similar aplicable en casos de ASI. Más bien lo que tenemos son guías de procedimiento o protocolos de actuación donde se recogen las pautas mínimas que los operadores jurídicos deben seguir de inicio a fin durante la diligencia de toma de declaración de la víctima en cámara Gesell/sala de entrevista única: quiénes participan en la diligencia, cuáles son sus funciones, cómo almacenar el producto de la entrevista (acta que contiene la declaración de la víctima, así como el video que perenniza la entrevista), etc.

Inicialmente, se aprobó la **“Guía de Procedimiento para la Entrevista Única de Niños, Niñas y Adolescentes víctimas de abuso sexual, explotación sexual y trata con fines de explotación sexual”**, mediante Resolución de Fiscalía de la Nación Nº 589-2009-MP-FN, de fecha 28.04.2009, la cual posteriormente fue mejorada con apoyo del

Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) y la Asociación Solidaridad para los Países Emergentes (ASPEm). Finalmente, la versión actualizada fue aprobada mediante Resolución de Fiscalía de la Nación Nº 1247-2012-MP-FN, de fecha 22.05.2012.

De la atenta lectura del documento citado, se advierte que está dividido en 2 partes, siendo la primera de aplicación en aquellos distritos judiciales donde exista Cámara Gesell, mientras que la segunda parte se aplicará donde solo exista la sala de entrevista única. Se comparten los mismos criterios de aplicación de la entrevista forense, salvo las particularidades del lugar físico donde se lleva a cabo la diligencia de entrevista forense (en cámara Gesell o en un lugar acondicionado para la ejecución de la entrevista única).

Destacamos que en esta Guía se reconoce la importancia de recopilar información previa relacionada al caso antes de comenzar propiamente la entrevista forense, aunque no hay una mención explícita en su contenido sobre la obligación de crear "rapport". Lo que sí se evidencia es el respeto a la dignidad del menor, adecuarse a su desarrollo cognoscitivo y a cualquier particularidad que tenga al momento de realizar las preguntas o entablar comunicación. También se advierte la prohibición de no realizar preguntas sugestivas, la obligación de formular interrogantes simples que sean comprendidas por el menor de edad, además de indagar aspectos esenciales para esclarecer el hecho investigado (narración de la fecha, hora, personas presentes, descripción del presunto responsable, etc.).

Resulta positivo que en el Anexo 8, denominado "Entrevista Forense", se explique sucintamente en qué consiste la entrevista forense practicada al menor, se fomente el planteamiento de hipótesis alternativas que deben ser evaluadas antes que confirmadas, se indique que las entrevistas deben ser semiestructuradas, y que el psicólogo forense debe elegir el protocolo que más se ajuste al caso o con el que sean más experimentados. Aquí recién en este Anexo 8 se hace una referencia implícita al rapport, cuando se recomienda crear y mantener un ambiente relajado y amistoso, no tocar al menor, abordar los sentimientos del menor si se encuentra amedrentado, ser paciente con el menor cuando responda, etc.

En el Anexo 9 se recoge la recomendación de utilizar el Protocolo NICHD, pero lamentablemente se cita una versión antigua publicada en el año 2000, cuando para la fecha en que se publicó la Guía ya estaba vigente la versión actualizada del año 2007.

Posteriormente, se aprobó la **"Guía del Procedimiento de Entrevista Única a Víctimas en el Marco de la Ley 30364 para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar; y, a niños y adolescentes varones víctimas de violencia"**, mediante Resolución de Fiscalía de la

Nación Nº 3963-2016-MP-FN, de fecha 08.09.2016 (resolución que también aprobó otras 3 guías).

En esta Guía se recomienda utilizar la "entrevista cognitiva" en personas adultas, así como el protocolo NICHD en personas menores de edad que habrían sido victimizados sexualmente. Durante el desarrollo de la entrevista forense, se brindan recomendaciones generales como mantener la escucha activa, no apresurar la respuesta del entrevistado, tener en cuenta su desarrollo cognoscitivo, no formular preguntas ambiguas o sugestivas.

Destacamos que hay una referencia explícita al "rapport" cuando se indica que debe establecerse un clima de confianza, y que en esta etapa mediante preguntas abiertas se puede conocer el nivel del lenguaje del entrevistado, su capacidad de memoria y comprensión. También se destaca en la Guía la referencia a la "narrativa libre", para que el menor narre de forma espontánea los hechos, procurando mantener la atención del niño en los hechos relevantes objeto de investigación. Finalmente, la "clarificación" busca obtener la mayor cantidad de datos relevantes que permitan obtener una imputación concreta y garantizar el derecho de defensa del investigado[24]: fecha, hora, lugar, cómo ocurrió el evento, identidad del abusador y su vínculo con el menor, frecuencia e intensidad de los hechos, motivación para denunciar, etc.

Después, se aprobó el **"Protocolo de Entrevista Única para Niñas, Niños y Adolescentes en cámara Gesell"** mediante Resolución Administrativa Nº 277-2019-CE-PJ, de fecha 03.07.2019, por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial [en adelante, Protocolo de 2019]. Este protocolo debe ser leído juntamente con la Directiva Nº 002-2018-MP-FN (2018), aprobada mediante Resolución de Fiscalía de la Nación Nº 1490-2018-MP-FN, de fecha 16.05.2018. En esta directiva destacamos el hecho de que no debe solicitarse el uso de la cámara Gesell cuando una persona ya cuente con dos reprogramaciones, debido a que es un recurso limitado.

Desde nuestra perspectiva, actualmente este es el Protocolo más relevante ya que ha sido aprobado por el Poder Judicial (cuyos integrantes, especialmente jueces, juzgan y valoran la prueba a nivel nacional). Sin embargo, dependiendo del caso enjuiciado y el momento en que se realizó la entrevista forense, debe verificarse si se utilizó adecuadamente la Guía/Protocolo aprobada por Fiscalía de la Nación/Poder Judicial más adecuada al caso concreto de acuerdo con criterios temporales.

De la revisión del Protocolo de 2019, advertimos que si bien en su contenido no se menciona expresamente que se basa en el Protocolo elaborado por el "National Institute of Child Health and Human Development" (NICHD), el análisis de su contenido permite

[24] Como el artículo 19 de la Ley Nº 30364 regula que la declaración de la víctima tiene calidad de prueba constituida, entonces la Guía de 2016 considera obligatorio la participación del abogado particular o defensor público del investigado durante la entrevista única (a diferencia de la Guía de 2012 donde no era necesaria su participación y tampoco había mención explícita de su calidad como prueba preconstituida).

identificar varias similitudes, sobre todo en el establecimiento de “rapport” (vínculo de confianza), uso de preguntas abiertas, no sugestionar al menor, procurar esclarecer otros incidentes relacionados, cerrar bien la entrevista, etc. Criticamos la ausencia de las “ground rules”, una fase donde se entre narrativamente al menor, poner a prueba la capacidad moral del niño, así como la recopilación de información orientada a verificar algún posible direccionamiento en la declaración del menor para incriminar falsamente al investigado.

Finalmente, mediante Resolución de la Comandancia General de la Policía Nacional Nº 417-2023-CG PNP/EMG, de fecha 27.10.2023, se ha aprobado el **“Protocolo de Entrevista Única en Cámara Gesell para casos de víctimas y testigos de violencia contemplados en el marco de la Ley Nº 30364”**, que tiene una explicación más detallada de cada paso a realizar durante la entrevista única. Inclusive hay una mención explícita al establecimiento de rapport, narrativa libre, preguntas de clarificación, espontaneidad del relato, escucha activa, preguntas adecuadas a la capacidad cognoscitiva del menor, un adecuado cierre de la entrevista, etc. De acuerdo con su redacción, este Protocolo está dirigido especialmente al personal psicólogo forense de la Policía Nacional del Perú, lo cual obviamente no lo descalifica para ser leído y analizado por cualquier operador jurídico. Resulta óptimo que en su contenido se recomiende utilizar el protocolo de entrevista forense NICHD.

5.5. Recomendaciones para mejorar la actuación del psicólogo forense del Instituto de Medicina Legal conforme a la mejor literatura empírica

Vamos a desarrollar las mejores prácticas que existen hasta la fecha sobre cómo entrevistar a menores victimizados sexualmente. Antes de empezar, explicaremos brevemente dos puntos esenciales: entrevista forense en fases e investigación académica sobre entrevista a forense a adolescentes victimizados sexualmente.

En primer lugar, como bien vimos, las entrevistas forenses suelen estar conformadas por fases, de tal forma que el psicólogo forense se mueve de una a otra conforme al desarrollo de la entrevista. Sin embargo, conforme explica Krueger (2016, p. 61), no hay consistencia sobre exactamente qué tipo de entrevista por fases es la mejor o la más fiable para usar. El autor hipotetiza que esto puede deberse a que las fases deben adecuarse al caso concreto, dependiendo del desarrollo del niño y los hechos fácticos del caso: a medida que el entrevistador avanza en la entrevista con el niño víctima, es posible que ciertas fases se omitan, se aborden rápidamente, se ejecuten fuera de orden o requieran tiempo adicional.

Por lo tanto, de forma ilustrativa, nosotros dividiremos las recomendaciones en 4 bloques: a) A lo largo de toda la entrevista forense; b) Durante la fase inicial de la

entrevista forense; c) Durante la fase central de la entrevista forense (recabación del testimonio); d) Durante la fase final de la entrevista forense. De forma simple, nosotros solo proponemos 3 fases, cada una tiene sus propias recomendaciones; pero como se puede apreciar también incluimos recomendaciones que se aplicarán durante toda la entrevista forense.

Advertimos que no estamos proponiendo un protocolo de entrevista forense ni una guía corta como D. Thomas Lyon, sino únicamente estamos esquematizando los aportes que la literatura empírica psicológica puede ofrecer sobre entrevista forense a niños menores de 14 años abusados sexualmente.

En segundo lugar, las investigaciones de alta calidad sobre las mejores técnicas de entrevista forense con menores de edad se han centrado en el grupo poblacional de 3-12 años. Sin embargo, cuando se trata de adolescentes, aproximadamente a partir de los 13 años hasta la mayoría de edad (18 años), la investigación sobre cómo preguntarles en contextos forenses ha sido muy limitada. Sus necesidades y características de desarrollo son distintas a la de los niños pequeños, por lo que es factible inferir que se requiere consideraciones especializadas al momento de entrevistarlos. El problema es que, debido a la escasez de investigaciones, no se tiene claro cuáles son esas consideraciones especiales y de qué forma los entrevistadores pueden cumplirlas[25] (Deck et al., 2024, p. 1).

A pesar de ello, somos de la idea de que los principios básicos que rigen durante la entrevista a menores de 3-12 años pueden ser aplicados en adolescentes, bajo las adaptaciones adecuadas a su desarrollo evolutivo, en cuya labor el psicólogo forense cumple un rol fundamental. Según Deck et al. (2024, pp. 8-10) la creación de rapport también es útil con adolescentes, pero la forma de crearla difiere respecto de cómo se realiza en niños. Cuando se trata de adolescentes, los entrevistadores deben conectar con ellos de una forma que respete su autonomía e independencia como personas (especialmente facilitando que tengan una sensación de control durante la entrevista), asimismo deben interactuar de una forma que refleje que son trasparentes y genuinos (por ejemplo, si ambos se revelan mutuamente aspectos de su vida, ello favorecerá que los adolescentes compartan posteriormente detalles negativos de sus experiencias pasadas). Se ha encontrado que ejecutar actividades preparatorias durante las fases tempranas de la entrevista forense (“reglas básicas” y práctica narrativa), no solo son útiles con niños pequeños; sin embargo, cuando se trata de adolescentes deben producirse modificaciones para respetar su madurez y que no parezca que se los trata de forma infantil. Por ejemplo, una forma de hacerlo es ya no poniendo en práctica las

[25] Véase el manuscrito de Deck at. al (2024, pp. 1-13) quienes, reconociendo la escasez de investigaciones sobre entrevista forense a adolescentes victimizados sexualmente, realizaron un análisis cualitativo de entrevistas con profesionales identificados como expertos en entrevistas a víctimas adolescentes de agresión sexual, con el objetivo de tratar de llenar el vacío existente. Sin embargo, estos autores recomiendan seguir realizando investigaciones para reforzar las conclusiones arribadas.

“reglas básicas”; otra forma es explicarle por qué algunas preguntas deben hacerse a pesar de que las respuestas pueden parecer obvias.

Habiendo abordado esos dos puntos, aclaramos que *las recomendaciones (principios básicos) explícitamente desarrolladas en las siguientes líneas están enfocadas en niños de 3 a 12 años*. Aun así, bajo las adaptaciones adecuadas para adolescentes indicadas en el párrafo anterior (al menos con lo que ofrece la escasa investigación empírica sobre la materia), el psicólogo forense peruano tendrá las herramientas y habilidades necesarias que le permitirán, de ser el caso, tomar mejores decisiones al momento de abordar la entrevista forense.

Como lógica consecuencia, el juez verificará la correcta aplicación de las siguientes técnicas de entrevista forense en el caso concreto, lo cual le permitirá confiar razonablemente que el testimonio del menor es un *fruto* extraído a causa de la correcta aplicación de las investigaciones psicológicas sobre la materia (con directa incidencia en la valoración de la prueba testimonial). Cualquier apartamiento no implica una violación a la buena praxis siempre que esté justificada. Para ello, el psicólogo tendrá la oportunidad de argumentar en juicio oral su toma de decisiones durante la entrevista forense.

5.5.1. A lo largo de toda la entrevista forense

5.5.1.1. Entrevistador neutral no sesgado mediante el trabajo por hipótesis

El psicólogo forense infantil debe tener un rol neutral y no sesgado, teniendo en mente la hipótesis de la ocurrencia de ASI, pero sin descartar hipótesis alternativas que apoyen su no ocurrencia. Las personas que realizan entrevistas forenses y no mantienen la objetividad pierden credibilidad al declarar en juicio oral; no solo para el caso actual, sino también para todos los demás casos donde participan (especialmente si su mala praxis es repetitiva).

Los juicios que se forman los entrevistadores forenses pueden estar sesgados por las características personales del observador, como su experiencia, su personalidad o sus actitudes (Nahari, 2016, p. 244). En la práctica, los entrevistadores sesgados usualmente no se dan cuenta de que han perdido su objetividad, por lo que la mera advertencia de “evita sesgarte” es poco probable que sea efectiva para alterar este comportamiento (Duke et al., 2016, p. 221).

El trabajo por hipótesis múltiples (mínimamente 2) permite seguir vías alternativas para minimizar la posibilidad que el entrevistador forense se sesgue al formular preguntas indagatorias de los hechos penalmente relevantes. Esto es ejemplificado por Goodyear-

Smith (2016), cuando relatan que es común creer que, si un niño está infectado con gonorrea, entonces ha sido abusado sexualmente. Sin embargo, existe evidencia que respalda que los niños pueden contraer esta enfermedad tanto por medios sexuales como no sexuales: por ejemplo, los bebés pueden infectarse por las manos contaminadas de sus cuidadores (p. 106).

El entrevistador, explica Daly (2016), puede ser concebido como una suerte de "gatekeeper" (p. 25), encargado de filtrar los datos que permitan establecer que un evento sucedió, así como aquellos datos que apuntan a su no ocurrencia. Serán de especial interés aquellas afirmaciones fácticas vertidas por los menores que más bien cuestionen su idoneidad como narradores capaces; sin embargo, la capacidad de relato del menor (cuando cuenta sinsentidos) no puede servir tajantemente como un criterio para descartar la fiabilidad de su declaración: el desarrollo cognoscitivo y del lenguaje juega un papel relevante para entender por qué relatan como lo hacen.

En el Protocolo de 2019, en el numeral 5.8, denominado "Durante la entrevista única", aunque no explícitamente, se manda al psicólogo forense a no sesgarse en los literales "c" (espontaneidad del relato), "f" (usar preguntas abiertas) y "g" (no formular preguntas ambiguas, capciosas, subjetivas o inductoras a la evasión de la respuesta).

Finalmente, debemos hacer una matización respecto del rol neutral del psicólogo forense infantil. Puede ocurrir que, al intentar ser neutral, corra el riesgo de parecer frío y poco amistoso, e inclusive fallar en reconocer los sentimientos del niño. Frente a esta situación, Faller (2016) argumenta que en el Protocolo NICHD revisado los entrevistadores pueden reconocer los sentimientos del niño relacionados con el proceso de entrevista. El entrevistador puede decir, por ejemplo: "Veo que estás molesto" o "Realmente estás haciendo un buen trabajo"; pero ha de tener cuidado de no proporcionar este tipo de retroalimentación solo cuando el niño revele el abuso (p. 130).

En el Protocolo de 2019, en el numeral 5.8, denominado "Durante la entrevista única", se manda al psicólogo forense en el literal j): "Evitar las expresiones verbales o gestuales que señalen acuerdo o desacuerdo con las declaraciones de la niña, niño o adolescente". Al respecto, conforme lo anotado en el párrafo precedente, esta prohibición general y absoluta hace que el entrevistador forense corra el riesgo de parecer frío y poco amigable, al punto de no reconocer los sentimientos del menor victimizado sexualmente. Por lo tanto, consideramos que debería seguirse el consejo anotado por Faller (2016, p. 130) respecto de la matización de la neutralidad.

5.5.1.2. Formulación de preguntas apropiadas al desarrollo cognoscitivo del entrevistado

Tanto la investigación como las mejores prácticas han encontrado que los entrevistados estresados/vulnerables (como las víctimas de delitos sexuales) pueden tener grandes dificultades con las preguntas a menos que estas: a) Sean simples; b) Sean habladas lentamente; c) No contengan jergas; d) No contengan palabras y/o ideas abstractas; e) Contengan solo un punto por pregunta; f) No sean demasiado directivas; g) No contengan dobles negativos[26] (Bull y Milne, 2020, p. 209).

El entrevistador forense debe lograr transmitir las preguntas adecuadamente y asegurarse que el entrevistado las procesa adecuadamente. El control de su lenguaje no verbal al formular las preguntas o recibir las respuestas debe ser lo suficientemente sofisticado como para evitar sugestionar, intimidar o hacer caer en contradicción al menor.

5.5.1.3. Adaptación del psicólogo forense al individuo entrevistado

El psicólogo forense debe: 1) Adaptarse a las necesidades, habilidades cognitivas, verbales y socioemocionales del niño, niña y adolescente entrevistado; 2) Tener en consideración su respectiva historia personal, así como datos relacionados con el abuso en cuestión e incluso si existen denuncias pasadas. Toda esta información debería ser recabada por el Ministerio Público de forma previa al inicio formal de la entrevista forense, la cual ayudará a planificarla y elaborar hipótesis alternativas.

Rohrabaugh et al. (2016) recomiendan no programar la entrevista forense durante la hora de la siesta del niño, así como asegurar que el menor no esté hambriento o sediento antes de empezar (p. 209). Las condiciones durante la entrevista forense pueden cambiar; por lo que sería bueno que, si el psicólogo llegase a detectar una posible situación en tal sentido, le ofrezca al menor alguna de estas comodidades durante el desarrollo de la fase principal de extracción de información.

Como punto de partida en el proceso de planificación de la entrevista, el psicólogo forense debe tener presente que existen diversos factores que afectan la percepción de los eventos y la capacidad de recuerdo del niño. De acuerdo con Zeitlin (2016), estos incluyen: su estado de desarrollo, su memoria, su nivel de comprensión de los eventos, influencias externas en la percepción de los eventos y su uso de la fantasía para lidiar con experiencias estresantes y dolorosas (p. 254). Se puede añadir, según Oxburgh y Hynes (2016), el impacto de la entrevista forense en la memoria, la ansiedad que siente al ser entrevistado, y la voluntad de cooperar en la entrevista y con el sistema de justicia en general (p. 231).

[26] Por ejemplo, se sobrecargaría cognitivamente al entrevistado con preguntas del tipo: ¿no es cierto que no estuviste allí…?

Cuando el menor hable dos idiomas, Benuto y Garrick (2016) recomiendan que su habilidad en el idioma en que se realizará la entrevista sea determinada de forma previa, para evitar interrupciones debido a que el menor no entendió o comprendió las preguntas (p. 357). En caso solo domine un idioma distinto al español, y el entrevistador no domine con fluidez ese idioma específico, será necesaria la presencia de un intérprete especializado.

Sin embargo, dada la variedad de lenguas que se hablan en nuestro país, puede existir la posibilidad de que no se encuentre un intérprete experto en la lengua del menor, y solo estén disponibles familiares o amigos del menor que dominen el español y la lengua materna del niño. Frente a esta situación, que forma parte de casos extremos, Benuto y Garrick (2016) recomiendan que el entrevistador forense se asegure que el familiar o el amigo comprendan las implicaciones que puede tener la entrevista forense y que entiendan cómo evitar prácticas de entrevista sesgadas (p. 360).

Radcliffe y Gudjonsson (2016) aconsejan identificar cualquier característica vulnerable que pueda afectar el recuerdo diferido[27] y la fiabilidad testimonial tan pronto como sea posible[28] (p. 14). De lo contrario, podrían producirse errores judiciales cuando se produce la entrevista forense de personas que presentaban vulnerabilidades psicológicas (trastorno de espectro autista, por ejemplo), vulnerabilidades que pudieron moldear las respuestas incriminatorias obtenidas, generando que las respuestas sean potencialmente imprecisas, no fiables o engañosas. Si no se identifican a tiempo estas vulnerabilidades, entonces las preguntas no podrán ser adecuadas al caso concreto.

Rohrabaugh et al. (2016) señalan que algunos protocolos de entrevista forense recomiendan que la entrevista se adapte según el trasfondo cultural y el idioma del niño. (p. 211), lo que se conoce como “sensibilidad cultural”, aspecto reconocido en el Protocolo de 2019 en el numeral 2.2.8. denominado “Interculturalidad” en la sección enfoques y el Capítulo VIII que aborda las distintas condiciones de vulnerabilidad de los menores, donde se incluye la diversidad étnica-cultural.

Aunque en muchas áreas de la práctica profesional se ejecutan procedimientos de evaluación a ciegas, esta no es la norma cuando se trata de entrevistas forenses a niños. La mayoría de los protocolos recomiendan que los entrevistadores recopilen información antes de llevar a cabo la entrevista (Rohrabaugh et al., 2016, pp. 201-202). Esto maximizará las posibilidades de considerar hipótesis alternativas, además se dispondrá de la información necesaria para juzgar la robustez de la declaración obtenida (Raskin y Esplin, 1991, como se citó en Rohrabaugh et al., 2016, p. 203).

[27] El recuerdo diferido es el recuerdo recuperado de forma posterior al momento en que se almacena en la memoria.

[28] Los grupos más grandes de problemas psicológicos y de salud mental no identificados están ubicados en los trastornos del desarrollo, particularmente en aquellas personas con trastorno por déficit de atención e hiperactividad y discapacidades intelectuales leves (Radcliffe y Gudjonsson, 2016, pp. 17-18).

Krueger (2016, p. 64), de modo enunciativo, considera que constituyen antecedentes del menor (recopilados previamente a la entrevista forense): edad, fecha de nacimiento, apodos, progreso o retrasos en el desarrollo, condiciones médicas, idiomas hablados, mascotas, comportamientos del niño, revelaciones previas si las hubiera, composición familiar, miembros del hogar, dinámicas familiares, parientes, amigos del niño, amigos de los miembros del hogar, violencia doméstica, consumo de drogas en el hogar, pornografía en el hogar y posibles motivaciones para formular denuncias falsas.

En cuanto a la información relacionada con el presunto abuso, lo que se necesita para un adecuado abordaje, de acuerdo con Rohrabaugh et al. (2016) sería: a) El momento, duración y ubicación del presunto abuso, así como su naturaleza[29]; b) Cómo el menor llegó a la entrevista forense[30]; c) Cualquier amenaza o factor psicológico utilizado para intimidar al niño; d) La relación del niño con el presunto perpetrador; e) Cualquier historial de abuso; f) La rutina habitual de la presunta víctima (p. 213).

El Protocolo de 2019 en el numeral 5.5. “Acto previo a la entrevista única” manda que en una reunión preliminar el juez o psicólogo entrevistador soliciten toda la información pertinente para realizar la entrevista única: datos personales, información previa al suceso, situación familiar, etc. Esto nos parece adecuado, pero es muy poco probable que los familiares o acompañantes del menor de edad entreguen toda la información relevante en este preciso momento. Desde nuestra perspectiva, es deber del Ministerio Público, de forma previa a la entrevista en cámara Gesell, recolectar toda esta data y tenerla disponible para el psicólogo forense el día de la entrevista.

5.5.1.4. Desarrollo de la entrevista forense en un espacio amigable para los menores

El psicólogo forense debe conducir la entrevista en un espacio amigable para los menores, sin juguetes u otras distracciones que perturben la atención del menor.

Un lugar donde los niños se sienten seguros y cómodos al discutir eventos traumáticos pasados ha demostrado ser útil para niños de cualquier edad al relatar todo tipo de hechos, incluidos aquellos constitutivos de abuso (Johnson et al., 2016, p. 185). Desde nuestra perspectiva, un espacio neutral reducirá el poder que haya podido ejercer el abusador sobre el niño, niña o adolescente.

[29] Meros tocamientos o si hubo penetración, si hubo exhibicionismo o un contexto marcadamente libidinoso, etc.

[30] Se refiere al procedimiento de revelación del abuso, y a cualquier dato posterior que sea relevante y relacionado. Destacan Johnson et al. (2016) que, especialmente con niños pequeños, la primera persona en sospechar del abuso sexual y a quien el niño ha revelado probablemente sea un pariente, especialmente la madre (pp. 185-186).

Asimismo, Rohrabaugh et al. (2016, p. 209) afirman que la mayoría de las guías de entrevistas forenses sugieren que los cuartos de entrevista no contengan juguetes u otras distracciones; sin embargo, muchos profesionales están de acuerdo en que exista un área de juego en la sala de espera con juguetes neutrales, que podrían ayudar al menor a sentirse más relajado.

En el Protocolo de 2019, en el numeral 2.1.6. denominado “Sala de Entrevista”, se indica que el mobiliario debe ser adecuado para el menor, y cuidar que no se distraiga afectando su atención. En cierto modo, este lineamiento general recoge la prohibición del uso de juguetes u otros distractores durante la recabación del testimonio del niño o niña. Respecto de la existencia de un cuarto de espera, el Protocolo de 2019 no se pronuncia. A lo mucho, se indica en el numeral 5.8. denominado “Durante la entrevista única”, en el literal b), como obligación del psicólogo forense, procurar que el menor no espere demasiado para iniciar la diligencia. ¿Pero dónde va a esperar el menor?

Frente a esta situación, elogiamos la iniciativa de la Presidencia de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, que mediante Resolución Administrativa Nº 321-2022-P-CSJLL-PJ, de fecha 22.04.2022, a través del Considerando octavo decidió implementar un nuevo ambiente a la cámara Gesell, la necesaria “Sala de Espera”, por lo que ahora en el distrito judicial de La Libertad la estructura de la cámara Gesell consta de 3 ambientes: sala de espera, sala de entrevista única y sala de observación. Se dispuso la implementación inmediata en la sede judicial de Natasha Alta del distrito de Trujillo, con juguetes lúdicos, paredes coloridas y muebles adecuados. Dicha sede serviría como modelo para la implementación en todas las cámaras Gesell de la Corte Superior de Justicia de La Libertad.

5.5.1.5. Solo está permitida la presencia de un intérprete junto al psicólogo forense y el menor entrevistado

La mayor cantidad de guías de entrevistas forenses recomiendan que una sola persona conduzca la entrevista, porque tener más de un adulto en la habitación podría ser intimidante para los niños (Rohrabaugh et al., 2016, p. 210; Krueger, 2016, p. 63). La excepción a la regla sería la presencia del intérprete, ya que es lógico que si el menor no puede comunicarse no habrá la posibilidad de realizar la entrevista forense satisfactoriamente. Frente a esta situación, nos resulta valioso el aporte de Benuto y Garrick (2016) quienes sostienen que el intérprete deberá establecer previamente un lazo de confianza con el menor y tener entrenamiento específico en entrevistas forenses ya que, frente a alguna pregunta del psicólogo forense, podría el intérprete variar algunas palabras de la interrogante que terminan por incrementar la posibilidad de sugestión (p. 358).

El Protocolo de 2019 en el numeral 4.7., denominado “Participación de/la intérprete y/o traductor/a”, manda que, oportunamente, al intérprete y/o traductor se le instruya sobre sus funciones en la entrevista única (lo cual en cierto modo garantiza mínimamente el entrenamiento específico en cámara Gesell), que deberá sentarse al costado del psicólogo entrevistador y que deben limitarse a transmitir las preguntas y respuestas sin contenidos subjetivos; pero nada se dice sobre la construcción de “rapport” (vínculo de confianza/empatía) entre el intérprete y/o traductor con el menor, lo cual nos resulta criticable.

5.5.1.6. Entrevistas forenses de duración limitada

El psicólogo forense debe procurar entrevistas de duración limitada cuando se entrevista a menores de edad; sin embargo, ello no significa que se deba acelerar el curso de la entrevista forense. En definitiva, debe encontrarse el justo medio en el caso concreto.

Las entrevistas forenses de duración limitada, de acuerdo con Faller (2010), responden al corto tiempo de atención del niño y la necesidad de evitar la “fatiga de la entrevista”, hipótesis según la cual cuando las entrevistas con niños son largas, los niños pueden afirmar actos y hechos incorrectos solo para terminar la entrevista o porque ya no pueden prestar atención a las preguntas (p. 105). En sentido similar se pronuncia Daly (2016), indicando que, a veces, respuestas no receptivas son simplemente evidencia de que un niño está aburrido con una entrevista o que no quiere hablar sobre lo que les sucedió (p. 25).

En cuanto al ritmo de la entrevista forense, según Bull y Milne (2020, p. 208), una proporción considerable de víctimas/testigos de delitos sexuales requerirá que sus entrevistas se realicen a un ritmo más lento que el de otros testigos. Esto se debe a que muchos de ellos, debido a su estado/condición emocional (y cognitiva) actual, tendrán una velocidad más lenta de comprensión, pensamiento y respuesta que otros testigos.

El Protocolo de 2019, en el numeral 5.8, denominado “Durante la entrevista única”, en el literal b) manda que el menor espere el menor tiempo posible para iniciar la diligencia, en el literal c) establece que debe facilitarse la espontaneidad del relato del menor y en el literal h) se manda permitir al menor que cuente con el tiempo suficiente para responder a las preguntas. De forma global, entendemos que el Protocolo respeta la obligación de llevar a cabo entrevistas de duración limitada, siempre que estas puedan significar el justo medio entre lo excesivamente corto (y erróneamente ejecutado) y lo excesivamente largo (no aconsejado, mucho menos con menores de edad).

5.5.1.7. Cultivo de la paciencia y escucha activa

El psicólogo forense infantil debe evitar ser impaciente y dominar la escucha activa durante toda la entrevista.

Bull y Milne (2020, p. 209) señalan que las víctimas, al recordar eventos negativos, pueden inicialmente sentirse más cómodas con asuntos periféricos y tal vez solo deseen pasar a asuntos más centrales cuando consideren que es apropiado. Por lo tanto, los entrevistadores deben resistir la tentación de llegar prematuramente "al corazón del asunto". También deben resistir la tentación de hablar tan pronto como el testigo parezca dejar de responder; y deben ser tolerantes con las pausas (incluidas las prolongadas) y los silencios.

Asimismo, Bull y Milne (2020, p. 209) sostienen que la escucha activa tiene muchas funciones útiles, incluyendo hacerle saber a la víctima/testigo que lo que ha comunicado ha sido recibido por el entrevistador. Esto se puede lograr mediante el uso de señales no verbales, como asentir con la cabeza, o señales verbales, como reflejar de vuelta al testigo lo que acaba de comunicar, por ejemplo: "No me gustó cuando él hizo eso" (testigo) – "No te gustó" (entrevistador).

Si bien algunas víctimas desean ser entrevistadas por personas de su mismo sexo o del sexo opuesto, las investigaciones concluyen que las habilidades de escucha no juzgadoras son más importantes que el género o la personalidad del entrevistador (Chenier et al., 2021, p. 70). En nuestro país no siempre va a estar disponible un psicólogo forense de la preferencia del sexo que quiera el niño, niña o adolescente entrevistado, por ello resulta sumamente relevante dominar la escucha activa.

En el Protocolo de 2019 se puede encontrar esta cualidad del entrevistador forense en el numeral 5.8., denominado "Durante la entrevista única", en los literales "c" (facilitar la espontaneidad del relato) y "d" (escuchar con atención la narración del menor). Traemos a colación la crítica formulada, previamente, sobre la necesidad de reconocer los sentimientos del menor, ya que de no seguirse esta indicación se atentaría contra la escucha activa.

5.5.1.8. Cambio de tema no abrupto

Siguiendo a Bull y Milne (2020), consideramos que para ayudar al declarante, el entrevistador debería indicar un cambio de tema diciendo, por ejemplo, "ahora me gustaría preguntarte sobre otra cosa" (p. 212). O cuando ya es necesario abordar el tópico del abuso: "¿conoces la razón por la cual estás aquí?".

El Protocolo de 2019 no se pronuncia sobre esto, pero las buenas prácticas posiblemente solucionen esta omisión.

5.5.1.9. No tocar físicamente al entrevistado

El psicólogo forense infantil no debe tocar al niño durante toda la entrevista (Faller, 2010, p. 104; Krueger, 2016, p. 64). Aunque bien intencionado con el objetivo de consolar o brindar soporte emocional, el contacto físico (en zonas no constitutivas de abuso sexual) podría hacer recordar al menor los actos constitutivos de abuso sexual sufrido, por ejemplo, el psicólogo toca el hombro del niño para consolarlo, pero podría ocurrir que el abusador le dio masajes en su hombro previo al tocamiento constitutivo de abuso sexual. El resultado será catastrófico: la inhibición del niño para declarar.

El Protocolo de 2019 no se pronuncia sobre esto, pero las buenas prácticas posiblemente solucionen esta omisión.

5.5.2. Durante la fase inicial de la entrevista forense

5.5.2.1. Rapport entre el entrevistador forense y el niño victimizado sexualmente

El psicólogo forense infantil debe ser empático y establecer una buena relación de confianza con el entrevistado (“rapport”) de forma previa a la formulación de preguntas sobre los hechos sexualmente delictivos.

Los protocolos basados en la ciencia comienzan uniformemente con una fase de establecimiento de rapport. Basándose en los aportes de Tickle-Degnen y Rosenthal, publicados en 1990, Chenier et al. (2021) traen a colación la relevancia de los componentes verbales y no verbales del rapport:

> “Estos componentes incluyen atención, positividad y coordinación – la atención es el proceso de enfocarse el uno en el otro, la positividad es la genuina buena voluntad experimentada y la coordinación es la manera en que una interacción es fluida y no incómoda. Un entrevistador de delitos sexuales tendrá tiempo limitado para desarrollar estos componentes, por lo que los aspectos no verbales serán clave, como hacer contacto visual de manera apropiada, prestar atención a la postura corporal y reflejar los movimientos del entrevistado” (p. 73).

Usualmente el rapport es creado a través de eventos cotidianos que se pide al niño relatar. Las interacciones interpersonales que ocurren durante este relato tienen una

serie de efectos positivos: el niño se sentirá cómodo, desarrollará resistencia a las sugerencias falsas, confiará lo suficiente en el entrevistador como para revelar lo que puede ser información altamente personal, angustiante y embarazosa (Johnson et al., 2016, p. 185); el rapport permite evaluar las habilidades lingüísticas del niño (Rohrabaugh et al., 2016, p. 212) siendo recomendable utilizar las etiquetas específicas generadas espontáneamente por este después de aclarar el significado que el menor le asigna (Brubacher et al., 2014, como se citó en Johnson et al., 2016, p. 185).

Existen otras técnicas utilizadas para construir el rapport con niños: dar la bienvenida al niño, expresar interés personal en el niño, mostrar preocupación por el bienestar del niño, verificar los sentimientos del niño durante el proceso de entrevista, hacer ver al niño que está ayudando al entrevistador a entender, gestos de buena voluntad como "¿tienes frío?" o "aquí tienes un vaso con agua", y dar las gracias al final de la entrevista (Hershkowitz, 2011, como se citó en Faller, 2016, p. 130).

Para nosotros la fase de "rapport" es ineludible: el psicólogo forense debe dedicar el tiempo necesario para consolidar el vínculo de confianza con el entrevistado, así como continuar construyendo "rapport" durante toda la entrevista cuando sea necesario. Nos apoyamos en Faller (2021) quien explica que mantener el rapport durante la entrevista es un esfuerzo continuo, ya que es probable que el rapport disminuya a medida que el entrevistador le pregunta al niño sobre experiencias dolorosas (p. 87). Asimismo, Faller (2016) argumenta que debería extenderse la fase de construcción del "rapport" con niños que se presentan para nada cooperativos en las fases iniciales de la entrevista, con el objetivo de incrementar la posibilidad de que revelen el abuso (p. 130).

Si se ha creado un buen nivel de rapport, explica Tully (2011) que los niños empezarán a relatar su victimización sexual una vez que su habla natural empieza a fluir, por ejemplo, podría ocurrir que un niño diga que su padre es bueno con él excepto cuando él le empieza a hacer ciertas cosas, que sería bueno que se detuviera (p. 359). Como se puede comprobar, el niño reconoce el amor *conflictuado* que siente por su padre; sin embargo, también acepta que le incomoda ciertas acciones suyas. El rapport facilita que el niño se sienta en confianza como para poder narrar su victimización sexual.

Paradójicamente, el rapport podría lograr un resultado indeseado: Si el entrevistador logra poner a la víctima confortable, es posible que el tribunal no observe las secuelas emocionales del delito sexual (Chenier et al., 2021, p. 77) y ello podría ser aprovechado por el abogado defensor del presunto abusador sexual. Sin embargo, somos de la idea que la correcta valoración de la prueba que realizará el juez no se puede limitar únicamente a la manifestación externa de las consecuencias del abuso sexual, ya que el ser humano tiene la capacidad de resiliencia.

Una vez explicado sucintamente lo que implica el rapport, criticamos el Protocolo de 2019, ya que en el numeral 5.5 denominado "Acto previo a la entrevista única", se manda

reunirse con el niño, niña o adolescente a fin de construir el lazo de confianza o "rapport". Luego, en el numeral 5.6 se manda recién a ingresar a la cámara Gesell: primero ingresarán al espacio de observación los participantes de la diligencia, para que posteriormente recién ingresen a la sala de entrevista única la víctima y el psicólogo forense entrevistador. De conformidad con el numeral 5.7., *recién se inicia la entrevista única y, en forma simultánea, se procede a la grabación en audio y video*[31].

Desde nuestra perspectiva, en el Protocolo de 2019 debería figurar expresamente que la fase de "rapport" debería ser grabada y visualizada por todos los operadores jurídicos[32]; de lo contrario, la defensa técnica del imputado perdería la importante oportunidad de controlar la inadecuada construcción de "rapport", producto de una mala praxis del psicólogo forense, derivada posiblemente del uso de técnicas sugestivas. Este profesional podría presentar un sesgo institucional[33] derivado de su trabajo constante con víctimas de ASI en el Instituto de Medicina Legal: tendería a creer que cada niño entrevistado es una víctima *verdadera*, lo cual reduciría la objetividad en su proceder. No es una hipótesis descartable, aunque tampoco presente necesariamente en cada caso concreto.

La defensa técnica, para controlar estos posibles errores, deberá realizar durante la entrevista única, cuando el niño ya ha sindicado a alguien, determinadas preguntas que defiendan su posición procesal de inocencia. Estas serán analizadas por el juez de investigación preparatoria y autorizadas para que el psicólogo forense las traslade al menor: "*¿antes de entrar a esta sala te hablé de [nombre del imputado]?" "Cuando estábamos conversando sobre [actividades que consolidan rapport], ¿te dije que [nombre del imputado] es malo?", etc.* Las respuestas del menor otorgarán legitimidad a la hipótesis acusatoria del Ministerio Público o sosiego a la defensa técnica del acusado, dependiendo del caso.

5.5.2.2. Capacidad moral suficiente del menor durante la entrevista forense

[31] La mayoría de las guías especializadas en entrevistas forenses recomiendan grabar en video la entrevista por dos razones principales: a) Para obtener un registro detallado y objetivo de la declaración del niño; y b) Para verificar que el niño fue entrevistado de manera apropiada (Rohrabaugh et al., 2016, p. 206).

[32] Desde una perspectiva contraria, en Inglaterra y Gales, en 2011, se ha revisado la guía "Achieving Best Evidence in Criminal Procedings" (o simplemente ABE), la cual se actualizó en el sentido de tomar en cuenta las recomendaciones de los jueces de que la fase principal del rapport sea conducida fuera de cámara; sin embargo, la discusión de las "ground rules" (reglas básicas) sí debería videograbarse (Davies et al., 2016, p. 213).

[33] A pesar de que los examinadores forenses y otros expertos legales se esfuerzan por realizar su trabajo de manera imparcial y objetiva, su entorno laboral afecta, consciente o inconscientemente, su trabajo. Estos factores incluyen lealtades, colaboraciones, fidelidades, culturas organizacionales y muchos otros. Estos factores organizativos sesgadores han sido documentados ampliamente en el ámbito de la psicología forense, especialmente en la evaluación de declaraciones de testigos infantiles (Huang, 2021, p. 185).

Mentir es una actividad intensamente humana en la que todos hemos incurrido, profundamente entrelazada con las emociones y relaciones sociales. La evidencia sugiere que niños muy pequeños pueden mentir e incluso adultos altamente entrenados son generalmente pobres en la habilidad de detectar mentiras, existiendo una tendencia en la mayoría de las personas de considerar las declaraciones como verdaderas salvo que existan buenas razones para pensar lo contrario (Laney y Loftus, 2016, p. 9). Sin embargo, cabe hacer una precisión importante: los niños mienten acerca de muchas cosas, pero no es común que mientan sobre abuso infantil[34] (Fondren, 2016, p. 114). De hecho, cuando entran en confianza y le hablan a alguien de forma espontánea sobre un determinado evento, los niños raramente mienten (Álvarez, 2018b, p. 439).

Debemos tener claro que la habilidad para comprender conceptos como "verdad" o "decir la verdad" no necesariamente predice acciones morales (Burton, 1976, como se citó en Walker, 1995, p. 76). Por ejemplo, en una investigación por contactos indebidos sexuales, el niño de 10 años puede hablarle persuasivamente al entrevistador acerca de la importancia de decir la verdad y, aun así, a sabiendas realizar declaraciones falsas.

Frente a esta situación, con el objetivo de minimizar resultados injustos, se ha desarrollado una técnica en los protocolos de entrevista forense vinculados a investigaciones de ASI: la *discusión* sobre verdad y mentira. Esta será de aplicación de forma previa a la recabación del testimonio sustancial del menor sobre el evento delictivo. Según Fondren (2016) esta técnica tiene el potencial de aumentar la precisión del niño al declarar y puede proteger, en la medida de lo posible, contra las acusaciones o retractaciones falsas. Afirma la autora que a veces se debe ajustar el lenguaje a correcto/incorrecto para ayudar a los niños en la conversación/interacción, especialmente con niños muy pequeños que pueden tener dificultades para entender el uso de la terminología verdad/mentira (p. 117).

[34] ¿Los niños son demasiado mentirosos y constantemente mienten acerca de haber sido abusados sexualmente? No, los niños mienten como todo el mundo (hasta los animales "mienten", como cuando los camaleones cambian de color para armonizar con su entorno), pero ser victimizados sexualmente no es un tópico común sobre lo cual deseen mentir. Los niños tienen diversos gustos, deseos y aspiraciones conforme a su estado evolutivo. Tienen diversos modelos a seguir relacionados principalmente con figuras de autoridad: su padre, su madre, su tío o tía, etc.
También son fanáticos de las películas animadas, los comics, el manga y el anime, que suelen tener algo en común: hay una persona con superpoderes o habilidades especiales que los utiliza para ayudar al resto de personas, quienes serían muy vulnerables frente al mal (*que normalmente nunca gana*). Bajo este razonamiento el niño desea ser visto como alguien fuerte, pero ¿acaso desea ser visto como alguien victimizado, herido en su integridad sexual, inclusive de forma violenta? Este razonamiento basado en la experiencia común, nos sirve de punto de partida para no dudar, desde el inicio, de la credibilidad del menor que afirma haber sido tocado indebidamente. Sin embargo, no es imposible que los niños puedan mentir sobre ello, en el caso concreto, por distintas razones (sobre todo, por manipulación de una figura de autoridad, esencialmente algún pariente).
Bradley et al. (2016) afirman que la investigación es escasa sobre los niños que hacen acusaciones falsas intencionadamente (mentiras) de forma independiente. Esto se debe principalmente al hecho de que es raramente probable que ocurra (p. 303). En todo caso, la investigación preparatoria penal es la etapa donde debe esclarecerse el panorama.

De acuerdo con Graffam (2013), los niños de hasta aproximadamente 6 años no tienen la suficiente capacidad para discutir la diferencia entre la verdad y la mentira; sin embargo, *mediante ejemplos concretos con los que se les pida demostrar en lugar de articular lo que significan estos conceptos abstractos*, se obtendrán resultados más certeros (p. 3, la cursiva es nuestra). Por ejemplo, el entrevistador forense puede preguntarle al niño si el lapicero que sostiene en su mano derecha es de color blanco, cuando en realidad es de color negro. Habrá que ser muy precisos y señalar exactamente a qué nos referimos con color (cubierta del lapicero y no la tinta que produce color rojo, negro, azul, etc.) para evitar confusiones por la ambigüedad del lenguaje.

Se ha comprobado que hacer que el niño prometa decir la verdad y asegurarle que no se meterá en problemas por decir la verdad aumenta la probabilidad de que revele información (Faller, 2016, p. 131). El método es sencillo: simplemente se formula la siguiente pregunta: ¿Tú prometes que dirás la verdad? (Lyons & Evans, 2013, como se citó en Graffam, 2013, p. 112).

En el Protocolo de 2019 no hay ninguna mención expresa acerca de esta obligación de someter a prueba la capacidad del menor para discernir entre la verdad y la mentira. Esta labor también debería ser obligatoriamente videograbada para someterla a control por parte de la parte procesal interesada. Sin embargo, en la práctica podría efectivamente haberse vuelto costumbre proceder con tal requisito.

5.5.2.3. Capacidad cognoscitiva suficiente del menor durante la entrevista forense

Desde la experiencia estadounidense[35], muchos niños de 2 o 3 años han sido declarados competentes para declarar en juicio, y sus testimonios fueron percibidos como altamente creíbles (Jones y Krugman, 1986, como se citó en Walker, 1995, p. 74). Con el objetivo de ilustrar acerca de la capacidad/idoneidad de los menores para

[35] Históricamente, muchísimos niños fueron considerados incompetentes para testificar. La Corte Suprema de los Estados Unidos adoptó un estándar estigmatizante contra los menores en el caso Wheeler v. U.S. (1895), según el cual se presumía que los niños menores de 14 años eran incompetentes para declarar. Aunque esta presunción era rebatible, lamentablemente el resultado fue que con mucha frecuencia a los niños no se les permitía testificar. Frente a aquella realidad, actualmente la presunción ha cambiado para permitir que los niños declaren. Muchas cortes estadounidenses sostienen que la mayoría de asuntos destinados a la competencia del testigo afectan el peso mas no la admisibilidad de la evidencia. Por lo tanto, aquellos aspectos que antes permitían excluir el testimonio del niño ahora sirven de base para el contrainterrogatorio (Daly, 2016, pp. 23-24). Podemos decir, entonces, que los argumentos estigmatizadores de los abogados defensores de los *presuntos* abusadores sexuales de menores que suelen afirmar que los niños fabulan, son mentirosos o no tienen la capacidad para expresar conocimientos sobre sexualidad pertenecen más al ámbito de la credibilidad y fiabilidad probatorias, mas no a la admisibilidad del testimonio del menor en el proceso penal.

declarar sobre su victimización sexual ante el entrevistador forense[36] (*con incidencia posterior en la valoración de la prueba*), expondremos por rangos de edades qué se espera cognitivamente del menor (una mayor profundización se hará más adelante).

La primera categoría engloba niños de aproximadamente 1 a 2 años y medio:

> "(…) los expertos generalmente están de acuerdo en que un niño de esta edad no sería competente para testificar. Además, la mayoría de los fiscales o jueces no permitirían que un niño de esta edad testifique en ningún proceso judicial. En consecuencia, se recomienda que un entrevistador forense no intente entrevistar a un niño en esta categoría a menos que el desarrollo del niño sea tal que se ajuste más adecuadamente a una categoría diferente" (Krueger, 2016, p. 61).

La segunda categoría abarca niños de aproximadamente 2 años y medio a 7 años:

> "En esta categoría, los niños generalmente pueden describir conceptos de quién, qué y dónde. Sin embargo, tienen dificultades para describir conceptos de tiempo o la capacidad para describir eventos en el pasado. Esto es particularmente importante para entender cómo un niño en esta categoría puede, durante la entrevista, ser capaz de describir los actos sexuales pero tener dificultades para describir cuántas veces ocurrieron estos o incluso cuánto tiempo pasó entre la ocurrencia de múltiples actos. El sexo es un comportamiento aprendido. Es poco probable que el niño en esta categoría tenga conocimiento de actos sexuales a menos que hayan ocurrido" (Krueger, 2016, p. 62).

La tercera categoría incluye a niños de aproximadamente 7 a 10 años:

> "En general, los niños en este grupo de edad han comenzado a aprender conceptos y términos sexuales de diversas fuentes, muchas veces en un entorno escolar. También pueden haber comenzado la exploración sexual o haber tenido conversaciones con padres, familiares, amigos, consejeros, enfermeras o médicos sobre el sexo. Algunas niñas también pueden haber comenzado la menstruación y pueden haber tenido conversaciones sobre su período menstrual y sexo en general. Esta información (…) debe considerarse a la luz de los detalles contenidos en y alrededor de la declaración del niño" (Krueger, 2016, p. 62).

Finalmente, la cuarta categoría abarca niños de aproximadamente 10 años hasta la adultez:

> "En esta categoría, el sexo generalmente ha sido discutido o aprendido a través de la educación e incluso de actos consensuales. Al igual que en la tercera categoría, la información que el niño tiene sobre actos o comportamientos sexuales (…) debe

[36] En algunas épocas fueron rechazadas cualquier afirmación de los niños por ser vistos como seres de menor valía; luego, los niños fueron vistos como vasijas incorruptibles de verdad que no podrían mentir, especialmente sobre aspectos relacionados al acto sexual sobre que no saben nada; y en los últimos años la comunidad investigadora ha adoptado una visión más matizada: los niños pueden informar con precisión sobre sucesos que han vivido, pero sus recuerdos pueden ser corrompibles en algunas situaciones predecibles (Laney y Loftus, 2016, p. 5).

considerarse a la luz de los detalles contenidos en y alrededor de la declaración del niño. Mentir también es un comportamiento aprendido (…) (Krueger, 2016, p. 62).

Por lo tanto, salvo los niños ubicados en la primera categoría (y sin tomar en cuenta la excepcionalidad vertida en esta sobre el desarrollo acelerado del menor), los demás menores tienen la idoneidad física y psicológica para declarar sobre su victimización sexual, siempre respetando la vulnerabilidad por su edad (*existencial en caso de menores de 14 años*). Deberán concurrir circunstancias verdaderamente excepcionales para que no se proceda con la entrevista forense. Con menores con algún tipo de discapacidad intelectual o mental se requiere meticulosidad para garantizar su acceso a la justicia en igualdad de condiciones.

Ahora bien, durante esta fase inicial el entrevistador forense puede obtener información del niño que lo asistirá en etapas posteriores. Krueger (2016) lo ilustra de la siguiente manera:

> "(…) para que un fiscal pueda tomar ciertas decisiones de imputación, es necesario que sepa si hubo o no penetración real durante el abuso sexual. Por lo tanto, se recomienda que durante esta fase, el entrevistador aproveche la oportunidad para determinar de manera sutil la comprensión y descripción del niño sobre la penetración. Esta tarea se logra fácilmente utilizando una caja de pañuelos o un sobre. Por ejemplo, utilizando una caja de pañuelos, el entrevistador simplemente pide al niño que coloque su mano encima de la caja de pañuelos, debajo de la caja de pañuelos y dentro de la caja de pañuelos. No se hace ninguna otra pregunta. El resultado confirma que el niño tiene la capacidad de recibir justas impresiones y relacionar la información a través de acciones. Además, el niño acaba de demostrar que comprende lo que significa tener algo adentro y, por lo tanto, si el niño describe luego una penetración que ocurrió durante el abuso sexual, el entrevistador ya sabe que el niño entiende y describe con precisión la penetración" (p. 65).

5.5.2.4. Instrucción del menor en las "Reglas Básicas" (Ground Rules)

Explican Earhart et al. (2016) que el vocabulario de los niños pequeños es limitado: es normal que utilicen palabras antes de que entiendan el significado adulto asociado; inclusive existe el riesgo de que no indiquen que no entiendan una pregunta y fallen al pedir clarificaciones, respondiendo a preguntas que no entienden (p. 325). Una forma de limitar este resultado pernicioso se puede lograr a través de las "ground rules" o "reglas básicas", las cuales empoderan al menor durante la recabación de su testimonio sobre los hechos constitutivos de ASI.

Para los niños, las expectativas y reglas conversacionales que rigen las entrevistas forenses con niños difieren de las conversaciones cotidianas con adultos. En estas, los niños están acostumbrados a ser interrogados por padres y maestros que a menudo ya conocen las respuestas; y, en algunas culturas, se espera que los niños no refuten ni

corrijan a los adultos. Afortunadamente, los investigadores han desarrollado instrucciones para ayudar en el desempeño de los niños (Johnson et al., 2016, pp. 186-187), las cuales se conocen como las “reglas básicas”.

Johnson et al. (2016) recopilan las reglas básicas y ofrecen una recomendación para su efectividad:

> “(…) la Instrucción de No Sé (por ejemplo, “Si te hago una pregunta y no sabes la respuesta, simplemente di, ‘No lo sé’.”); la Instrucción de No Entiendo (por ejemplo, “Si te hago una pregunta y no entiendes lo que quiero decir o lo que estoy diciendo, puedes decir, ‘No entiendo lo que quieres decir’.”); y la Instrucción de Estás Equivocado (por ejemplo, “A veces cometo errores o digo algo incorrecto. Cuando lo hago, puedes decirme que estoy equivocado.”). Para que sean efectivas, estas instrucciones deben proporcionarse con la posibilidad de que los niños practiquen cada una (…)” (p. 187).

De forma sintética: el niño debe saber y comprender que le puede comunicar al entrevistador que no entiende una pregunta, que no sabe una respuesta (donde se incluye que no recuerda un hecho) e inclusive que puede corregir al entrevistador. Estas instrucciones deben ser practicadas para asegurarse que el niño las entienda.

Reconociendo la posibilidad de que el abusador sexual ejerza influencia sobre el niño, sobre todo para evitar que revele el abuso sexual, Faller (2021) propone, para solucionar este problema, que se agreguen a los protocolos de entrevista forense el abordaje, mediante preguntas abiertas, sobre qué el niño debería o no debería hablar durante la entrevista (p. 94). Desde nuestra perspectiva, ello podría ser considerado una regla básica.

En el Protocolo de 2019 no hay una mención expresa sobre la discusión de las “reglas básicas”, aunque no descartamos que en la práctica podría emplearse tal técnica para un adecuado abordaje de la entrevista forense.

5.5.2.5. Entrenamiento del menor en una práctica narrativa

La práctica narrativa, también conocida como “entrenamiento en recuerdo episódico”, apunta a mejorar la cantidad y precisión del testimonio mediante el logro de los siguientes objetivos: fortalecer el rapport, motivar al niño a hablar mediante descripciones completas en respuesta a preguntas abiertas (lo cual establece un patrón de comportamiento que continúa cuando los niños relaten los hechos bajo investigación), mejorar la capacidad de los niños para brindar respuestas precisas a preguntas enfocadas o específicas (ya que se entrena su capacidad de buscar la información en su memoria) y fortalecer la conducta que el entrevistador despliega

durante esta fase (la cual persistirá en las fases posteriores) (Poole y Dickinson, 2024, p. 110).

Gracias a la ejecución de la práctica narrativa, los psicólogos forenses tendrán la oportunidad de aprender cómo los niños pronuncian las palabras, entender cómo los niños estructuran las frases y oraciones (su capacidad narrativa) y verificar si sus respuestas se adhieren o no a lo que se solicita a través de las preguntas abiertas. Según Poole y Dickinson (2024, p. 111), cuando se pide a los niños describir un evento desde lo primero que ocurrió hasta cierto punto, y mediante el uso de frases que motiven a los niños a seguir relatando como, por ejemplo: "¿Y luego qué ocurrió?", los entrevistadores ayudan a los niños a organizar narrativas estructuradas temporalmente que son ricas en detalles contextuales.

Lo ideal no es fomentar narrativas sobre lo que usualmente ocurre ("guion" sobre lo que normalmente ocurre en una actividad repetida), ya que ello no motiva a los niños a describir episodios específicos en un tiempo y lugar concreto (memoria episódica). Si los entrevistadores discuten sobre aquello que usualmente ocurre, los niños frecuentemente usan lenguaje genérico (por ejemplo, "ella golpea"), en lugar de lenguaje que describa episodios específicos (por ejemplo, "ella golpeó"). Esto tienen incidencia directa en la capacidad narrativa del menor, quien será menos proclive a revelar múltiples incidentes espontáneamente (Poole y Dickinson, 2024, p. 113).

Puede pedirse al niño que relate acerca de su último cumpleaños, lo que hizo el día de la entrevista forense al levantarse, acerca de algún juego que aprendió en el colegio, etc. Lo que se busca es que narre episodios específicos, por lo tanto, no debería preguntársele acerca de lo que ocurre en un "típico día de colegio". Sin embargo, explican Poole y Dickinson (2024, p. 113) que cuando el proceso penal involucra múltiples incidentes, puede elegirse un evento repetido (nadar en la piscina) y preguntar sobre incidentes específicos ("¿qué ocurrió la primera vez…?", "¿qué ocurrió la última vez…?"), lo cual facilitará que el niño pueda describir múltiples incidentes más adelante durante la fase sustancial de la entrevista forense.

Por último, el psicólogo forense no debe considerar que la ejecución de una práctica narrativa vuelve la entrevista innecesariamente larga, porque en estudios de laboratorio se ha evidenciado que menos de 7 minutos se necesitan para completarla, e inclusive en un estudio se encontró beneficios en una que duró tan solo 2 minutos. En otro estudio se evidenció que la práctica narrativa permitió que los niños describan los eventos de una forma más eficiente, lo cual no repercutió negativamente en la duración de la entrevista forense (Poole y Dickinson, 2024, p. 115).

5.5.3. Durante la fase central de la entrevista forense (recabación del testimonio)

5.5.3.1. Introducción del tópico de ASI

El psicólogo forense infantil debe introducir el tópico del ASI de forma prudente, incitando al niño de manera neutral.

Krueger (2016) ofrece un ejemplo bien simple, en el sentido de preguntar al niño por qué está allí para hablar con el entrevistador. Una simple indicación neutral ayuda a menudo al niño a superar la reticencia y la ansiedad, y permite al entrevistador pasar a recopilar la información pertinente del niño sobre el abuso sexual (p. 66). Sin embargo, hacemos una precisión: este tipo de pregunta es más efectiva con niños que ya han denunciado su abuso, cuyo abuso fue reciente y cuyo abusador no era un miembro de su familia (Hershkowitz et al., 2005, como se citó en Faller, 2021, p. 88).

Si el niño falla al revelar el abuso sexual sufrido, el entrevistador forense debe valerse de otras preguntas más adecuadas. Tomando como base el Protocolo NICHD, Faller (2021) recomienda las siguientes preguntas que son más enfocadas: “He oído que viste a (profesional). Cuéntame de qué hablaste”. “Dime por qué crees que (transportista) te trajo aquí hoy”. “¿Está (cuidador) preocupado de que algo pueda haber pasado contigo?” (p. 88).

El Protocolo de 2019 calla respecto a cómo introducir el tópico de ASI.

5.5.3.2. Recolección de información sustancial para probar o no el hecho sexual abusivo

El psicólogo forense debe recolectar la información del menor sin seguir una estructura estática predeterminada e invariable: debe adaptarse a las circunstancias del caso concreto. Esto es explicado de forma sucinta por Krueger (2016):

> “No existe una metodología, práctica, lista de verificación o ejemplo específico que se pueda proporcionar para recopilar información de un niño sobre las instancias específicas de abuso. En algunos casos, el niño recordará el último o el primer incidente con gran detalle; en otros casos, el niño recordará algo tangencial al abuso. En algunos casos, el niño recordará detalles específicos que rodean el abuso, como la casa en la que vivían, la habitación en la que ocurrió, un vehículo, una prenda de vestir, un amigo, la temporada, el cumpleaños u otro evento que ocurrió alrededor del incidente de abuso” (p. 66).

No obstante, queremos recalcar que existe una metodología muy recomendada en la literatura empírica, conocida como “enfoque de embudo” (Orbach y Pipe, 2011, p. 152). Faller (2021) explica que este enfoque manda que las preguntas más abiertas sean preferidas al inicio, para luego recurrir a las preguntas más enfocadas cuando aquellas no han resuelto el problema de la revelación del abuso (p. 90). Este tipo de enfoque

minimiza la posibilidad de contaminación de la declaración de los niños a causa de estímulos dados por el entrevistador a través de sus preguntas: deben agotarse las preguntas abiertas y únicamente acudir a las preguntas enfocadas si faltan detalles esenciales. Por supuesto, si el niño brinda todos los detalles esenciales en las preguntas abiertas, quizás ya no será necesario seguir el enfoque del embudo de inicio a fin.

A continuación, basándonos en los aportes de Poole y Dickinson (2024, pp. 31-32), se elabora un listado con la secuencia de "prompts"[37] recomendados en el "enfoque del embudo", basadas en la extensión de introducción de información por parte del entrevistador, desde las más abiertas hasta las menos abiertas:

- **Facilitadores**: los cuales alientan al niño a continuar hablando, por ejemplo: "Ok", "Mm hmm" y el repetir algo que el niño acaba de decir.
- **Invitaciones**: son peticiones que motivan respuestas narrativas a la par que permiten a los niños a decidir qué detalles narrar.
  - Invitación inicial: la cual invita al niño a describir un evento desde el inicio hasta el final, por ejemplo, "Dime todo lo que ocurrió".
  - Pregunta abierta en amplitud: la cual expande la lista de cosas que el niño relata, por ejemplo, "¿Después qué ocurrió?".
  - Pregunta abierta en profundidad: se pide al niño que profundice sobre algo que ya ha mencionado. Tiene dos tipos: a) *Invitaciones con pistas* ("Dime más sobre [algo que el niño mencionó]"); e b) *Invitaciones de segmentación temporal* ("Dime qué ocurrió desde [algo que el niño mencionó] hasta [algo que el niño mencionó]").
- **Directivas o específicas**: son preguntas que usualmente empiezan con las letras "W" (who, what, when, where) y/o "H" (how). Estas preguntas buscan que los niños recuerden detalles específicos acerca de personas, objetos y eventos que aquellos ya han mencionado.
  - Directivas generales: fomentan respuestas de múltiples palabras como, por ejemplo: "¿Cómo te hiciste daño?". Existe un tipo de preguntas directivas conocidas como "directivas suposicionales", las cuales asumen que los niños experimentaron ciertas cosas que son frecuentemente experimentadas durante eventos que involucran a otras personas, como la existencia de percepciones, conversaciones y acciones. Por ejemplo:

[37] Se argumenta que un "prompt" es una instrucción o indicación diseñada para estimular una respuesta o acción, por ejemplo, para que una persona hable. Por el contrario, una "question" es una solicitud de información generalmente estructurada como interrogante. El "prompt" es más abierto y flexible, mientras que la "question" es más directa y explícita. En el contexto de entrevistas forenses a menores se suelen utilizar mucho los "prompts". Sin embargo, nosotros tradujimos "prompt" meramente como "pregunta", porque en el contexto procesal penal peruano es común únicamente utilizar la palabra "pregunta" (y no "prompt"), además de que entendemos que la "pregunta" sirve para estimular una respuesta por parte del entrevistado y así obtener información relevante.

la pregunta "¿Qué oíste cuando [evento que el niño reportó]?" asume que el niño oyó cosas.

- Directivas enfocadas: las cuales buscan detalles específicos, por ejemplo, "¿Dónde estaba tu mamá cuando te hiciste daño?"

- **Preguntas con opciones**: las cuales proveen información al niño para que las acepte o las rechace.
  - Preguntas de elección múltiple: explícitamente mencionan 2 o más respuestas, como en el siguiente ejemplo: "¿Estabas en la casa de tu mamá, en la casa de tu papá, o en algún otro lugar la semana pasada?
  - Preguntas de sí/no: implican que el niño debería responder "sí" o "no", como en la siguiente pregunta: "¿Tú empezaste el incendio?".
- **Preguntas sugestivas**: estas contienen detalles que los niños no han mencionado explícitamente en la entrevista forense. Pueden ser explícitamente sugestivas ("Estabas jugando con cerillas") o menos contundentes ("Dime acerca de las imágenes en la computadora", cuando el niño no ha mencionado todavía nada acerca de computadoras o imágenes).

La experiencia y la capacidad académica del psicólogo forense del Instituto de Medicina Legal serán puestas a prueba durante toda la entrevista forense, pero sobre todo en la fase sustantiva de recolección de información. Cada caso es único y se requiere capacidad de adaptación por parte del psicólogo forense. Los protocolos de entrevista forense más investigados empíricamente son semiestructurados porque sería irracional tener un protocolo estático para todos los casos. El Protocolo de 2019 no contiene un formato semiestructurado, de hecho, en su contenido solo se observan recomendaciones sueltas. Somos de la idea de que el enfoque de embudo sería el estándar ideal durante la fase central de la entrevista forense.

5.5.3.3. Clarificación de detalles

El psicólogo forense debe clarificar los detalles que el niño brindó previamente en el momento de la recolección de la información. Este momento es trascendental para la hipótesis acusatoria del Ministerio Público, y es donde se centra el mayor esfuerzo por parte del psicólogo forense. Según Krueger (2016, p. 67) el entrevistador forense debería centrarse en clarificar detalles que permitan al fiscal imputar cargos: dónde ocurrió el crimen, si hubo o no penetración, cuántas veces ocurrió el abuso, la línea de tiempo en que ocurrió el abuso[38]. Asimismo, deberían obtenerse detalles sensoriales[39],

[38] Básicamente, se recabarán datos para calificar jurídicamente el delito: si se emplearon armas, hubo ensañamiento, si la conducta fue repetitiva a lo largo del tiempo, si participaron una o más personas, etc.
[39] Los detalles sensorio motores del abuso sexual sufrido son, por ejemplo, cómo el menor sintió el abuso en su cuerpo (Faller, 2021, p. 89), quien deberá explicarlo en sus propias palabras.

si se utilizaron lociones, trapos u objetos, si hubo grooming, sobornos o amenazas[40]. Todo ello a través del uso de preguntas abiertas, pero si el entrevistador debe formular preguntas directas para enfocar la memoria del niño, se recomienda que siga luego con preguntas abiertas. Finalmente, el entrevistador debería intentar obtener aclaraciones de cualquier inconsistencia".

Es obvio que no en todos los casos de ASI existe **grooming**. Asimismo, habrá conductas difusas que pueden o no ser interpretadas como grooming (debido a que tienen aparejado un significado social dentro de lo normal), por ejemplo, el dar dinero o regalos al niño, enseñarle un juego o a tocar un instrumento musical, ofrecerle llevarlo de paseo en su auto, etc. Debido a este problema, Bennett y O'Donohue (2016) propusieron una definición que ayudaría a identificar correctamente las conductas constitutivas de grooming. Este debe ser entendido como un comportamiento antecedente inapropiado que tiene como función incrementar la posibilidad de un abuso sexual futuro (p. 308).

Con esto en mente, Bennett y O'Donohue (2016, p. 313) analizaron que en el Protocolo NICHD no hay preguntas específicas relacionadas al grooming. En este contexto, ambos autores ofrecen soluciones. Si durante la entrevista el niño menciona algún incidente que podría vincularse con una conducta de grooming, debería el entrevistador formular una pregunta abierta invitando al niño a explayarse. Sin embargo, si el niño no menciona ningún incidente que parezca grooming, aún es posible preguntar sobre ello al final de la entrevista, con el objetivo de no contaminar ninguna parte de la declaración del niño sobre los incidentes abusivos. Se puede utilizar la siguiente indicación abierta: "Cuéntame sobre tu relación con [el presunto perpetrador] antes de que sucedieran [los incidentes]". No obstante, si el niño no da una respuesta detallada, puede ser razonable hacer preguntas más específicas, tales como: a) "¿Tú y [el presunto perpetrador] jugaban juegos donde se tocaban mutuamente? Cuéntame todo sobre eso"; b) "¿Alguna vez [el presunto perpetrador] te dio regalos? Cuéntame todo sobre eso"; c) "¿[El presunto perpetrador] te daba baños o te ayudaba a desvestirte? Cuéntame todo sobre eso".

Por último, Bennett y O'Donohue (2016, p. 315) alertan sobre la existencia de la falacia "post hoc ergo propter hoc" (es decir, "después de esto, por lo tanto, a causa de esto"). Si un niño alega abuso sexual y luego se descubre que el presunto agresor le había estado dando dulces al niño antes del presunto abuso, muchas personas llegarían a la conclusión de que el acto de dar dulces obviamente fue una técnica de manipulación y, por lo tanto, debe haber ocurrido abuso. El acto de dar dulces no predice de manera confiable el abuso sexual; sin embargo, sí podría ser una técnica utilizada por los

[40] El niño puede sentirse impotente o desamparado, no solo para detener el abuso, sino también para declarar al respecto. El perpetrador puede amenazar directa o indirectamente al niño y alentarlo a no decir nada, o el miedo a las consecuencias desconocidas también puede crear un sentido de impotencia en la víctima (Fondren, 2016, p. 112).

agresores. Clarificar detalles sobre el comportamiento de manipulación puede ayudar a entender si el abuso sexual habría realmente ocurrido.

Otro aspecto relevante por esclarecer es la **presión o influencia externa**. Los entrevistadores a menudo preguntan a los niños si alguien les dijo que dijeran algo o no dijeran nada, en un esfuerzo por desentrañar posibles contaminaciones. Hacer tales preguntas a los niños puede ayudar a los encargados de juzgar la existencia del abuso a sentirse más cómodos evaluando las declaraciones de aquellos (Johnson et al., 2016, p. 186). El Protocolo NICHD valida que antes de terminar la entrevista con el niño, el entrevistador le pregunte acerca de si habló con alguien más sobre el abuso, y si fuese así, con quién y bajo qué circunstancias, con el objetivo de esclarecer si el menor fue sujeto de influencias sugestivas antes de la entrevista. Las preguntas sugestivas planteadas a un denunciante por parte de un padre pueden ser especialmente significativas (Duke et al., 2016, p. 223; Heaton-Armstrong et al., 2016, p. 47).

También resulta sustancial abordar las **inconsistencias**[41] surgidas durante la entrevista forense. Estas pueden ser el resultado de preguntas deficientemente formuladas. Será labor del psicólogo forense adecuar las preguntas al desarrollo cognitivo del menor, para evitar que *la propia y deficiente actuación del perito psicólogo contribuya a crear impunidad*. Earhart et al. (2016) recogen un ejemplo de un caso real relatado por Jones y Krugman en 1986:

> "(…) un niño de 3 años relató que el coche del perpetrador era negro cuando en realidad era naranja. De hecho, el niño podría haber estado describiendo con precisión el color de la tapicería, en lugar del exterior del coche como lo pretendía el interrogador. Preguntas como estas a menudo necesitan ser consideradas cuidadosamente para determinar si existe la posibilidad de malentendidos. Es importante destacar que las respuestas inexactas a preguntas específicas no son indicativas de la precisión de la información obtenida libremente en respuesta a preguntas abiertas" (p. 325).

[41] Las inconsistencias pueden estar dentro de la entrevista o entre lo declarado en la entrevista y las declaraciones que el niño ha hecho en otros contextos (Faller, 2021, p. 89). Consideremos el siguiente supuesto hipotético: el niño reveló en un primer momento que fue abusado sexualmente, lo que inició la investigación preliminar en sede penal, pero en su declaración en cámara Gesell termina retractándose. Al respecto, consideramos valiosas las palabras de Fondren (2016): A menudo, incluso cuando se producen retractaciones, las declaraciones suelen ser reafirmadas en algún momento. La retractación no es motivo para desestimar las declaraciones anteriores del niño porque no necesariamente significa que las acusaciones sean falsas. Es necesario realizar una exploración más profunda para comprender por qué las declaraciones del niño son contradictorias, siendo importante abordar las inconsistencias/declaraciones contradictorias en la entrevista forense para determinar qué ocurrió (p. 114). En el análisis de la retractación, consideramos, deberían ponderarse factores relacionados a la edad, el desarrollo cognitivo del menor, el entorno cultural, su situación personal (sobre todo desde el aspecto psicológico y moral) y familiar, la eventual presencia de amenazas o presión externa, etc. Finalmente, consideramos que este puede ser el momento adecuado para introducir la información externa que corrobora el abuso, en caso exista, para preguntarle al menor por la inconsistencia existente.

5.5.4. Durante la fase final de la entrevista forense

El psicólogo forense debe esforzarse en cerrar la entrevista con el niño de forma positiva. Conforme explica Krueger (2016):

> "El entrevistador debe agradecer al niño por participar, permitirle la oportunidad de hacer preguntas o expresar cualquier preocupación. Además, el entrevistador debe brindar la oportunidad al niño de agregar cualquier cosa que considere importante y que el entrevistador no haya preguntado. Cerrar la entrevista adecuadamente continúa la relación que el entrevistador desarrolló con el niño al comienzo de la entrevista" (p. 67).

5.6. Reflexiones sobre el Protocolo de Entrevista Única en cámara Gesell peruano (2019)

Utilizar el Protocolo de 2019 como guía para evaluar la corrección de la entrevista realizada en cámara Gesell resulta útil, pero no lo suficiente como para tratar de abordar todos los problemas complejos relacionados con la memoria del menor de edad victimizado sexualmente (específicamente, contactos indebidos sexuales que es de nuestro interés).

No descartamos la posibilidad de que peritos psicólogos del Instituto de Medicina Legal estén lo suficientemente capacitados en su ciencia como para realizar entrevistas forenses con un alto rigor científico, a pesar de que el Protocolo de cámara Gesell de 2019 es muy poco ilustrativo de toda la complejidad de la ciencia de la entrevista infantil. Además, este protocolo no manda obligatoriamente utilizar algún protocolo de entrevista forense especializado en la extracción metódica y científica de la información del menor que habría sido victimizado sexualmente.

Sin embargo, un abogado recientemente colegiado, a quien le toque litigar un delito sexual, ¿realmente está lo suficientemente capacitado para abordar este delito complejo basándose en el mentado protocolo? Creemos razonablemente que no, por ello para otorgar más seguridad jurídica en las entrevistas forenses a menores, debería actualizarse el referido protocolo para incorporar más técnicas de entrevista basadas en la evidencia empírica, contrastadas y aceptadas a nivel internacional, que configuren un manual de uso seguro para cualquier persona que lo lea, y de esta forma no esperanzarse únicamente en que el psicólogo del Instituto de Medicina Legal realizará la entrevista forense adecuadamente.

O, en todo caso, adaptar el protocolo NICHD a la realidad peruana de forma oficial, tomando en consideración que la versión revisada del protocolo NICHD es del año 2021. Para ello, debe realizarse un esfuerzo nacional que cumpla con las siguientes

recomendaciones propuestas por Navarro et al. (2019, p. 9): tomar medidas para garantizar la calidad de las traducciones directas, formar un comité bilingüe multidisciplinar bien informado[42], utilizar un proceso de varios pasos que incluya sesiones de debate en equipo y un diálogo continuo con los autores del protocolo. Asimismo, realizarse comprobaciones para garantizar que el protocolo traducido se ajuste a las reglas gramaticales, el estilo y las normas de la lengua y cultura de destino.

El protocolo NICHD no brinda pautas de entrevista sobre el grooming, por lo tanto, su inclusión en el protocolo nacional sí debería tenerlo. La capacitación de los peritos psicólogos en el protocolo actualizado será esencial, así como su enseñanza en las distintas universidades. Al final, el protocolo de entrevista forense integral y actualizado contribuirá en la medida de lo posible a minimizar las condenas injustas y absoluciones erróneas.

6. Derecho de defensa del presunto abusador sexual infantil durante la entrevista forense en cámara Gesell

Abogar es el "noble y áspero ejercicio de pedir justicia", como dice Ossorio en la dedicatoria de su recordado libro titulado "El alma de la toga", publicado en 1986 (Terragni, 2020, p. 19). Terragni da su propia interpretación de esta frase afirmando que es noble "porque el buen abogado prodiga generosidad" (2020, p. 28) y la praxis es áspera "porque no todos saben que el abogado tiene la obligación de ser parcial, como que defiende a una de las partes de un proceso" (2020, p. 28). En el ejercicio de la abogacía existe una tensión inevitable entre representar adecuadamente al presunto abusador sexual infantil y tener en cuenta las vulnerabilidades de la víctima abusada sexualmente.

Una acusación de abuso conlleva un peso moral serio (Furedi, 2016, p. 42). En el mundo contemporáneo, las ofensas sexuales se consideran –más que los delitos contra la propiedad o las agresiones físicas– una violación al núcleo mismo de las víctimas, produciéndose un daño que implica una contaminación moral: cuanto más sagrada y pura es la víctima, más profanos e impuros se considera la agresión y su perpetrador (Hebenton y Seddon, 2016, p. 84).

Aquellas personas investigadas por delitos sexuales que atraviesan el proceso penal, específicamente el juicio oral, antes de ser absueltos, generalmente, recurren al concepto de "infierno" para describir lo que han soportado. Aun así, los acusados nunca son declarados inocentes al ser absueltos y típicamente no hay pruebas exculpatorias para eliminar la sospecha (Burnett, 2016, p. 5). Para los que aún su caso está bajo

[42] Compuesto por lingüistas, sociólogos, antropólogos, psicólogos y profesores de educación prescolar.

investigación, se priva de voz a aquellos retratados como monstruos, y sus respuestas a estas caracterizaciones son interpretadas como evidencia de su monstruosidad (DeYoung, 2016, p. 38).

El abusador sexual se vuelve el enemigo predilecto de la ciudadanía, la encarnación de la maldad: se desprecia al abusador de menores mientras se venera la inocencia infantil. (Furedi, 2016, pp. 50-51). Davis y Leo (2016, p. 178) sugieren que los sospechosos de abuso sexual pueden tener más probabilidades de ser considerados engañosos que muchas otras clases de sospechosos. Los estereotipos vinculan algunas categorías sociales de sospechosos con el abuso sexual, por ejemplo, padrastros, sacerdotes, previamente sospechosos o condenados por delitos sexuales y, en cierta medida, simplemente ser un familiar masculino o conocido de la víctima. Estas personas pueden ser consciente de tales estereotipos, lo cual genera que experimenten ansiedad aumentada a través de señales comportamentales y, por lo tanto, de manera equívoca parecer más engañosos.

Bajo este paradigma, se piensa que cualquier cuestionamiento sobre la veracidad de las acusaciones de las víctimas de ASI solo añade un insulto a la lesión sufrida, y cualquier investigación sobre las motivaciones y causas de las acusaciones falsas puede parecer moralmente repugnante y no ético, especialmente cuando “falso” se toma en su sentido más estrecho para significar deliberadamente falso (Goodyear-Smith, 2016, p. 99).

Quienes se atreven a cuestionar dicha acusación son considerados cómplices de “culpar a la víctima”, “victimización secundaria” o “retraumatización” (Furedi, 2016, p. 43); y en el peor de los casos, de ser “apologistas de la violación”, “apologistas de la pedofilia”, “encubridores”, o incluso “pedófilos” ellos mismos. Una reacción tan doctrinaria sugiere que lo que estamos tratando aquí es un sistema de creencias (y uno cerrado) (Hewson, 2016, p. 119). Sin embargo, somos de la idea de que las historias de las víctimas de ASI tienen consecuencias devastadoras en las vidas de otros. En tales casos, no es irrespetuoso indagar y cuestionar los relatos de abuso de una manera sensible y respetuosa (Smith, 2016, p. 55). No debemos caer en el error de si bien alentar los derechos de las víctimas, permitir a su vez la destrucción de las garantías de los acusados que evitan condenas erróneas e ilegítimas.

No nos enfocaremos en aquellos acusados que son verdaderamente culpables y buscan la impunidad, sino en aquellas personas que están injustamente procesados por un crimen que *verdaderamente* no cometieron. La creencia razonable en la inocencia del cliente le corresponderá dilucidar a cada abogado defensor, así como también el deseo de cumplir –honorablemente– la máxima de no dejar en indefensión a toda persona acusada de un delito, por más execrable que sea, a sabiendas de que sí es el autor delictivo. Sin embargo, como ya se anticipó, solo brindaremos argumentos para

defender a quien el abogado *internamente* considera *inocente* o, al menos, tiene dudas fundadas de que ha cometido el delito.

6.1. Defendiendo éticamente a un presunto abusador sexual de menores

En el aspecto probatorio, hay una marcada asimetría lógica en los tipos de prueba que se pueden usar para probar que el ASI nunca ocurrió en comparación con los tipos de evidencia que pueden probar que ocurrió al menos una vez (Herman, 2016, p. 236). El autor propone los siguientes ejemplos: la negación de un sospechoso generalmente no se considera evidencia de que el abuso no ocurrió, pero una confesión es una fuerte evidencia de que sí ocurrió; el hecho de que ninguna tercera persona presenció ni siquiera un solo incidente de abuso no es una evidencia sólida de que no ocurrió, mientras que un testigo externo de un solo incidente es una evidencia sólida de que sí ocurrió; la falta de evidencia médica no es una evidencia sólida de que no ocurrió el abuso, mientras que ciertos tipos de evidencia médica proporcionan una evidencia muy sólida de abuso sexual, y así sucesivamente.

Ello no debe desalentar al abogado litigante. Somos de la idea de que, en la defensa de un presunto abusador sexual infantil, los métodos de defensa pueden ser apropiados y justos, sin abandonar el objetivo primordial en casos penales: “controlar” la prueba incriminatoria, específicamente, la declaración de la víctima menor de 14 años que habría sido abusada sexualmente. Pero este “control” debe ser matizado.

La regla de oro del contrainterrogatorio es controlar al testigo mediante el uso de preguntas sugestivas, sobre todo a efectos de que el testigo “revele” su falsedad o evidencia sus contradicciones; sin embargo, esto no es necesariamente justo o consistente con un modelo ético de defensa en casos sexuales. De acuerdo con Radcliffe (2016), más bien debería pensarse que el objetivo del contrainterrogatorio es obtener hechos, no invitar al argumento o intimidar, etc. Puede haber preguntas fácticas esenciales para el caso de la defensa que necesiten ser exploradas, por ejemplo, sobre eventos anteriores o posteriores al presunto incidente (p. 147). En cierto modo, se controla que no se ingrese al proceso penal únicamente información sesgada que permita reconstruir parcialmente los hechos.

Proponemos el siguiente caso: podría suceder que una niña defecara en su ropa interior, por lo que su padre le tuvo que lavar sus nalgas, cambiar de ropa y llevarla con su madre. Los padres se divorciaron de forma conflictiva, y la madre al enterarse del tocamiento sobre la menor, sobredimensionó el hecho e interpuso la denuncia correspondiente afirmando únicamente el hecho en sí mismo del tocamiento. Se omitió en la denuncia primigenia obtener el contexto posterior del hecho investigado, el cual sería útil para obtener un panorama completo sobre la interpretación de los hechos por

parte de la menor y la veracidad del dicho del padre investigado. El contrainterrogatorio puede ser muy útil en este aspecto.

El objetivo de “controlar” no pierde su relevancia, pero ya no debe ser entendido como una batalla a muerte entre dos beligerantes: debe exponerse la falta de fiabilidad de la declaración del menor de 14 años mientras se actúa de forma ética. De acuerdo con Radcliffe (2016), las técnicas utilizadas para lograr este objetivo son:

> “(i) “destruir” la evidencia del testigo confrontándolo con pruebas irrefutables del testimonio deshonesto; (ii) debilitar la evidencia, “sacando a relucir” inconsistencias materiales; o (iii) socavarla, atacando el crédito del testigo, para mostrar que no se puede confiar en él como testigo veraz. En la práctica, es poco común descubrir evidencia que refute completamente una acusación sexual. Por esta razón, la defensa tiende a depender de la segunda y tercera de estas técnicas” (p. 140).

Durante la entrevista forense del menor, rechazamos el uso de lenguaje inapropiado (destinado a confundir al menor), preguntas coercitivas y/o sugestivas (que buscan producir respuestas inexactas o que aparentan falta de fiabilidad), el uso de tácticas intimidatorias, el cuestionamiento a la dignidad del menor (criticándolo por su orientación sexual, el tipo de ropas que viste, etc.) y hacer preguntas que directamente hagan entender al niño que está mintiendo o fantaseando. Si la estrategia es acreditar la mentira o la capacidad del niño para fantasear sí puede hacerse; pero no a través del confrontamiento directo del niño sobre estos temas. Jamás debería ser permitido porque no es ético.

El abogado defensor jamás debe olvidar que pequeñas inconsistencias en determinadas partes del testimonio del menor no lo volverán no creíble en líneas generales. Advierte Radcliffe (2016) que estas inconsistencias podrían ser más aparentes que reales (p. 146). Resultará inútil centrarse en pequeños detalles inconsistentes que, de acuerdo con los últimos avances en la ciencia de la memoria, es probable que estén presentes. Por ejemplo, el color de una camisa, durante la noche, resultará irrelevante. Si el niño menciona que el agresor sexual utilizó una camisa, el nivel de detalle de acuerdo con su edad mental será suficiente para ir hilvanando la reconstrucción del hecho delictivo.

Podría ocurrir que la víctima se culpe o minimice el incidente durante la entrevista forense, porque interpreta que fue su conducta la desencadenante de su victimización sexual y por ello se culpa o minimiza el incidente como una forma de enfrentar el suceso. Esto no podría ser utilizado por un abogado defensor para alegar la inconsistencia de su comportamiento, a efectos de tratar de evidenciar la falta de credibilidad del menor.

No hay necesidad de pelear con la víctima, por lo que se exige calma en el abogado defensor, así como el uso razonable y concienzudo de sus recursos disponibles. El defensor no debe sentir miedo de incordiar a la víctima y no abordar temas relevantes

para la defensa, ni tampoco debe ser demasiado agresivo, al punto de ser un bravucón con la víctima menor de 14 años. En cualquier extremo siempre habrá injusticia.

Investigaciones empíricas revelan que es preocupante que los abogados defensores muestren un conocimiento insuficiente del desarrollo lingüístico infantil, trastornos de salud mental, discapacidades de aprendizaje y procesos cognitivos (Radcliffe, 2016, p. 138). ¿Cómo podrá elaborar el abogado una adecuada estrategia de defensa si malinterpreta la aquiescencia de un niño con discapacidad intelectual (decir sí constantemente) confundiéndola con mentiras deliberadas?

La entrevista forense del niño en Perú es videograbada. Un abogado defensor diligente no puede fiarse de la transcripción del acta de declaración recabada vía prueba anticipada, ya que podría haber errores involuntarios o deliberados para hacer parecer la declaración como libre de inconsistencias. Recomendamos que esta videograbación sea utilizada para que tanto el entrevistador como la entrevista sean examinados para determinar: 1) Si se estableció un adecuado rapport; 2) Si el lenguaje y las preguntas (redacción exacta, cantidad de veces formuladas y tono) fueron apropiados para el desarrollo del menor; 3) Si las instrucciones dadas al menor fueron correctas; 4) Si se abordaron las inconsistencias (especialmente las contradicciones) adecuadamente; 5) Si la entrevista forense se guio únicamente de una hipótesis incriminatoria o se utilizaron hipótesis alternativas, etc. El objetivo es determinar si la declaración fue producto de la presión social o el uso correcto de técnicas de entrevistas basadas en la evidencia empírica. Aparte, el abogado defensor debe examinar la integridad total de la investigación realizada por el fiscal, esencialmente investigar cada prueba de cargo para considerar si pudiese ser poco fiable u obtenida a través de procedimientos forenses no sólidos.

Deberá también el abogado defensor tener en cuenta que, si bien una deficiente entrevista forense puede ser la fuente de falsas declaraciones, podría suceder que la memoria del niño haya sido corrompida mucho antes de que se produzca la entrevista (Laney y Loftus, 2016, p. 7), lo cual requiere un esfuerzo superior por parte del litigante para encontrar esta fuente que distorsionó la memoria del menor, elaborar una estrategia para sacar a relucir tal contaminación durante la entrevista única en cámara Gesell (como mínimo) y plantear su hipótesis ante el tribunal en juicio oral, a la luz de la valoración individual y conjunta de la prueba.

Todo lo desarrollado, en líneas generales, permite defender éticamente a un presunto abusador sexual infantil. La estrategia de defensa, por regla, se plantea desde el momento en que el cliente es sindicado como presunto responsable de un hecho ilícito. No obstante, la principal herramienta de cargo o de descargo la constituye la declaración en cámara Gesell (o sala de entrevista única donde no opere la cámara Gesell). Es este el momento por excelencia donde, en cierto modo, se define el destino jurídico del cliente. Por lo tanto, es importante plantear una adecuada estrategia de defensa durante

la entrevista única del menor en cámara Gesell, ya que su resultado irradia todo el proceso penal.

6.2. Estrategias de defensa en cámara Gesell

De manera sintética, abordaremos por bloques cuáles pueden ser las razones por las que una persona podría estar injustamente procesada en un caso de ASI en agravio de menores de 14 años. Recordemos que la principal diferencia entre el delito de contactos indebidos sexuales y la violación sexual es la existencia o no de penetración. Por lo tanto, las causas que producen un procesamiento injusto de una persona encuentran aplicación en cualquier delito sexual. Por ejemplo, un niño de 10 años puede afirmar que su padre: a) Le tocó sus nalgas; b) Le introdujo su pene en su ano; c) Le filmaba bañándose; o d) Vendía sus fotos desnudo por internet; etc.; *todo ello por manipulación materna en el contexto de un divorcio conflictivo*.

Estas causas deberán ser abordadas por el abogado defensor durante la entrevista única en cámara Gesell, haciendo las preguntas pertinentes con tal fin. La adecuada ejecución de la estrategia de defensa servirá de insumo básico para poder defender satisfactoriamente al cliente a lo largo de todo el proceso penal.

Aconsejamos al acusado declarar durante la investigación preparatoria, de forma previa a la realización de la entrevista en cámara Gesell. Una reunión previa con el cliente será necesaria, quien desde su honestidad deberá detallar todo lo que, desde su perspectiva, ocurrió. Allí deben identificarse los problemas fácticos en disputa y las potencialmente perjudiciales consecuencias para la situación jurídica del acusado en caso mienta. Esta declaración arrojará un producto fáctico que el representante del Ministerio Público puede utilizar para contrastar con los dichos del menor a través del psicólogo forense durante la entrevista en cámara Gesell, y pueda eventualmente optar por un archivo o sobreseimiento (si es sólidamente viable). De lo contrario, la resolución de la disputa estará a cargo del tribunal de juzgamiento.

6.2.1. Posibilidad de falsedad voluntaria del menor

Algunas veces se incrimina a una persona por ASI en base a fabricaciones deliberadas, en otras ocasiones puede haber exageraciones o distorsiones deliberadas de lo que ocurrió, de tal forma que se criminalizan conductas que como mucho deberían considerarse interacciones impropias. Esto suele estar motivado por algún tipo de beneficio personal, el cual puede ser múltiple.

Es importante examinar el contexto que rodea la primera denuncia de contactos indebidos sexuales, y así determinar si factores contextuales podrían haber desempeñado un rol importante en la revelación del menor de su alegada victimización sexual. Estos podrían ser: obtener una excusa para un hecho concreto, obtener venganza (sobre todo contra algún familiar o profesor escolar), llamar la atención del resto, un historial de constantes mentiras a cambio de beneficios personales, etc. Por ejemplo, podría suceder que un niño de primaria revele haber sido tocado indebidamente por su maestro en el salón de clases, pero justo después de que se entera que el maestro lo reprobó en su examen, de tal forma que eso origina que repita el año académico.

En la formulación de una denuncia falsa, existe la posibilidad de que el menor realice alegaciones parcialmente verdaderas, mientras que el resto de su contenido sea deliberadamente "embellecido". En vez de fabricar una completa mentira, es más factible que el mentiroso cambie solo detalles específicos en un relato verídico o simplemente oculte detalles vitales en el relato, y para lograr un mayor impacto de credibilidad controle su comportamiento para parecer honesto. En un número muy reducido de casos se ha encontrado que algunos denunciantes fabrican pruebas, mezclándolas con evidencia verdadera, en sus esfuerzos por fortalecer la credibilidad de sus relatos (Goodyear-Smith, 2016, p. 109; Nahari, 2016, p. 243; Heaton-Armstrong et al., 2016, p. 42).

El abogado defensor del presunto abusador sexual infantil deberá identificar aquellos aspectos centrales constitutivos del contacto indebido que han sido deliberadamente exagerados, contrastarlos con la versión de los hechos del cliente y tratar de demostrar la incredibilidad subjetiva del menor. No recomendamos centrarse en aspectos periféricos que en nada ayudan a desacreditar el aspecto central debatido (tratándose de menores víctimas), a no ser que sean tan raros o fantásticos que coadyuven a demostrar la tendencia del menor a la mentira.

Debería averiguarse el historial del menor con el objetivo de posiblemente hallar un historial de denuncias falsas previas. Podría ocurrir que tenga, aunque sea una sola denuncia previa, la cual terminó en archivo fiscal o sobreseimiento. Sería ideal que el abogado defensor solicite al fiscal que recabe tal información a efectos de analizar bajo qué circunstancias decidió no continuarse con el proceso penal. La existencia de una previa situación de falsedad deliberada esclarecida no debe descartarse.

Los registros educativos, los informes de trabajadores sociales, data importante sobre tratamientos terapéuticos del niño, informes psicológicos, etc. pueden arrojar luces sobre comportamientos deshonestos ejecutados por el menor, de tal forma que se puede crear progresivamente una hipótesis de falsedad deliberada, siendo el cliente la víctima de la sindicación.

6.2.2. Posibilidad de interferencia en el menor (falsedad involuntaria) a causa de un tercero

La investigación empírica ha demostrado que cualquier discusión entre el denunciante y otras personas (independientemente de la intención) puede causar “errores de origen de la memoria” donde el denunciante integra inadvertidamente la información proporcionada por estas “fuentes” en su propio “relato”, contaminándose la memoria y produciendo que el denunciante crea que su memoria autobiográfica es genuina (pero en realidad es falsa) (Oxburgh y Hynes, 2016, p. 230). Potenciales fuentes de contaminación son los amigos, familiares, médicos, psicólogos, abogados, medios de comunicación, maestros del colegio, profesores particulares, etc.

Citamos el siguiente caso donde una niña habría sido influenciada por su madre, de tal forma que declaró en un sentido negativo respecto de su padre:

> “Una niña de 7 años dijo que odiaba a su padre, quien le había gritado y golpeado. Sus padres se habían separado cuatro años antes, el contacto se había detenido por parte de la madre hace 2½ años y el padre ahora buscaba restablecer el contacto a través del tribunal. La madre dijo que el padre era un hombre impulsivo y violento, pero que estaba deteniendo el contacto debido a lo que su hija había dicho. Cuando la niña fue entrevistada repitió la declaración, pero cuando se le preguntó que describiera a su padre, dijo que no podía recordarlo ni nada sobre él. Comentó que sería mejor preguntarle a su madre” (Zeitlin, 2016, pp. 254-255).

En este caso podemos observar que una niña posiblemente incorporó un recuerdo en su memoria, cuyo origen fue lo que le habría dicho un tercero (su madre). No es de extrañar este tipo de casos derivados de pleitos judicializados entre padres. Cuando se le pidió a la niña que describiera al padre, ella afirmó que no podía recordar nada de él y que mejor era preguntarle a su mamá. Al parecer, al ser entrevistada en un ambiente libre de presiones, se facilitó la espontaneidad de su relato.

Los adultos pueden malinterpretar lo que el niño quiere decir y lo que realmente dice. Esto mayormente ocurre cuando hay entre padres conflictos derivados del régimen de visitas, siendo las madres muy proclives para sentir emociones muy fuertes e interpretar los dichos del niño para que encajen con sus sentimientos. El niño puede también percibir estas emociones y copiar la naturaleza del sentimiento de su pariente (Zeitlin, 2016, p. 257). Podría suceder que la niña le comunique a su madre que su padre le sobó el trasero al bañarla, lo cual es magnificado por la madre a tal punto que interpone una denuncia por contactos indebidos sexuales. Es un caso limítrofe que merece ser investigado, pero quizás podría ser evitado, solo quizás, si se tuviese en cuenta el contexto.

Es posible que la mayoría de las víctimas le cuentan a un amigo o miembro de la familia lo que sucedió poco después. Estas personas, en calidad de testigos, pueden verificar que el relato de la víctima no fue inventado recientemente (Vallano et al., 2020, p. 186). A aquella primera persona a quien la víctima revela el abuso sexual sufrido, Páucar (2020) le denomina “testigo de primera revelación” (p. 432) y Duke et al. (2016) le denominan “primer confidente” (p. 223).

No puede descartarse el hecho de que estas personas hayan utilizado preguntas sugestivas o cerradas acerca del evento en cuestión. Ello podría producir una contaminación en su memoria que, lamentablemente, no podemos controlar. Dicha contaminación afectaría la revelación espontánea en el sentido de añadir detalles perjudiciales que antes no estuvieron presentes, incidiendo en la calificación jurídica del delito sexual investigado. Frente a esta situación, es necesario preguntar a los niños acerca de las conversaciones que han tenido acerca del tocamiento que habrían sufrido, cómo este fue revelado y a quién. De las respuestas, probablemente, se obtendrá más información contextualizada, así como datos que permitan inferir una posible manipulación para declarar en tal o cual sentido.

Ahora, poniéndonos en el supuesto de que la revelación del ASI es falsa, es usual que coincidan en la misma persona el manipulador y el “testigo de primera revelación”. Este sería el origen de todas las mentiras, por lo tanto, es poco probable que otra persona sea la depositaria original de la revelación del abuso. A este “testigo de primera revelación” debería citársele a declarar en la etapa de investigación preparatoria con el objetivo de que informe sobre: a) Las circunstancias de la revelación de los tocamientos sufridos; y b) Las preguntas que este testigo le hizo al menor y qué respondió el niño.

La transcripción fidedigna en el acta de declaración testimonial de todas sus respuestas permitirá preservar detalles que luego serán esenciales para evaluar la posibilidad de una indebida influencia en la memoria del menor, mediante la contrastación con la versión del cliente y: las circunstancias previas, concomitantes y posteriores a la comisión de los tocamientos, la relación previa entre el cliente y el niño (que pudo haberse empezado a deteriorar progresivamente a partir de un evento gatillante –donde el otro pariente cumple un rol esencial–), el historial entre el cliente y el “testigo de primera revelación”, la presencia de una coartada por parte del cliente, la particular ganancia del manipulador, etc.

6.2.3. Posibilidad de errónea interpretación del menor de la conducta del cliente

Las memorias preservan la comprensión que alguien tiene de un evento, y esa comprensión frecuentemente incluirá elementos que no estuvieron presentes en el

evento (pero que fueron, en su lugar, meramente inferidos) y también elementos que describen o interpretan el evento desde un cierto punto de vista (Reisberg y Heuer, 2020, p. 12). En cuanto a la reconstrucción de la memoria, esta es guiada por lo que la persona sabe (y cree y prefiere) en el momento de la reconstrucción, y esto puede ser diferente de lo que la persona sabía (y creyó y prefirió) en el momento del incidente que intenta recordar (Reisberg y Heuer, 2020, p. 18).

Desde nuestra perspectiva, el contacto sexual está abierto a la interpretación por lo que es importante el carácter interpretativo de la memoria en la investigación y probanza del delito de contactos indebidos sexuales en agravio de menores de 14 años. La víctima podría no advertir que el contacto es realmente inapropiado, meramente experimentar sorpresa y/o confusión durante el tocamiento, para que solo después se dé cuenta que sufrió un delito sexual. Desde otro punto de vista, podría suceder que, por errónea interpretación, los niños aleguen haber sido tocados indebidamente. Según explican O'Donohue et al. (2016), la forma cómo categorizan su experiencia los niños depende de varios factores, pero su desarrollo cognitivo puede limitar o sesgar sus juicios (p. 262).

Es muy problemático pensar que existió contactos indebidos sexuales en un contexto reputado normal (bañar o vestir al menor), cuando quien lo hace es un familiar cercano y en una sola ocasión. Sin embargo, puede haber señales de alerta como cuando el niño o niña revela que quien lo baña o cambia de ropa tiene una especial fijación en sus partes íntimas, a través de constantes tocamientos que le causan incomodidad. Será también sospechoso si el presunto victimario trata de bañar a niños que ya deberían tener una edad para cuidar de su propia higiene personal. La edad límite, como es lógico, no puede fijarse de forma universal, ello dependerá de la capacidad del menor.

En la mente del menor puede producirse una "confabulación de experiencias", según la cual los niños también pueden incorporar eventos relacionados con el abuso dentro de experiencias neutras (no sexuales), lo que resulta en un recuerdo y acusaciones falsos (Ceci y Bruck, 1993, como se citó en O'Donohue et al., 2016, p. 263). O'Donohue et al. (2016) explican y ejemplifican este fenómeno que ocurre dentro de la memoria de los menores:

> "Los niños pueden estar expuestos a contenido sexual en una variedad de entornos (por ejemplo, programas de prevención de abuso sexual en la escuela, sitios web o fotos en internet, discusiones sexuales entre niños, revelación de abuso sexual por parte de un amigo o familiar, etc.) y tal información puede ser distorsionada y personalizada por el niño. Por ejemplo, un niño que era monaguillo ve un programa de noticias que expone el abuso sexual infantil perpetrado por un sacerdote e incorpora este contenido sexual en sus propias experiencias no sexuales con la iglesia, produciendo así un recuerdo falso de abuso sexual a manos del sacerdote" (p. 263).

Solo se puede sostener esta tesis defensiva siempre que el cliente sea capaz de ofrecer fundadas razones de por qué es factible indagar en esta línea de investigación. Si existen argumentos fundados en prueba objetiva que permiten inferir que la sindicación se debe a asuntos no relacionados a deficiencias en la memoria infantil, no es aconsejable plantear una tesis defensiva en este sentido. Por ejemplo, cuando existe ASI mediante penetración anal y el certificado médico legal refuerza la hipótesis incriminatoria, además de que la hipótesis alternativa de que las lesiones se produjeron debido a una enfermedad no encuentra asidero probatorio.

Lo que podría hacer la defensa, *asumiendo* que el origen del recuerdo sí es erróneo, es verificar las inconsistencias sobre todo de tiempo y lugar entre el recuerdo erróneo y el lugar donde habría ocurrido. Asimismo, verificar rutinas u horarios de potenciales testigos que habrían estado recorriendo la zona cuando posiblemente ocurrió el supuesto hecho delictivo. Inclusive presentar una coartada de no presencia en el lugar indicado, es caso fuera posible corroborarla.

Cuando se realice la diligencia de entrevista única en cámara Gesell, el abogado defensor, a través del psicólogo forense, debe indagar acerca del origen o la fuente de ese recuerdo: formular preguntas orientadas a saber cuál es el nivel de exposición del niño a contenido sexual (no necesariamente material pornográfico), si tiene alguna especial predilección por algún programa en televisión o en internet (si comenta ello con sus pares), si ha indagado sobre hechos similares esencialmente vinculados con el acto objeto de investigación (por ejemplo, una condena publicitada en el noticiero de televisión por tocamientos producidos por un sacerdote en agravio de un niño), etc.

Antes de que se realice la pericia psicológica forense al menor entrevistado, el abogado defensor deberá presentar oportunamente un escrito ante el Ministerio Público solicitando que el psicólogo forense indague en su evaluación psicológica forense la capacidad de resistencia del niño entrevistado a la sugestionabilidad en conexión con su capacidad cognitiva. Ello deberá plasmarlo detalladamente en su Protocolo de Pericia Psicológica. Posteriormente, el abogado defensor debe solicitar al Fiscal la programación de la declaración del psicólogo forense a efectos de profundizar los resultados obtenidos, sobre todo porque en la práctica forense el mentado protocolo suele ser muy escueto.

El psicólogo forense que realizó la pericia psicológica puede brindar opiniones que respalden nuestra tesis o no, estas opiniones pueden ser correctas o incorrectas. Frente a esta situación, es necesario analizar los resultados mediante un psicólogo forense de parte; es decir, debemos suministrarle: a) El acta de la entrevista forense y su correspondiente videograbación; b) La declaración testimonial del psicólogo forense del Instituto de Medicina Legal y el respectivo protocolo de pericia psicológica elaborado; c) Todas aquellas fuentes de información relevantes e independientes que le ayuden a formarse un juicio clínico forense fundado.

Finalmente, al momento de elaborar su opinión, el perito de parte deberá citar los más recientes o en todo caso los más contundentes artículos de investigación científica sobre sugestionabilidad y memoria infantil, y explicar cómo el caso enjuiciado, con el concreto niño, *podría ser* una manifestación de lo que se expone en los estudios de la memoria; es decir, que hubo una *confabulación de experiencias*.

6.2.4. Posibilidad de problemas mentales como una vía a las falsas acusaciones

El estado mental del niño puede tener un impacto significativo en una variedad de ámbitos como la percepción, la impulsividad, la atención a los eventos y su correspondiente narración. Ciertos diagnósticos infantiles pueden estar relacionados con el desarrollo de una acusación falsa de contactos indebidos sexuales. O'Donohue et al. (2016) al respecto explican que:

> "La premisa general es que los procesos psicopatológicos pueden distorsionar el contacto con la realidad o la interpretación de la misma. Una posible distorsión puede ser que el niño afirme haber sido abusado cuando de hecho no lo fue. O esta patología puede crear una diátesis en la cual otros mecanismos pueden estar más frecuentemente implicados, por ejemplo, la mentira (debido al Trastorno de Conducta[43]) o la sugestionabilidad (debido a un trastorno psicótico, por ejemplo). El papel de algunas patologías en la distorsión de la realidad es relativamente no controvertido, pero las implicaciones para los contextos forenses a menudo no se comprenden completamente" (p. 266).

La presencia de ciertos diagnósticos de salud mental podría llevar al padre o cuidador a transmitir ideas al niño que podrían conducir a la formación de un falso recuerdo que desencadene en una acusación falsa de contactos indebidos sexuales. En esta línea, O'Donohue et al. (2016) argumentan que:

> "De hecho, en ocasiones, las personas que están experimentando psicosis pueden desarrollar delirios de naturaleza sexual y/o experimentar alucinaciones que pueden llevarlas a creer que ciertos eventos han ocurrido. Específicamente (…), si el padre o cuidador de un niño está experimentando delirios de que alguien quiere hacerle daño al niño, puede compartir esto con el niño quien a su vez puede interpretarlo como abuso sexual (…)" (p. 269).

Por último, la mentira patológica puede definirse como un estilo de vida de mentiras repetidas, extensas y frecuentes, a menudo fantásticas en su naturaleza, para las cuales no hay un motivo o beneficio externo aparente (más bien la gratificación parecer ser el comportamiento mentiroso en sí mismo). Usualmente pueden ser fácilmente verificadas

[43] El niño puede sufrir un trastorno mental como el Trastorno de Conducta, conforme al cual no respeta las normas sociales y no tiene una normal moralidad internalizada (O'Donohue y Cirlugea, 2016, p. 278).

como falsas y, en algunos casos, incluso pueden ser autoincriminatorias o perjudiciales, lo que las hace más incomprensibles para la audiencia. (Dike y Kapoor, 2016, p. 375-376). Respecto a su incidencia en casos de abuso sexual:

> "Es poco probable que los profesionales forenses de la salud mental, encargados de evaluar a presuntas víctimas de abuso sexual, se encuentren con mentiras patológicas, incluso en casos donde la credibilidad de la víctima está en cuestión. (…) muchas condiciones psiquiátricas y neurológicas comunes son más propensas a afectar la capacidad de un individuo para recordar el abuso sexual que la mentira patológica. Por ejemplo, los síntomas psicóticos, los déficits cognitivos o la disociación traumática pueden interferir con la capacidad de un individuo para dar un relato claro y consistente del abuso, creando la impresión de mentiras. La mentira patológica debe ser considerada, pero está mucho más abajo en la lista de diagnósticos diferenciales" (Dike y Kapoor, 2016, p. 380).

El abogado defensor debería realizar una investigación previa, revisar la carpeta fiscal, preguntar al cliente u otras fuentes, para identificar si el menor de 14 años presenta alguna de las condiciones explicadas previamente. En caso fuera así, deberá contratar a un psicólogo/psiquiatra forense de parte para que le ilustre sobre las posibles implicancias que tales condiciones tuvieron en la memoria del menor, cómo podrían condicionar su fiabilidad al momento de declarar, si se requiere medicamentos para mantener la lucidez y la dosis respectiva, etc. En conjunto, todo ello permitirá elaborar un potencial contrainterrogatorio *adaptado* en la entrevista en cámara Gesell.

7. Evaluación de la calidad de la entrevista forense

Una vez obtenido el producto de la entrevista forense (el testimonio del menor), este será introducido en juicio oral a través de un acta que recogerá íntegramente todo lo conversado. En caso de ser necesario, se reproducirá la videograbación de la entrevista, aunque por un tema de practicidad no se reproducirá toda salvo las partes puntuales que se requiera que el juez tome conocimiento y sirvan para los fines probatorios de la parte procesal que requirió la visualización.

Destacamos lo afirmado por Johnson et al. (2016), en cuanto a que deben considerarse las demandas emocionales y cognitivas de la entrevista forense al analizar la declaración del menor (p. 186); obviamente junto a otras circunstancias relevantes propuestas por las partes procesales. Todo ello será muy importante al momento de valorar la prueba testimonial del niño en juicio oral.

Desde nuestra perspectiva, la forma de preguntar puede ser fuente de mayor distorsión en el testimonio que los problemas propios de memoria que un entrevistado pueda tener. Es difícil (o prácticamente imposible) establecer un parámetro objetivo de control de la validez del método de la entrevista. Cada entrevista forense es única, de tal forma que

su calidad no puede ser “validada”, ya que no se sabe con certeza qué ocurrió con el niño entrevistado.

Cashmore (2002) argumenta que como el uso del lenguaje de los niños es más dependiente del contexto y es más literal que el de los adultos, entonces es importante saber qué preguntas se hicieron al niño y en qué secuencia (p. 211). En base a esta idea, nos resulta relevante la posición de Earhart et al. (2016) quienes argumentan que la única forma de evaluar las entrevistas forenses no radica en fijarse si los niños dicen la verdad, sino en determinar qué han hecho los entrevistadores durante la entrevista, y si las condiciones fueron las adecuadas para obtener declaraciones certeras (p. 329). Debemos precisar que tal evaluación requiere que los psicólogos forenses del Instituto de Medicina Legal utilicen las mejores técnicas de entrevista forense a niños presuntamente abusados sexualmente. El desarrollo de estas técnicas requiere un entendimiento profundo de la memoria y el lenguaje del niño, para aplicarlas adecuadamente en el caso concreto.

Las deficiencias en la conducción de la entrevista forense deben ser valoradas por el juez de juzgamiento, quien deberá atribuir al relato la calidad de fiable o no; es decir, si la forma de entrevistar fue lo suficientemente perjudicial como para afirmar que el relato del menor no es lo suficientemente fiable para sostener una sentencia condenatoria, o si los errores detectados en las preguntas formuladas son insustanciales y no hicieron mella en el recuerdo incriminatorio del menor. La defensa debe hacer preguntas adecuadas que tengan en cuenta el desarrollo cognoscitivo del menor, para evitar manufacturar inconsistencias que sirvan a su posición procesal con grave afectación a la búsqueda de la verdad.

Esto es un tema netamente de valoración de la prueba que recae en el juzgador que, por supuesto, deberá motivarla en su sentencia y será objeto de control por las partes. Para ayudar al juez en esa labor, siguiendo a Daly (2016), sostenemos que la defensa del acusado para defender su hipótesis fáctica debe producir prueba, no mera especulación, de que la memoria del niño ha sido inapropiada e indebidamente influenciada (p. 37).

Solo así se evitarán situaciones vergonzosas como la ocurrida en el **Recurso de Nulidad N° 706-2024-Lima Sur/Sala Penal Transitoria [Ponente Brousset Salas]**, de fecha 25.11.2024, donde se discutió un caso de contactos indebidos sexuales y violación sexual (felación) en agravio de una niña de 7 años. Se resolvió no haber nulidad en la sentencia condenatoria que impuso una pena de cadena perpetua al primo de la víctima. La Corte Suprema descartó todos los agravios planteados por el abogado defensor del condenado, ya que existía prueba de cargo suficiente para condenarlo; sin embargo, nos llamó la atención que el abogado señalara que la niña declaró que veía la serie “La Rosa de Guadalupe”, programa inadecuado para su corta edad y que pudo producir que la menor confunda la ficción con lo real.

De forma correcta, el juez supremo Brousset Salas argumentó que “la capacidad cognitiva de cada individuo es única y variable. [N]o puede establecerse una relación causal directa entre la visualización de un programa de televisión y la veracidad o falsedad de un testimonio” (Fundamento 16°). Inmediatamente añadió que en el caso debatido “no obra prueba pericial psicológica que evidencie una alteración en la capacidad de la menor para percibir y relatar los hechos”. Evidentemente, el agravio postulado por la defensa técnica es un supuesto de especulación.

CAPÍTULO III: BASES TEÓRICAS PARA LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA TESTIMONIAL DE MENORES DE 14 AÑOS VÍCTIMAS DE CONTACTOS INDEBIDOS SEXUALES

1. Sobre el delito que debe probarse

En la presente tesis, del universo de delitos sexuales que pueden cometerse, nos centraremos exclusivamente en la valoración de la prueba del delito de "Tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos en agravio de menores", regulado en el artículo 176-A CP. Así pues, "abusos sexuales en agravio de menores de edad" es el género, mientras que "tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos en agravio de menores de 14 años" ("contactos indebidos sexuales", de forma abreviada) es la especie. La regulación actual del tipo penal de contactos indebidos sexuales establece lo siguiente:

> "El que sin propósito de tener acceso carnal regulado en el artículo 170, realiza sobre un menor de catorce años u obliga a este a efectuar sobre sí mismo, sobre el agente o tercero, tocamientos indebidos en sus partes íntimas, actos de connotación sexual en cualquier parte de su cuerpo o actos libidinosos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de nueve ni mayor de quince años".

Consideramos que el **bien jurídico protegido** es la **libertad sexual en potencia**, de acuerdo con lo fundamentado en la **Casación Nº 2386-2021-Huánuco/Sala Penal Permanente [Ponente San Martín Castro]**, de fecha 29.04.2022:

> "Que, ahora bien, en estos delitos el bien jurídico vulnerado es la libertad sexual *in fieri* o en potencia, de la que el sujeto afectado podrá hacer uso en etapas más avanzadas de su vida, lo que reclama como *prius* que en etapas previas de formación el sujeto quede a salvo de actos traumatizadores. En este sentido se pretende tutelar una esfera de libertad personal *in fieri* que en el futuro se materializará en un ámbito básico de libre desarrollo de la personalidad del sujeto (…). Es lo que otros autores denominan "indemnidad sexual" por no corresponderse con la libertad sexual, en la versión estricta de esta acepción, dada la irrelevancia jurídica penal del consentimiento cuando se haya prestado (…)" (Fundamento Jurídico 3°, la cursiva es del original).

Procederemos a desarrollar el **tipo objetivo**. Podemos afirmar que el sujeto activo será cualquier persona, no requiriéndose cualidad especial para la subsunción típica. Sin embargo, si quien comete el hecho lesivo es un familiar o alguna persona que tiene especial autoridad o poder sobre la víctima, la pena se agravará (artículo 170 CP en concordancia con el artículo 177 CP). El sujeto pasivo solo puede ser el niño o niña menor de 14 años, no requiriéndose cualidades especiales, por lo que aquel menor que despliega con su conducta indicios de precocidad sexual también estará protegido por

la norma penal: no puede considerársele más o menos *corresponsable* por la victimización sufrida.

Respecto a la acción típica, debemos tener presente que se excluye el acceso carnal sexual; es decir, no debe tratarse de un supuesto donde se introduce parcial o totalmente el pene en las cavidades vaginal, anal o bucal de la víctima menor de 14 años, tampoco debe introducirse otras partes del cuerpo u objetos análogos en las dos primeras vías. De forma puntual, la Corte Suprema a través del **Recurso de Nulidad Nº 1111-2018-Ayacucho/Sala Penal Permanente [Ponente San Martín Castro]**, de fecha 12.08.2020, estableció en qué condiciones se puede considerar consumado el delito de violación sexual de menor de edad, de tal forma que ya no constituye acto de contactos indebidos sexuales:

> "(…) el acceso carnal, en cuanto conducta típica, es un *concepto normativo*. No es necesario para la consumación una penetración íntegra o que haya traspasado ciertos límites anatómicos. En el caso de penetración vaginal, basta una introducción parcial y que únicamente se produzca en la zona de los labios de la vulva que ya forman parte de la vagina aunque lo sea en su porción externa —zona vestibular vaginal— (…). No se exige la perfección fisiológica del coito, ni se precisa siquiera la rotura más o menos completa del himen (…) —no se requiere que el acceso deba ser vaginal en sentido anatómico (…)—. Hay penetración una vez que el pene ya ha superado el umbral del *labium majus* y, por lo tanto, con más razón cuando la penetración ha superado el *labium minus* y ha llegado hasta el himen (…)" (Fundamento 3°, la cursiva es del original).

Siguiendo con la conducta típica, se tiene que la conducta del agente delictivo debe recaer sobre el cuerpo del menor, o también debería obligarse a que el mismo menor haga la conducta penalmente relevante sobre su propio cuerpo, sobre el cuerpo del sujeto activo o sobre una tercera persona. En otras palabras, **se requiere contacto corporal**, y no es relevante el eventual consentimiento de la víctima que se reputa inválido por ser menor de 14 años.

Resulta ilustrativa la **Casación Nº 36-2020-Selva Central/Sala Penal Permanente [Ponente Coaguila Chávez]**, de fecha 26.04.2022, para explicar concretamente qué significan los "tocamientos indebidos", los "actos de connotación sexual" y los "actos libidinosos":

> "a. Realizar sobre una persona tocamientos indebidos en sus partes íntimas; el sujeto activo realiza contacto físico indebido (prohibidos o inmundos) en el cuerpo de la víctima, sean est[o]s palpaciones, tocamiento propiamente dicho, manoseos de las partes genitales, las zonas erógenas o cualquier parte del aspecto somático.
>
> b. Realizar sobre una persona actos de connotación sexual en cualquier parte de su cuerpo; el sujeto activo realiza actos de tocamientos indebidos o roces corporales, en cualquier parte del cuerpo que importen una insinuación de carácter sexual.

c. Realizar sobre una persona actos libidinosos; el agente realiza actos libidinosos (lascivos, lúbricos, eróticos, lujurioso e impúdicos) sobre el cuerpo de la víctima, (…)" (Fundamento 12.5º, el subrayado es nuestro).

Desde el **tipo subjetivo**, se trata de una conducta eminentemente dolosa. Seguimos la postura sentada en la **Casación Nº 2386-2021-Huánuco/Sala Penal Permanente [Ponente San Martín Castro]**, de fecha 29.04.2022, según la cual no se requiere un ánimo lúbrico o lascivo, bastando para la realización típica que el sujeto "conozca la puesta en peligro del bien por la acción agresiva o de imposición de una conducta a la víctima" (Fundamento Jurídico 3°). Por lo tanto, no será una defensa válida que el imputado alegue que realizó su conducta jugando o con cólera, mas no con la intención de satisfacer sus deseos sexuales. En posición contraria, y desde una visión que consideramos desfasada, se pronuncia el **Recurso de Nulidad Nº 42-2008-Apurímac/Segunda Sala Penal Transitoria [Ponente Rojas Maraví]**, de fecha 25.04.2008, que absolvió al condenado por el delito en comento, siendo el núcleo de la argumentación el hecho de que el encausado no demostró un apetito sexual lúbrico al darle una nalgada a la víctima como acto correctivo en la escuela.

Finalmente, procederemos a elaborar un cuadro donde explicitaremos varios ejemplos fácticos y en qué modalidad típica deberían subsumirse; específicamente, respecto a si deben entenderse como "tocamientos indebidos", "actos de connotación sexual" o "actos libidinosos". "A" será un hombre adulto mayor de 18 años (porque la mayoría de casos involucran a hombres como sujetos activos del delito), y B será un niño o niña menor de 14 años, salvo que en el caso concreto se haga una precisión de edad:

SUPUESTO FÁCTICO	MODALIDAD TÍPICA
A toca con su mano derecha el escroto, los testículos, el pene o las nalgas del niño B	Tocamientos indebidos en las partes íntimas
A frota con su mano izquierda los labios mayores o menores, el orificio de entrada de la vagina, el clítoris, los senos, las nalgas o la parte interna de los muslos de la niña B	Tocamientos indebidos en las partes íntimas y sus proximidades
B es un niño de 4 años que ve a su padre A desnudo en el baño y espontáneamente le toca el pene, lo cual es visto por la madre	Conducta atípica, que bien podría explicarse por la curiosidad del menor, y lo fugaz del momento
A acaricia rápidamente con la mano el cuello, la nuca o la oreja de la niña B	Aunque, desde la perspectiva adulta, sean zonas erógenas si son estimuladas adecuadamente, en el contexto planteado la

	conducta sería atípica (máxime si están alejadas de los genitales)
A besa en la boca a la niña B al despedirse (un contacto corporal espontáneo que dura menos de un segundo), siendo A padre de B y esta tiene 3 años.	Es difícil establecer una edad límite a partir de la cual es desaconsejable que los padres besen a sus hijos; sin embargo, en el contexto planteado la conducta sería atípica
A besa en la boca al niño B (un contacto corporal que dura varios segundos e inclusive hay introducción de lengua en la cavidad oral del menor), siendo A padre de B y este tiene 5 años.	Actos libidinosos
A se ubica frente a la niña B y mueve rítmicamente sus caderas simulando penetrarla analmente	Conducta atípica por la ausencia de contacto corporal
A se acerca a B que está echada en su cama y frota continuamente su entrepierna en el brazo del niño B	Actos de connotación sexual
A acaricia rítmicamente el cuello de la niña B de 13 años mientras le propone tener acceso carnal, intenta besarla pero la niña lo esquiva y huye. A no la persigue.	Conducta atípica tanto para el tipo penal en comento como para tentativa de violación sexual de menor de 14 años
A frota su pene entre las nalgas del niño B y logra eyacular sin penetrarlo	Actos libidinosos
A lame el clítoris de la niña B, sin introducir su lengua en la cavidad vaginal	Actos libidinosos

El tipo penal de “Tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos en agravio de menores” trata de abarcar la mayor cantidad de supuestos que no equivalen a un acto de violación sexual. Es muy útil tener claro que no existe defensa legalmente viable que intente evadir responsabilidad penal alegando que el tocamiento fue con motivos jocosos o con intención de hacer daño, mas no con fines sexuales o lascivos. Debemos saber qué pide acreditar el tipo penal para posteriormente saber qué probar en el caso concreto. El juzgador al valorar la prueba sabrá también si esta es pertinente para dar por probado un hecho punible sexual.

2. Análisis de criterios de valoración probatoria en delitos sexuales

2.1. Definición de criterio de valoración probatoria

El criterio de valoración probatoria debe ser entendido como una pauta, principio o directriz que guía al juez en la evaluación de los medios probatorios practicados en juicio oral. Al aplicar el criterio de valoración probatoria, el juzgador otorgará un peso cualitativo sobre el grado de probabilidad que el concreto medio de prueba aporta a la hipótesis fáctica en conflicto. El criterio no obliga al juez a valorar la prueba en determinado sentido, ya que este siempre conserva su independencia inclusive para decidir en contra de esa pauta en el caso concreto (para tal fin es esencial la valoración conjunta de la prueba).

2.2. Criterios de valoración probatoria en delitos sexuales de fuente jurisprudencial

Los criterios de valoración probatoria pueden ser doctrinarios o jurisprudenciales. Nosotros nos centraremos en aquellos provenientes de la jurisprudencia de la Corte Suprema. La razón es simple: nuestros jueces supremos emiten los más altos pronunciamientos que guían la actividad de jueces, fiscales y abogados litigantes. Nos centraremos específicamente en el Acuerdo Plenario Nº 2-2005/CJ-116, de fecha 30.09.2005, el Acuerdo Plenario Nº 1-2011/CJ-116, de fecha 06.12.2011, y algunos pronunciamientos selectos en materia de Casaciones y Recursos de Nulidad.

2.2.1. Análisis del Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116

El Acuerdo Plenario Nº 2-2005/CJ-116, de fecha 30.09.2005, abordó los requisitos de la sindicación del coacusado, testigo o agraviado. En concreto, en el Fundamento Jurídico 10º se desarrollaron reglas de valoración de la declaración de la víctima, cuando esta sea la única persona física presente en la comisión del delito , además del acusado, lo que en esencia permite afirmar que el antiguo principio jurídico *testis unus testis nullus* ya no rige en nuestro sistema de libre valoración de la prueba; pero solo tendrá entidad probatoria siempre que cumplan con determinadas reglas: ausencia de incredibilidad subjetiva, verosimilitud y persistencia en la incriminación.

El mismo acuerdo plenario, en su Fundamento Jurídico 11º estableció que estos criterios de valoración deben ser ponderados adecuadamente, ya que no se trata de reglas rígidas sin posibilidad de adaptación o matización al caso evaluado. Desde nuestra perspectiva, todos estos criterios son insuficientes al momento de valorar la declaración

del menor de 14 años víctima de contactos indebidos sexuales. Su vocación se ciñe a la generalidad de los delitos, pero no ofrece un parámetro de evaluación objetiva para los delitos sexuales en agravio de menores de edad. Veamos.

En cuanto al requisito de la **incredibilidad subjetiva**, el acuerdo plenario se limita a argumentar que en la declaración de un agraviado no deben manifestarse expresiones de odio, cólera enfrentamiento, etc. que puedan torcer la correcta declaración. No hay nada relevante en torno a cómo valorar la declaración de menores de 14 años, ni mucho menos cuando han sido victimizados sexualmente. Ramírez (2020) profundiza este requisito indicando que han de evaluarse algunas características físicas o psíquicas del declarante que podrían mermar la fuerza probatoria de su testimonio, como la edad (p. 211). Sin embargo, decir “ten en cuenta la edad” no garantiza que el juez sabrá “cómo tomar en cuenta la edad”.

El asunto se complejiza si tomamos en cuenta que la experiencia de los investigadores y tribunales ha demostrado que, detrás de una denuncia, puede haber influencias ocultas que han llevado a una persona a denunciar un delito sexual. Que estas influencias puedan existir no implica necesariamente que la denuncia sea falsa (Heaton-Armstrong et al., 2016, pp. 47-48), pero puede arrojar luces sobre la credibilidad del denunciante, en este caso, el menor de 14 años que alega haber sido víctima de contactos indebidos sexuales.

Respecto de la **verosimilitud**, el acuerdo plenario solo refiere que esta incide en: a) Coherencia y solidez del relato; y b) Corroboraciones periféricas. En cuanto a la corroboración periférica, esta debe provenir de una fuente externa distinta de la propia declaración del menor. No hay mucho que decir respecto de las corroboraciones periféricas, salvo que las consideramos imprescindibles: una persona no puede ser condenada únicamente con la declaración de la víctima menor de 14 años. En nuestra tradición jurídica, la corroboración es imprescindible en absolutamente cualquier delito. Simplemente debe tenerse presente que los delitos sexuales son clandestinos, y la escasez de pruebas corroboradores existirá, pero escasez no significa ausencia.

La declaración del menor es prueba directa de los hechos, a partir de la cual se producen otras pruebas como los informes periciales sobre la afectación psicológica del menor, la declaración de los padres, tutores o expertos que han practicado la exploración del menor, quienes constituirían testigos de referencia respecto del hecho central denunciado y, en cierto modo, pueden reforzar o restar fiabilidad a la incriminación de la víctima menor de edad (Rodríguez, 2021, p. 163). Como se puede comprobar, existe la posibilidad de indagar y recabar material probatorio.

El problema surge al abordar la coherencia y solidez del relato. ¿Cuándo la declaración del menor de 14 años es coherente y sólida? ¿Cómo diferenciar el relato coherente de un niño de 3 años respecto de un niño de 13 años? ¿Acaso nos estamos moviendo por

intuición en este aspecto? El acuerdo plenario no brinda criterios de valoración razonables sobre la coherencia y solidez del relato brindado por menores de 14 años victimizados sexualmente.

Finalmente, la **persistencia en la incriminación** es desarrollada como una regla que admite matizaciones en el curso del proceso. Sin embargo, cuando se trata de menores victimizados sexualmente, la única declaración formal se realiza durante la entrevista única en cámara Gesell. Si está bien recabada y si se garantizó el derecho de defensa del acusado, no se requiere que el menor declare nuevamente en juicio oral. *En apariencia* este criterio de valoración probatoria ha quedado en desuso; sin embargo, de forma amplia podría tener relevancia si se evalúa la mentada persistencia cuando el menor comunica su victimización: al médico legista, al policía que recibe la denuncia en comisaría, al psicólogo forense en la evaluación psicológica, a algún familiar, a su amigo o maestro de escuela, etc. Por otro lado, ni siquiera se explica cómo proceder cuando la víctima se retracta de su sindicación, algo muy común en el abuso sexual intrafamiliar.

En conclusión, el Acuerdo Plenario Nº 2-2005 brinda criterios generales de valoración probatoria de la declaración de la víctima; sin embargo, estos son insuficientes cuando se debe apreciar la declaración de una persona menor de 14 años victimizada sexualmente (especialmente, cuando ha sufrido contactos indebidos sexuales).

2.2.2. Análisis del Acuerdo Plenario N° 1-2011/CJ-116

El Acuerdo Plenario Nº 1-2011/CJ-116, de fecha 06.12.2011, abordó la valoración de la prueba en los delitos contra la libertad sexual, específicamente el de violación sexual (Fundamento Jurídico 11º). El enfoque fue esencialmente general para víctimas de cualquier edad y condición. Se desarrollaron 4 temas.

En primer lugar, se desarrolló si en el delito de violación sexual, tipificado en el artículo 170 del Código Penal, es necesario analizar probatoriamente la **resistencia de la víctima**. El enfoque del acuerdo plenario nos parece correcto, ya que no es un presupuesto material para que se configure tal delito sexual. De hecho, la amenaza puede generar el efecto de inutilidad de resistencia en la víctima, asimismo una circunstancia contextual distinta podría doblegar la voluntad de la víctima quien solo así accede al acto sexual. No hay una mención explícita de cómo valorar la resistencia de la víctima menor de 14 años; sin embargo, somos de la idea de que puede extrapolarse matizadamente.

En segundo lugar, se trató la **retractación de la víctima**[44]. En el acuerdo plenario se argumentó que la retractación de la declaración incriminatoria no elimina su potencial probatorio siempre que se haga una evaluación: a) Interna: a.1) Declaración incriminatoria evaluada en su solidez o debilidad y que cuente con corroboración coetánea; a.2) Nuevo relato con coherencia interna y exhaustivo, aparejado con corroboración periférica; a.3) Evaluación de la razonabilidad de la denuncia falsa; y b) Externa: b.1) Contactos probados u objetivamente posibles entre la víctima con el acusado, que permitan inferir una manipulación para la retractación; b.2) Nivel de afectación en el plano económico, afectivo y familiar producto de la denuncia primigenia.

Según el acuerdo plenario, estos criterios son especialmente aplicables en los delitos sexuales donde existe una relación de subordinación, de poder o de parentalidad entre el autor delictivo y la víctima. En otras palabras, los criterios para valorar la retractación de la víctima en un caso sexual, propuestos en el Acuerdo Plenario, están elaborados para ser especialmente aplicados en víctimas vulnerables (menores de edad, con discapacidad, etc.) o que tienen algún tipo de asimetría de poder respecto del agente delictivo. Matizadamente se pueden extrapolar al análisis de casos que involucren víctimas menores de 14 años.

En tercer lugar, se abordó algunos alcances sobre la **corroboración objetiva**[45]. Lógicamente, se estableció que el medio de prueba debe ser pertinente para esclarecer la materia específica. Por ejemplo, si se denuncia tocamientos indebidos en los genitales, será innecesario someter a la víctima a un examen médico legal, ya que es improbable que se encuentren rastros o vestigios; salvo que la persona declare que sufrió frotamientos violentos que le generaron heridas. La ausencia de cualquier tipo de rastro físico podría debilitar la declaración de la víctima, o en todo caso concluir la ausencia de corroboración. Esta clarificación esbozada en el acuerdo plenario era innecesaria; sin embargo, consideramos que fue realizada para tratar de eliminar ese malentendido según el cual el examen médico legista era obligatorio, como al parecer algunos jueces, fiscales o abogados creían. Obviamente, la corroboración periférica se aplica con víctimas de cualquier edad.

Finalmente, se desarrolló lo concerniente a la **estigmatización secundaria**. Se ofreció reglas destinadas a evitar la victimización secundaria en menores de edad: reserva del proceso judicial, anonimato de la víctima y declaración única *en la medida de lo posible* en cámara Gesell y bajo las reglas de actuación de la prueba anticipada. No obstante, excepcionalmente se podrá requerir la declaración de la víctima en juicio oral en los siguientes supuestos: a) Violación del derecho de defensa en la entrevista única; b)

[44] En el Fundamento 27º se explicó cómo valorar el consentimiento; sin embargo, este es inaplicable en delitos sexuales en agravio de menores de 14 años, por eso no lo trataremos.
[45] En los fundamentos 34º, 35º y 36º se desarrolló sobre la indagación y prueba del historial sexual de la víctima (*actividades sexuales consentidas*), aspecto que es inaplicable en víctimas menores de 14 años, por eso no será analizado.

Entrevista forense incompleta o precaria; c) A solicitud de la propia víctima o si esta se retractó por escrito; y d) Ante la incorporación de nueva información probatoriamente relevante, sea necesaria convocarla para profundizar o aclarar estos aspectos. Asimismo, se procurará en juicio oral evitar el contacto entre víctima y acusado, salvo que sea estrictamente necesario.

En este caso, no hay criterios de valoración del testimonio, sino más bien reglas de cómo proceder para evitar la victimización secundaria y para garantizar el derecho de defensa del acusado en juicio oral al propiciarse la declaración de la víctima por segunda vez (de manera formal), ya que la primera fue de forma previa al juicio en la entrevista única en cámara Gesell (o simplemente entrevista única si no existe la cámara Gesell en el correspondiente distrito judicial).

En conclusión, el Acuerdo Plenario N° 1-2011 brinda criterios generales de valoración del testimonio de la víctima de delitos sexuales. Es de destacar que la irrelevancia de la resistencia de la víctima puede matizadamente aplicarse a víctimas menores de 14 años. Por otro lado, la retratación de la víctima está especialmente pensada para víctimas vulnerables (menores de edad, con discapacidad, etc.) o que tienen algún tipo de asimetría de poder o subordinación respecto del agente delictivo (es su padre, es la pareja sentimental de su madre, es el soporte financiero del hogar, etc.); de tal forma que se puede extrapolar su aplicación para víctimas menores de 14 años. Sin embargo, en relación con el análisis del testimonio en sí mismo sostenemos que este acuerdo plenario no es suficiente.

2.2.3. Análisis de criterios de valoración propuestos en selectas Casaciones y Recursos de Nulidad emitidos por la Corte Suprema

Para la realización de este análisis hemos utilizado como insumos jurisprudencia (Acuerdos Plenarios, Casaciones y Recursos de Nulidad) emitida por la Corte Suprema de Justicia del Perú en materia de delitos sexuales. Podemos indicar que el mayor desarrollo de criterios de valoración probatoria se ha dado en sentencias vinculadas al delito de violación sexual en agravio de menores de 14 años. En el delito de contactos indebidos sexuales ha habido escaso desarrollo jurisprudencial. Por ello, presentamos a continuación jurisprudencia de la Corte Suprema selecta por su relevancia en el ámbito de la valoración de la prueba testimonial de niños menores de 14 años.

2.2.3.1. Casaciones

En el **Auto de Calificación de Casación Nº 51-2019-Cusco/Sala Penal Permanente [Ponente San Martín Castro]**, de fecha 31.01.2020, la Corte Suprema anuló el auto concesorio del recurso casatorio y lo declaró inadmisible. Los delitos enjuiciados fueron "actos contra el pudor" y publicaciones obscenas, ambos en agravio de una niña de 4 años. El perpetrador fue el esposo de la hermana de la madre de la niña.

La Corte Suprema en el Fundamento 4º argumentó que, si bien la niña dijo que el pene y la piel del condenado eran de color azul, ello no implica que sea un relato fantasioso más aún si se toma en cuenta las explicaciones de la psicóloga forense en atención a la edad de la menor. Por otro lado, se razonó que es inadecuado exigir fechas ciertas o próximas debido a la edad de la víctima.

En este caso, se tomó en cuenta la edad de la niña (4 años) a efectos de no restarle credibilidad a su declaración. Hay que tener cuidado de no acudir a la corta edad de la víctima para blindar su declaración de cualquier inconsistencia. Hubiese sido propicio que la Corte Suprema no argumentara en abstracto el tema de la edad de la víctima y más bien aterrizara criterios de valoración del testimonio donde la edad cumpla un rol más concreto en el análisis de verosimilitud. Ahora, en cuanto al tema de las fechas, si bien es cierto no se pueden exigir fechas exactas, es necesario delimitar la comisión del delito en un marco temporal lo suficientemente razonable como para habilitar el ejercicio del derecho de defensa.

En la **Casación Nº 1537-2022-Puno/Sala Penal Permanente [Ponente San Martín Castro]**, de fecha 19.07.2023, se resolvió un caso de violación sexual de menor de edad cuando ella tenía 13 años y 7 meses de edad. El condenado era un sujeto de los alrededores del barrio de la víctima que no era su familiar. Se declaró infundada la casación interpuesta por la defensa técnica del condenado.

Lo que la Corte Suprema utilizó como criterios de valoración están recogidos en su Fundamento 5º, que son básicamente un parafraseo de lo ya existente en el Acuerdo Plenario Nº 2-2005: ausencia de incredibilidad subjetiva; testimonio coherente y contextualizado que no sea de imposible aceptación; persistencia en la incriminación en lo esencial; y corroboración periférica.

No hay criterios específicos cuando se trata de menores de 14 años. Si bien es cierto se argumenta que el testimonio debe ser coherente, ¿cuándo debe ser considerado coherente y contextualizado de acuerdo con su edad cercana al umbral del consentimiento sexual? ¿acaso el juez exigirá una rigurosidad indebida al relato que termine por generar impunidad?

En la **Casación Nº 552-2019-Cañete/Sala Penal Permanente [Ponente San Martín Castro]**, de fecha 18.11.2020, se ventiló un caso de violación sexual de una niña de 12 años. El agresor sexual habría sido un sujeto que la víctima conoció vía Facebook. El Fiscal Superior interpuso recurso de casación, el cual fue declarado fundado, se casó la

sentencia de vista, se anuló la sentencia de primera instancia y se ordenó realizar un nuevo juicio oral.

En el Fundamento 4º se destacó que es un equivocado intuicionismo deducir la madurez de la víctima de su desenvolvimiento en cámara Gesell. Más factible es acudir a los resultados de la pericia psicológica para entender el perfil psicológico de la víctima menor de edad. La Corte Suprema reconoció que hay diferencias apreciables, fisiológica y psicológicamente, entre una niña de 12 y una adolescente de 14 años.

Destacamos de esta casación que la Corte Suprema manda tener en cuenta las características evolutivas del ser humano. Asimismo, implícitamente se reconoce que el juez necesita el apoyo de un psicólogo forense para poder entender estas particularidades. Es cierto que uno puede adentrarse en la lectura de psicología infantil, pero no se tendrá el mismo nivel de conocimientos que un profesional formado en psicología del desarrollo, que declare respecto a las diferencias en aspectos morales, psicológicos o sociales de la persona evaluada.

Lo más importante es que esta información sobre el desarrollo del menor y su incidencia en la fiabilidad del testimonio, haya sido introducida en el juicio oral a través de los órganos de prueba de la acusación, defensa o actor civil. Por ejemplo, si el abogado defensor del acusado argumenta que un niño de 4 años está fabulando en el caso concreto, debe actuar durante el juicio oral prueba que apunte en tal sentido. Será necesario datos fácticos del caso concreto en cuya interpretación pueda ayudar un psicólogo forense de parte que explique las particularidades psicológicas de ese infante, las peculiaridades de su lenguaje conforme a su desarrollo evolutivo, cómo la vivencia concreta podría haber torcido su recuerdo, etc., entrelazando tal información con estudios científicos que respalden sus opiniones. La razonabilidad o no de esta información podrá ser acogida o no por el juez.

En la **Casación Nº 2039-2021-Ucayali/Sala Penal Permanente [Ponente Carbajal Chávez]**, de fecha 23.05.2023, la Corte Suprema abordó un caso de tentativa de violación sexual de una niña de 10 años, donde el abusador sería el conviviente de su hermana de 17 años. Se resolvió casar la sentencia de vista y anular la sentencia de primera instancia, por lo que debía realizarse un nuevo juicio oral.

Destaca el Fundamento 8º, el cual básicamente está compuesto por citas de un artículo elaborado por Jiménez Cortes y Martín Alonso sobre valoración del testimonio de niños abusados sexualmente. Las ideas centrales son: a) Construir rapport (vínculo de confianza) con el niño entrevistado; b) La exploración debe respetar las características psicológicas del niño, utilizando un lenguaje comprensible, preguntas sencillas y directas sin dobles negativas, están prohibidas las preguntas inductivas; c) Valorar el nivel de conocimiento del niño sobre la sexualidad; d) El menor puede haber relatado el hecho delictuoso a muchas personas en distintas condiciones, con el riesgo de que

alguna de estas personas pueda contaminar el recuerdo del menor mediante interrogatorios defectuosos; e) Debe analizarse las verbalizaciones del menor y cómo están compaginadas con su manifestación emocional.

El problema es que estos relevantes aportes, extraídos de un artículo de investigación, no fueron aplicados en el caso concreto. Por ejemplo, no se razonó si hubo interferencia en el recuerdo del menor producto de interrogatorios sugestivos por parte de algún tercero. Está en duda si ello es así porque los hechos declarados probados no permiten realizar tal análisis debido a que a los litigantes en la etapa de investigación preparatoria no se les ocurrió indagar esas hipótesis, no le otorgaron la importancia debida o simplemente el hecho histórico no da un sustrato sobre el que accionar.

Finalmente, en la **Casación Nº 33-2014-Ucayali/Sala Penal Permanente [Ponente Neyra Flores]**, de fecha 28.10.2015, la Corte Suprema resolvió un caso de contactos indebidos en agravio de una niña de 3 años. Se declaró fundado el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público, nulas la sentencia de vista y la sentencia de primera instancia, debiendo realizarse nueva audiencia de juicio oral. Esta casación estableció como doctrina jurisprudencial vinculante los Fundamentos 14º, 15º, 25º, 26º, 27º, 28º y 29º; sin embargo, no estableció como jurisprudencia vinculante los Fundamentos 22º, 23º y 24º que para nosotros resultan esenciales.

El Fundamento 22º es relevante porque en este se afirmó, citando a Antonio Manzanero, que los niños pequeños no son muy hábiles para reconstruir el pasado, por ello suelen depender más de las preguntas que realizan los adultos para poder recuperar fiablemente sus recuerdos. Desde nuestra perspectiva, esta idea es fundamental ya que la Corte Suprema vincula la calidad de la declaración (para su valoración) con la previa adecuada extracción de información realizada mediante preguntas.

En el Fundamento 23º se citó a Burkhard Schade y se desarrolló que la capacidad para relatar un recuerdo verdaderamente experimentado se desarrolla en los niños aproximadamente a los 3 o 4 años de vida. Se explicó que a esa edad los niños todavía requieren el apoyo de adultos que les hagan preguntas para orientarles en la extracción de un recuerdo fiable. Esta cita es relevante porque el caso debatido en la Corte Suprema tenía como víctima a una niña de 3 años.

En el Fundamento 24º se citó el trabajo de la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violentos de la Fiscalía Nacional del Ministerio Público de Chile, el cual desarrolla ideas muy importantes en el caso de víctimas de ASI: a) El recuerdo del menor será más exacto si la entrevista forense se realiza lo más rápido posible; b) El número de entrevistas debe ser mínimo para evitar que se distorsione el recuerdo del niño, volviéndose menos fiable; c) No formular preguntas sugestivas; d) Deben preferirse las preguntas abiertas; sin embargo, en determinado momento serán necesarias preguntas aclaratorias no inductivas para profundizar en el recuerdo del menor; e) Es preferible

formular preguntas con un lenguaje simplificado, que no contengan negaciones o dobles negaciones; f) El uso de pronombres en las preguntas favorece la confusión, por ello es mejor hacer referencia explícita al sujeto, al objeto o el lugar de ocurrencia de los hechos.

En esta ocasión, el juez supremo Neyra Flores razonó en el Fundamento 30º que cuando se le preguntó a la niña el nombre del agresor esta dijo no conocerlo. Esto fue un argumento principal para su absolución, a pesar de que por su escasa edad no podía responder con exactitud como una persona adulta. Se estableció que este tipo de razonamiento configuraba una motivación aparente. Esto es sumamente relevante, porque la Corte Suprema está indicando que no basta con que un niño no conozca/no recuerde el nombre del victimario, ya que debe argumentarse por qué esta falta de conocimiento/recuerdo está relacionado con su escasa edad. Por otra parte, no hay más aplicación de las ideas citadas en el análisis de la sentencia casatoria, esencialmente porque el factum es limitado.

En conclusión, en sentencias casatorias la Corte Suprema ha dado importantes pasos en materia de valoración probatoria del testimonio de niños menores de 14 años; sin embargo, conforme al análisis realizado a cada casación, los criterios ofrecidos son útiles pero insuficientes.

2.2.3.2. Recursos de Nulidad

El **Recurso de Nulidad Nº 577-2019-Lima Sur/Sala Penal Permanente [Ponente Coaguila Chávez]**, de fecha 18.08.2020, resolvió un caso de violación sexual de una niña de 13 años, quien fue penetrada vaginalmente por su padre: no se anuló la sentencia condenatoria.

En el Fundamento 5º, se argumentó que *la entrevista única es altamente fiable siempre que sea conducida por un psicólogo, de forma inmediata y en un ambiente amigable*. En el Fundamento 5.1º se explicó que se revisó la entrevista única y se verificó que la entrevistadora creó un clima de confianza con la víctima antes de recabar el relato incriminatorio. Más adelante, la Corte Suprema se limita a utilizar criterios de valoración probatoria genéricos: corroboración externa, prueba testimonial de referencia y aplicación de los Acuerdos Plenarios Nº 2-2005 y Nº 1-2011.

Del análisis de este recurso de nulidad advertimos una mención genérica del rapport sin un mayor desarrollo explícito: los jueces supremos afirman que leyeron el acta de entrevista única y no encontraron problemas, pero no explicaron qué los llevó a ese convencimiento. Esto es un asunto de motivación que escapa del objeto de la presente

tesis; no obstante, rescatamos que hayan considerado la relevancia del rapport en el análisis del presente caso.

El **Recurso de Nulidad Nº 549-2019-Lima Este/Sala Penal Permanente [Ponente Príncipe Trujillo]**, de fecha 05.11.2019, resolvió un caso de violación sexual en agravio de una niña cuya edad era inferior a 14 años, quien habría sido abusada vaginalmente por un desconocido: no se anuló la sentencia condenatoria.

En el Fundamento 9º la Corte Suprema argumentó que no existen razones para dudar de la verosimilitud de la narración de la niña, porque todo lo que la agraviada dijo (lugar del hecho, el vehículo empleado, trabajo del imputado) solo podría ser narrado por alguien que vivió los hechos. En el Fundamento 10º no se descalificó las contradicciones de la agraviada ya que estos fueron respecto a hecho periféricos mas no centrales (en concreto, el abuso sexual sufrido).

En el presente caso, advertimos que la Corte Suprema brinda dos criterios de valoración: a) El nivel de detalle de un hecho refuerza su fiabilidad; y b) Los detalles periféricos contradictorios son irrelevantes siempre que los detalles centrales sean congruentes con el material probatorio. Sin embargo, la Corte Suprema no brindó pautas sobre cómo superar los problemas que se presentan con el nivel de detalle dentro de una misma declaración, ni de qué forma la edad en ese caso concreto jugó un rol importante. Tampoco explicó si es que los detalles periféricos podrían siquiera tener un rol parcial en la verosimilitud del testimonio de la víctima. Esto es sumamente relevante cuando estamos frente al delito de contactos indebidos sexuales.

En el **Recurso de Nulidad Nº 826-2019-Cusco/Sala Penal Transitoria [Ponente Guerrero López]**, de fecha 21.05.2021, tenemos el caso de una niña de 12 años que fue violada por la pareja de su propia hermana, quien es el padre biológico de sus sobrinos. Se resolvió no haber nulidad en la sentencia condenatoria.

En el Fundamento 5º se esgrimió que si bien en la declaración de la agraviada a nivel preliminar no se precisó el número de veces que fue violada, que recién lo haya hecho en juicio oral es totalmente comprensible ya que la afectación psicológica pudo haber determinado que no brinde su relato de forma completa. Por otro lado, en el Fundamento 7º se argumentó que la incapacidad de la niña de 12 años para decir la edad exacta del agresor sexual no es un argumento adecuado para invalidar la declaración de la víctima menor de edad.

Resulta totalmente aceptable que una persona recuerde más detalles o precise hechos que anteriormente solo pudo recordar parcialmente (más adelante abordaremos esto). En cuanto a lo injusto de pedirle a una víctima de 12 años que precise con exactitud la edad del agresor, ni siquiera en caso de víctimas adultas podría exigirse esta precisión matemática. Sin embargo, sí son exigibles ciertos parámetros que permitan entender

que estamos frente a un agresor sexual menor de edad, adulto o anciano, ya que ello repercute en la fiabilidad del recuerdo de la víctima.

En el **Recurso de Nulidad Nº 1398-2018-Callao/Sala Penal Permanente [Ponente Príncipe Trujillo]**, de fecha 11.03.2019, se resolvió a favor del Ministerio Público un caso de violación sexual en agravio de una niña de 11 años. Se anuló la sentencia absolutoria y se ordenó realizar un nuevo juicio oral.

En el Fundamento 5º se razonó que es obligación del órgano juzgador verificar la fiabilidad de la transcripción del acta de entrevista única si está disponible la videograbación, sobre todo si la contradicción en la declaración única sirve como uno de los fundamentos para absolver al acusado. En el Fundamento 7º se argumentó que es razonable que una víctima puede recordar una fecha de abuso sexual si es que lo relaciona con eventos significativos, como en el presente caso el día de Halloween.

Es factible extraer como enseñanza que la transcripción fiel y exacta de la declaración de la víctima menor de 14 años resulta indispensable en el análisis de delitos sexuales. Quien realiza la labor de transcripción no puede añadir, quitar o modificar palabras, no puede tampoco resumir el dicho del menor o darle un sentido razonable de acuerdo con lo que entendió el transcriptor (se generaría un refuerzo perjudicial ilegítimo de la fiabilidad del recuerdo del menor). Ello solo repercute negativamente en la calidad del trabajo del Estado al momento de perennizar el resultado de la diligencia de entrevista única en cámara Gesell. Es más crítico este asunto cuando nos encontramos frente al delito de contactos indebidos y el niño es de muy corta edad (3-5 años).

A propósito de la asociación del evento delictivo con fechas significativas, compartimos el punto de vista de la Corte Suprema, ya que es más factible que los niños recuerden hechos que se asocian con eventos particulares íntimamente significativos; no solo aquellos con un gran reconocimiento social, como el día de la proclamación de la independencia peruana o el día de navidad.

En el **Recurso de Nulidad Nº 354-2021-Lima Sur/Sala Penal Permanente [Ponente Coaguila Chávez]**, de fecha 22.11.2021, se discutió el caso de una niña de 4 años que fue violada sexualmente. Se declaró no haber nulidad en la sentencia condenatoria; sin embargo, en el extremo de la pena se reformó y se condenó al abusador sexual a una pena privativa de libertad de 35 años.

En este recurso de nulidad destaca el Fundamento 6º, mediante el cual se cita a Giuliana Mazzoni para brindar las siguientes ideas: a) Si una menor sufre abuso sexual, ello le producirá extrema lesividad emocional; b) El ASI genera dificultad en la percepción de los hechos, incluyendo las horas, lugares, el número de veces de ocurrencia del acto sexual y las características del abusador; c) Los niños no suelen añadir elementos fantasiosos a sus relatos, salvo que consideren que lo ocurrido es un juego de fantasía, de tal forma que las narraciones que relatan pueden reputarse fiables (pauta de

apreciación del relato del menor); d) Es recomendable que los niños no sean entrevistados repetidamente o reciban información diferente que perturbe su recuerdo.

Posteriormente, la Corte Suprema se dedicó a analizar el caso conforme a los criterios de valoración del Acuerdo Plenario Nº 2-2005. En el Fundamento 8º destacó que la menor fue capaz de brindar detalles de tiempo y lugar en torno al abuso sexual (al parecer no fue necesario tomar en cuenta el parámetro de valoración del literal b) del párrafo anterior). Asimismo, en el Fundamento 9.2 la Corte Suprema reprodujo un extracto del protocolo de pericia psicológica practicado a la menor, donde se consignó que el relato de la niña era poco fluido aunque espontáneo, que la menor trató de describir lo que vivió en base a sus limitadas capacidades lingüísticas.

La valoración depende de una adecuada actuación probatoria, la cual brindará al juez los insumos necesarios a partir de los cuales realizar su razonamiento probatorio. La referencia al protocolo de pericia psicológica es muy importante ya que nos permite evidenciar la relevancia que tiene la opinión del psicólogo forense para que el juez pueda interpretar adecuadamente el relato del menor. Sin embargo, en el recurso de nulidad no hay explicaciones de por qué se llegan a estas conclusiones (espontaneidad, relato poco fluido, etc.). No hay mayor pauta valorativa para el juez, salvo ir directamente a las conclusiones del protocolo de pericia psicológica, y darlas por ciertas en el análisis del testimonio infantil.

En el **Recurso de Nulidad Nº 1874-2011-Lima/Sala Penal Transitoria [Ponente Santa María Morillo]**, de fecha 11.11.2011, se resolvió un caso de violación sexual de una niña de 13 años y 8 meses al momento en que sufrió la agresión sexual. El condenado fue el esposo de su tía (abuso intrafamiliar). Se declaró no haber nulidad en la sentencia que lo condenó a 20 años de pena privativa de libertad efectiva.

Destacamos el Fundamento 4º, mediante el cual la Corte Suprema argumenta que los niños violentados sexualmente, debido a su vulnerabilidad por estar en proceso de formación y el carácter secreto de los delitos sexuales, son capaces de brindar relatos fiables cuando relatan los hechos con sus propias palabras. Por su propia edad, estos niños pueden brindar un testimonio veraz sobre lo que han vivido. También nos resulta relevante el Fundamento 6º, donde se argumentó que la menor narró hechos conforme a lo que se espera de una adolescente de su edad: brindó una conexión lógica entre sus distintas partes.

Este recurso de nulidad realza la dignidad de los niños ya que no se parte de una presunción de incredibilidad en su contra, más bien se argumenta que son capaces de narrar de forma fiable siempre que se les permita contar lo experimentado con sus propios términos. Por otra parte, parece que la Corte Suprema asume un criterio directamente proporcional entre la edad y la capacidad de mentir: mientras más edad tenga el niño, mayor será la capacidad de mentir y que brinde detalles deshonestos.

Este es un parámetro de valoración interesante, aunque no aborda todas las complejidades de los delitos sexuales. Cuando existe violación sexual la corroboración puede ser más “sencilla”, pero cuando se discute contactos indebidos, prácticamente no habrá huellas físicas en el cuerpo del menor, y la situación se complica más cuando el menor malinterpreta el contexto en que ocurre el tocamiento. Entonces, en estas circunstancias el menor no mentiría, sino que más bien malinterpreta el contexto con graves repercusiones en la vida del sindicado.

Finalmente, en el **Recurso de Nulidad Nº 482-2024-Lima/Sala Penal Transitoria [Ponente Álvarez Trujillo]**, de fecha 14.10.2024, se resolvió un caso de tentativa de violación sexual y “actos contra el pudor” que habría sido cometido por un padrastro en agravio de una niña, quien sufrió los tocamientos desde que tenía 10 años hasta los 14 años; además de que casi sufrió el acceso carnal cuando tenía 13 años. Se declaró nula la sentencia que absolvió al acusado y se ordenó la realización de un nuevo juicio oral.

Destacamos el Fundamento 9°, en el cual la Corte Suprema razonó que es factible que el psicólogo forense realice preguntas exploratorias de precisión de detalles, siempre que previamente se haya iniciado la entrevista con preguntas donde la menor relate de forma espontánea los hechos materia de investigación. Por otro lado, destacamos el Fundamento 13°, donde la Corte Suprema argumentó que la coincidencia del relato de la niña agraviada con lo narrado por su hermana podría configurar un supuesto de incredibilidad subjetiva por aleccionamiento a la víctima; no obstante, habría incongruencia en lo resuelto en primera instancia porque en esta se argumentó que no existieron problemas dentro del núcleo familiar (ausencia de animadversión).

Desde nuestra perspectiva, si bien es razonable que el psicólogo forense profundice en el relato del menor, debe tenerse cuidado ya que la víctima no solo podría revelar un hecho penal sexual que realmente ha ocurrido, sino que las preguntas sugestivas podrían inducir al menor a relatar eventos que no le ocurrieron, lo cual podría generar que el acusado ya no sea enjuiciado por un evento lesivo sino por dos o más, ¡Hasta podrían añadirse detalles ponzoñosos incongruentes con el hecho histórico! Este potencial problema debió haber sido evidenciado por la Corte Suprema en la casación en comento.

Por otro lado, a falta de mayores detalles no brindados en el recurso de nulidad, no consideramos que la coincidencia del relato entre la hermana y la víctima sea una manifestación de manipulación. Más bien, esto podría indicar que meramente la hermana es testigo de referencia respecto de lo declarado por la niña agraviada. El potencial probatorio de la declaración de la hermana no puede ser desestimada, ya que puede brindar datos sobre la conducta o estado emocional de la víctima al momento en que le confiaba su victimización sexual, lo cual refuerza la fiabilidad de su declaración.

En conclusión, en recurso de nulidad la Corte Suprema ha dado importantes pasos en materia de valoración probatoria del testimonio de niños menores de 14 años; sin embargo, conforme al análisis realizado a cada sentencia, los criterios ofrecidos son útiles pero insuficientes.

2.2.4. Insuficiencia de criterios de valoración probatoria de fuente jurisprudencial

La Corte Suprema de Justicia del Perú ha tenido grandes avances en el análisis de casos de ASI. Donde ha habido mayor desarrollo es en el delito de violación sexual; no obstante, ello no impide que, matizadamente, los criterios de valoración sean extrapolables a un caso de contactos indebidos sexuales. La principal diferencia entre ambos delitos es el nivel de corroboración que se puede obtener en uno u otro caso, siendo muy útil el certificado médico legal en los casos de violación sexual de menor de 14 años. Otra gran diferencia es el nivel de afectación emocional que puede sufrir el menor victimizado sexualmente: la penetración suele ir acompañada de gran dolor para el menor de 14 años, que dependiendo de sus factores de riesgo (hogar disfuncional, acceso a material pornográfico, etc.) o protección (unidad familiar, extroversión, conexiones sociales, resiliencia, etc.), podría presentar o no afectación psicológica verificable en una pericia psicológica forense.

Advertimos que la Corte Suprema en sus fundamentos jurídicos ha desarrollado criterios de valoración vinculados a la memoria infantil para evitar la impunidad, relacionados por ejemplo con detalles centrales y periféricos, recuerdos sólidos vinculados a hechos significativos para el niño, el rapport durante la entrevista forense, la capacidad de relatar hechos que no encontrarían explicación si no hubiesen sido experimentados por el niño, etc.

Conforme a la jurisprudencia citada, y nuestra perspectiva crítica aparejada, podemos concluir razonablemente que hay varios criterios útiles que pueden ser utilizados, pero no son suficientes porque a veces suelen ser vagos, como “tener en cuenta la edad del menor” (sin mayor especificidad al respecto), en otros casos simplemente se citan valiosas ideas extraídas de artículos académicos que no tienen aplicación en el caso concreto analizado, mientras que en la mayoría de casos que hemos leído, únicamente se acude a los criterios de valoración del Acuerdo Plenario Nº 2-2005.

Los criterios de valoración que propondremos tienen como finalidad ser de utilidad al juzgador en el análisis de la prueba testimonial, pero también cumplen un rol fundamental en la etapa de investigación preparatoria: *si este es el material que necesita el juez, entonces debe investigarse y recolectar tales insumos para que sean usados –principalmente– en juicio oral*. En otras palabras, los criterios que desarrollaremos

irradian todo el proceso penal, pero surten especial efecto en juicio oral. La justificación de los criterios de valoración diferenciados de origen psicológico requiere una base teórica de la cual partir, la cual procederemos a desarrollar a continuación.

3. Bases conceptuales necesarias para la valoración de la declaración del menor de 14 años víctima de contactos indebidos sexuales

Que el menor de 14 años sea considerado una víctima existencialmente vulnerable no significa que las reglas de valoración probatoria se inclinen a su favor. En otras palabras, no gozará de una presunción de credibilidad mayor que el resto de testigos por el mero hecho de ser una víctima vulnerable. De lo contrario, se introduciría una regla de tasación de prueba no explícita legalmente en perjuicio del acusado, que en cierto modo flexibilizaría el estándar de prueba para condenar en delitos de naturaleza sexual.

El valor probatorio de la declaración del menor de 14 años no deriva de su mera edad, sino del entendimiento de cómo su edad y desarrollo cognoscitivo, moral y volitivo juegan un rol relevante en el por qué declara en la forma que lo hace. Y esto no implica que el menor goce de una presunción de credibilidad, sino únicamente garantizar el acceso a la justicia de una persona existencialmente vulnerable.

3.1. Testimonio y memoria: una unión indisoluble

3.1.1. Relevancia del estudio de la memoria

El estudio de la memoria es de suma relevancia en el análisis del testimonio de las víctimas de delitos. El contenido de un testimonio “depende de la interacción entre el contenido de la memoria –el contenido del suceso al que ha asistido el testigo–, y los procesos de decisión relativos a «lo que» el testigo trata de relatar” (Mazzoni, 2003/2010, p. 16).

Existe otra vinculación derivada mucho más importante: la fiabilidad del testimonio respecto de un hecho equivale a la correspondencia entre lo relatado y lo ocurrido empíricamente; mientras que la exactitud de la memoria relativa a ese mismo hecho equivale a la correspondencia entre lo representado en la memoria y lo sucedido fácticamente (Mazzoni, 2003/2010, p. 17). Por lo tanto, un testimonio fiable será aquel cuyo recuerdo sea lo más exacto posible, independientemente del nivel de detalle o

elementos que se recuerden (aunque para fines probatorios, a veces, un recuerdo pobre no resulta muy útil).

Los contactos indebidos se caracterizan por ser “secretos”, es decir, por no cometerse en presencia de más personas que la víctima y el abusador; lo cual es lógico desde un análisis costo/beneficio y la intimidad generalmente requerida para la perpetración (en otros supuestos, simplemente se recurre al exhibicionismo delictivo, como cuando en un parque un adulto le muestra sus genitales a una niña). Asimismo, en estos delitos generalmente no hay evidencia física, por lo que el resultado del proceso penal típicamente depende de la percepción de fiabilidad y veracidad de los recuerdos de los menores de 14 años.

Para detectar la mentira y filtrarla de la verdad no existe en la realidad una señal inequívoca como la nariz de Pinocho (Nahari, 2016, p. 243), tampoco existe una herramienta científica que pueda lograr tal objetivo. Sin embargo, se ha profundizado en el estudio de la mente del menor para entender cómo funciona frente a una victimización sexual. Resulta lógico, entonces, que es necesario hablar de memoria para poder entender qué es el testimonio y su valoración.

3.1.2. Breves apuntes sobre la memoria

De acuerdo con Contreras (2015), la memoria puede ser definida como:

> “un proceso mental por medio del que se traen al presente fechas, acciones, personas, datos o informaciones que hemos aprendido en un momento pretérito y que han llegado a nuestro conocimiento gracias a una percepción sensorial, ya sea directamente o a través de otra persona” (p. 152).

El cerebro está compuesto por una vasta red de células nerviosas (neuronas) que se comunican entre sí transmitiendo impulsos mediante neurotransmisores. La transmisión es tanto química como eléctrica. La memoria probablemente comienza como una activación de las neuronas que codifican la información utilizando diferentes estructuras cerebrales (North y Thompson, 2016, p. 326). Los modelos actuales de memoria destacan la importancia de los sistemas modulares dentro del cerebro que funcionan de manera integrada. No existe un solo lugar en el cerebro donde residan todos los recuerdos y muchas partes del cerebro están involucradas en adquirir, procesar, codificar, almacenar y recuperar información (North y Thompson, 2016, p. 326).

Las áreas relacionadas con la memoria incluyen: el cerebelo, la amígdala, los ganglios basales, los lóbulos frontales, los lóbulos temporales, los lóbulos parietales y el lóbulo occipital. El hipocampo es crucial porque forma parte de una estructura conocida como el lóbulo temporal medial y es importante para recordar nuevos episodios o eventos. El

daño, ya sea por enfermedad o lesión, puede ocurrir en cualquiera o en todas estas áreas, lo que provoca efectos en la memoria (North y Thompson, 2016, p. 326). El envejecimiento ocasiona que las personas mayores aprendan a un ritmo más lento en comparación con las personas más jóvenes, ya que no pueden procesar y "absorber" la información tan rápido (North y Thompson, 2016, p. 329).

Los tipos de memoria pueden ser clasificados, sencillamente, de la siguiente manera:

Tipos de memoria	Explicación
Memoria a corto plazo y memoria a largo plazo	La memoria a corto plazo, ahora elaborada bajo el concepto de memoria de trabajo ("working memory"), es un depósito capaz de almacenar una cantidad limitada de datos durante un periodo de tiempo inferior a 30 segundos, transcurrido el cual los datos se pierden; mientras que la memoria a largo plazo (almacén de capacidad y persistencia ilimitadas) guarda de forma permanente la información que se transfiere desde la memoria a corto plazo. Una vez almacenados aquí, los datos entran en un periodo de latencia hasta que son demandados por el sujeto para su utilización. Por ejemplo, la memoria a corto plazo permite a una persona recordar un nuevo número de teléfono mientras lo marca siempre que no haya distracciones; mientras que la memoria a largo plazo permite recordar un número de teléfono familiar de un día para otro y de un año a otro.
Memoria semántica y memoria episódica	Las memorias episódicas se refieren a eventos particulares, a recuerdos de sucesos y de elementos de los que se conoce su posición en el espacio/tiempo; mientras que las memorias semánticas son para hechos "sin contexto", es decir, se conserva solo el significado de las informaciones y de los conocimientos, desligándose de las coordenadas espacio-temporales. Por ejemplo, saber los componentes de tu desayuno es una memoria episódica, mientras que saber que la palabra "desayuno" significa una comida matutina es una memoria semántica. Asimismo, gracias a la memoria episódica podemos recordar haber visto ayer un árbol ubicado frente a un bar; mientras que la memoria semántica conserva la idea abstracta de "árbol" junto con sus características que delimitan al objeto como un árbol.
Memoria declarativa y memoria procedimental	La memoria procedimental o de procedimiento es una memoria de habilidades y rutinas (puede incluir algunos tipos de estímulos sensoriales). Este tipo de memoria permite movilizar toda una serie de acciones motoras y mentales como el pensar, el recordar o el realizar gestos y actos de diverso tipo. Por ejemplo, saber conducir un automóvil es una memoria procedimental, mientras que saber cómo funciona el motor es una memoria declarativa, relacionada fundamentalmente con el recuerdo consciente. Otro ejemplo de memoria declarativa sería el recordar la respuesta a una pregunta en un examen, mientras que respecto de la

	memoria procedimental podríamos citar el atarse los cordones de las zapatillas.
Memoria autobiográfica	Los recuerdos de la vida de un individuo se almacenan en la memoria autobiográfica, basada en una combinación de memoria episódica y semántica. La memoria autobiográfica ayuda a una persona a utilizar experiencias personales pasadas como una forma de resolver problemas actuales, desarrollar y mantener vínculos sociales a través de experiencias compartidas, así como crear y mantener una identidad personal coherente a lo largo del tiempo. Básicamente, lo que se almacena son nuestras características, costumbres, historia, la vida personal a través de episodios vividos, etc.
Cuadro elaborado en base a (North y Thompson, 2016, p. 327), (Mazzoni, 2003/2010, pp. 28-33) y (Contreras, 2015, p. 156-158).	

Podría decirse que la memoria a largo plazo engloba a la memoria semántica, la memoria episódica, la memoria declarativa, la memoria procedimental y la memoria autobiográfica. Para Mazzoni (2003/2010), la memoria episódica es la más utilizada durante el testimonio (p. 33); y, sin discrepar con su aserto, nosotros consideramos que la memoria autobiográfica (que engloba a la memoria episódica) es la más importante en el análisis de los casos de ASI.

El menor tiene que relatar un hecho que lo victimizó sexualmente, y para eso debe poner a prueba su memoria: quién lo hizo, qué hizo, cuándo lo hizo, cómo lo hizo, etc. En esta labor entrará en la actividad de interpretación diversos aspectos de su historia de vida (nivel educativo, valores personales, posición social, experiencias pasadas, etc.). Toda esta información se guarda en la memoria episódica, que forma parte de la memoria autobiográfica.

En cuanto a los aspectos generales de la memoria del niño, siguiendo a Zeitlin (2016), se puede decir que:

> "En términos generales, la memoria de los niños tiende a ser parcial y fragmentada antes de los tres años, con una considerable variación según la edad y el estado de desarrollo. Desde los 6 hasta los 8 años y durante la adolescencia, hay una mejor coordinación tanto de la memoria como de las circunstancias que rodean los recuerdos, especialmente los autobiográficos. Por lo tanto, es importante recordar que la memoria de un niño sobre eventos puede parecer precisa, pero puede ser incompleta y relacionar un incidente con circunstancias circundantes incorrectas" (p. 254).

3.1.3. Procesos mentales en el registro de información en la memoria del menor de edad

Según Mazzoni (2003/2010): “Nada puede ser recordado que no haya sido previamente codificado y después conservado en la memoria” (pp. 33-34). De acuerdo con Contreras (2015), en la memoria episódica ocurren tres procesos fundamentales que culminan con el registro de la información en la memoria a largo plazo (p. 158). Estos son los procesos de codificación o adquisición, retención y recuperación. Hemos de advertir que estos procesos de memoria están interrelacionados, de tal forma que es arbitrario delimitar fijamente sus alcances. Pasaremos a explicarlos sucintamente.

3.1.3.1. Proceso de codificación

El **proceso de codificación** es un proceso mediante el cual los datos externos pasan a formar parte de la memoria del individuo. El cúmulo de datos interpretados se incorpora mediante la generación de una huella de memoria; es decir, se transforman los estímulos sensoriales en información mnemónica. Por lo tanto, el proceso se codificación consta de la selección, interpretación e integración de un nuevo conocimiento en las estructuras de la memoria (Contreras, 2015, pp. 158-159).

Un factor que influye en la codificación es la atención, componente específico del proceso de memoria relacionado con la capacidad para prestar atención a los estímulos. Aunque en algunas ocasiones la atención es sostenida, en otras situaciones varía: se mueve, cambia, reanudad, etc.; lo cual permite concluir que, si hay problemas de atención, entonces habrá problemas de memoria (North y Thompson, 2016, pp. 326-327). Es decir, “solo lo que es objeto de atención será elaborado de manera que pueda ser codificado, comprendido, representado en la memoria a largo plazo y, posteriormente, utilizado, es decir, recordado” (Mazzoni, 2003/2010, p. 35). Puede que no haya memoria a la que acceder porque el suceso o sus detalles no se registraron en el momento de la experiencia.

El nivel de atención que un niño presta al evento desempeña un rol importante. Cuando ocurre contactos indebidos, la codificación del suceso es realizado accidentalmente, no sabiendo el niño que algún día tendrá que declarar detalladamente sobre ello (Cyr, 2022, p. 16). La experiencia indica que el nivel de atención de los niños de corta edad es limitado, por lo que no pueden retener muchos detalles; sin embargo, al crecer su capacidad de atención aumenta de tal forma que sus relatos pueden ser más ricos en detalles. Aun así, debemos ser congruentes: ni siquiera los adultos pueden llegar a recordar todos los detalles de un evento. Entonces, no se puede exigir demasiado a un niño (sobre todo, de corta edad).

Explica Cyr (2022) que serán nuestras predisposiciones, nuestros intereses y nuestro conocimiento previo lo que determinará la atención prestada a específicos detalles (p. 17). Por ejemplo, puede enfocarse en su juguete favorito cuando está ocurriendo un

hecho, o quizás le llame la atención un determinado color, de tal forma que ocurrirá una deficiente codificación respecto de detalles que podrían ser penalmente relevantes en un caso de contactos indebidos: identificar satisfactoriamente al victimario, recodar detalles del lugar y el momento, qué acciones realizó el abusador, etc.

Un segundo factor que influye en la codificación es la percepción, la cual se encarga de elaborar la información que se presenta a nuestros sentidos (individualizar objetos) y de asignarle un significado (llamar al objeto con un nombre) (Mazzoni, 2003/2010, p. 38). El acto de ver e interpretar algo no solo recibirá influencia de los elementos presentes en la escena, sino también de los conocimientos y convicciones precedentes (Mazzoni, 2003/2010, p. 41).

Lo que es guardado en la memoria es el resumen del evento como la persona lo entendió, y si hubo malentendidos al inicio estos serán preservados en la memoria en el 'registro' de lo que ocurrió (Reisberg y Heuer, 2020, p. 16). Por lo tanto, el recuerdo no es simplemente el contenido de un acontecimiento, sino la interpretación del suceso al momento de codificarlo; mecanismo que se activa automáticamente, aunque no tengamos conciencia de que estamos interpretando[46] (Mazzoni, 2003/2010, p. 44).

En esta línea, se ha argumentado que, si bien las experiencias y el conocimiento previos son dimensiones importantes que influyen en la codificación (al dar un significado al hecho que está ocurriendo), ello podría ser utilizado negativamente al usarse las experiencias pasadas para llenar aquellos vacíos dentro de nuestra memoria producto de una mala codificación (Cyr, 2022, p. 17). En el caso de los menores de edad, Cyr explica que, algunas veces, los niños pueden usar este conocimiento para describir algo no familiar con ellos, produciéndose confusión respecto a lo que pudo haber sucedido.

3.1.3.2. Proceso de retención

En cuanto al **proceso de retención**, diremos que comprende el periodo de tiempo que va desde la codificación del evento hasta una posterior recuperación de su registro. Los datos almacenados no se mantienen inmutables; de hecho, la huella de memoria se reconfigurará producto de la erosión generada por el paso del tiempo, así como por la información postsuceso incorporada en la memoria, ya sea producto de los propios pensamientos o de influencias externas (Contreras, 2015, p. 159). Por lo tanto, resulta

[46] Esto explica por qué algunas personas que tienen prejuicios, frente a un determinado suceso, tienen la inclinación a codificar el evento en perjuicio de determinada persona que cumple rasgos estereotípicos negativos, por ejemplo, cuando se recuerda que el ladrón de un banco fue un venezolano, cuando no hay seguridad cierta de su nacionalidad, pero se asocia su estatus migratorio y su nacionalidad con peligro y criminalidad. Frente a ese mismo suceso, otra persona que no tenga esos prejuicios podría ser más cauta al momento de relatar lo atestiguado, y no asumir directamente que el delincuente sería un extranjero venezolano.

importante verificar las experiencias posteriores al evento, al punto de analizar, por ejemplo, la medida en que el niño ha sido sujeto a interrogatorios sugestivos por parte de sus padres o por la primera persona a quien le reveló el abuso (Cyr, 2022, p. 18).

Es cierto que mientras más se repita un evento, más fácil será almacenado en la memoria con todos sus detalles. Sin embargo, Cyr (2022) alerta que la repetición de un evento de un momento a otro, como en los casos de abuso sexual intrafamiliar, podría generar que la información tienda a agruparse en un "script", el cual es un esquema que agrupa y organiza eventos familiares y rutinarios (p. 19). Sucederá que los niños, al ser entrevistados, brindarán detalles comunes a ambos eventos, perdiéndose las especificidades. Para mitigar esta deficiencia, Cyr (2022) indica que, al entrevistar al niño, es preferible trabajar con el primer o último episodio específico para tratar de obtener la mayor cantidad de detalles posibles. Ello se sustenta en el efecto de primacía (primer acontecimiento) y efecto de recencia (último acontecimiento) (p. 19).

Consideramos relevante transcribir otra implicación práctica del proceso de retención en el análisis de casos de contactos indebidos:

> "La falta de conocimiento sobre la sexualidad y las relaciones sexuales significa que los niños pueden haber observado o experimentado gestos (por ejemplo, ver una eyaculación) a los que no pueden dar significado. En tal situación, esta información puede no ser almacenada o memorizada. En el mejor de los casos, los niños pueden utilizar otros conocimientos o conceptos que ya tienen para describir lo que han visto, como informar que ha salido "yogur" del pene" (Cyr, 2022, p.20).

3.1.3.3. Proceso de recuperación

El **proceso de recuperación** "es fundamentalmente de tipo reconstructivo y no reproductivo" (Mazzoni, 2003/2010, p. 57), ya que el acto de recuperar recuerdos de la memoria es "un acto en el que se reactivan diversas informaciones, remendadas y reorganizadas, de modo que crean un suceso mental que podría ser llamado «recuerdo»" (Mazzoni, 2003/2010, pp. 58-59), el cual nunca se representará en la memoria del mismo modo en que ocurrió. Por su parte, Contreras (2015) indica que la recuperación:

> "Implica buscar y recobrar el recuerdo alojado en la memoria, para lo que el declarante deberá recrear el evento original, rescatando la huella formada a partir de la información adquirida durante la experiencia sensible, o al menos lo que quede de su rastro, por lo que para el éxito de esta operación será esencial la forma en que han tenido lugar las etapas de codificación y retención, pues los inconvenientes o errores que se hayan cometido en estas terminarán por repercutir en aquella, sin que exista la posibilidad de subsanación por parte del sujeto" (pp. 159-160).

Otro aspecto importante por considerar durante el proceso de recuperación tiene que ver con la fuente de las memorias codificadas, para así poder identificar el origen de la memoria del evento. Ello permitirá diferenciar si el evento fue experimentado, solo imaginado, leído en un libro u observado en televisión (Cyr, 2022, p. 21). Evidentemente, si el niño no es capaz de reconocer la fuente de la memoria codificada, entonces puede relatar como vivenciados hechos que en realidad simplemente oyó o vio en televisión. Frente a estas circunstancias, Cyr (2022) recomienda que al entrevistar niños se les advierta que solo deben reportar cosas que realmente han ocurrido; sin embargo, se ha llegado a encontrar en una investigación empírica publicada en 1998, que una niña pequeña dijo que iba a relatar solo cosas reales…pero después de una pausa añadió: "Mamá me dijo" (pp. 22). Afortunadamente, pudo detectarse a tiempo esta falencia en la memoria de la niña, lo cual lleva a extremar el cuidado.

3.1.4. Implicancias forenses de la memoria en contactos indebidos en agravio de menores de 14 años

3.1.4.1. Sobre los errores de omisión y comisión

Cuando los niños son deshonestos sobre los contactos indebidos sufridos, típicamente omiten detalles (errores de omisión) en lugar de inventar eventos que no les sucedieron (errores de comisión) (Fondren, 2016, p. 114). Los primeros están relacionados con la posibilidad de fallar en la detección del abuso, mientras que los segundos se relacionan con la posibilidad de considerar que el abuso ocurrió cuando en realidad no fue así (Fanetti y Boles, 2004, p. 250). Desde la perspectiva de la Fiscalía y del Tribunal juzgador, importan ambos tipos de errores; desde la posición de la víctima, generalmente importan los errores de omisión; y desde la perspectiva del acusado son importantísimos los errores de comisión.

Aunque a menudo es cierto que la edad predice la capacidad de la memoria, se debe considerar la veracidad de esa afirmación para la memoria particular en el caso en cuestión (Goldfarb y Mindthoff, 2020, p. 72). Los niños más pequeños pueden fallar al revelar los contactos indebidos por varias razones, como no entender la importancia o el propósito de una entrevista forense, creer que el entrevistador ya sabe lo que ocurrió, o debido a su corta atención o por sentirse intimidados (Johnson et al., 2016, p. 181). Por su parte, los niños mayores tienen una mayor capacidad cognitiva para recordar y relatar eventos con precisión, pero pueden tener dificultades con los componentes sociales[47] al revelar lo que ocurrió, mientras que los niños más pequeños pueden

[47] Esto es muy evidente cuando los niños son tocados indebidamente por hombres: entra en juego la "humillación" de ser considerados por sus pares, familiares o conocidos como homosexuales.

experimentar tanto dificultades cognitivas como sociales durante las entrevistas forenses (Johnson et al., 2016, p. 182). La naturaleza y gravedad del delito es un factor contextual que potencialmente impacta en la fiabilidad de la declaración (Radcliffe y Gudjonsson, 2016, p. 19).

Expondremos sistemáticamente las características que fomentan los errores de omisión en la memoria de los menores de 14 años, así como los predictores que anticipan bajo qué circunstancias es baja la probabilidad de revelación del abuso sexual sufrido:

Categoría	Subcategoría	Implicancia forense
Los niños no saben qué decir	Falta de conocimiento sexual	Los niños muy pequeños pueden no tener ningún conocimiento acerca de conductas sexuales; e inclusive cuando a los niños se les enseña cómo se hacen los bebés (concepción), pueden carecer de conocimiento sobre las caricias, sexo oral y sexo anal. Debido a esto, no relacionan el abuso sexual con el conocimiento que tienen sobre la concepción. Además, los cuidadores pueden no explicar a los niños los aspectos placenteros y otros aspectos motivacionales del comportamiento sexual. Por lo tanto, el abuso sexual puede ser percibido como una actividad algo desconcertante que no encaja en la base de conocimientos del niño.
	No saber que el abuso sexual está mal	Incluso si los niños tienen conocimientos sexuales, es posible que no sepan que el comportamiento sexual entre una persona mayor y un niño está mal. Los esfuerzos para educar a los niños sobre el "contacto bueno/contacto malo" pueden ser inadecuados.
	No entender las expectativas de la entrevista forense	Para los niños, una entrevista forense puede percibirse como un encuentro con un extraño amigable (o no tan amigable) que hace preguntas abiertas al niño, las cuales son diferentes a la forma en que la mayoría de los adultos se relacionan con los niños. En los encuentros cotidianos de los niños con adultos, estos son quienes hablan más y esperan respuestas breves de los niños.
	No percibir el abuso como algo significante	El abuso sexual pudo haber ocurrido hace mucho tiempo, pudo haber sido disfrazado como comportamiento de cuidado infantil, o pudo haber ocurrido en el contexto de otros eventos más perturbadores, como vivir en una casa donde se venden drogas. La perspectiva del niño sobre la relevancia muchas veces es muy diferente a la del entrevistador forense.
Los niños no quieren decir	Evitar sentirse estresados	La evitación es una respuesta típica del niño a un tópico desagradable: evitará pensar en este y evitará hablar sobre ello.
	Pueden sentirse cómplices	Cuando se descubre el abuso sexual, los niños sexualmente ingenuos, que pueden haber disfrutado de la atención y/o del placer físico, advierten que los actos que pensaban que eran algo extraños, de hecho eran muy "malos". Como consecuencia, llegan a creer que son malos por estar involucrados en el abuso. Estos niños no quieren admitir que fueron "malos". Tienen miedo de meterse en problemas debido a su participación en el abuso sexual.
	Se etiquetan como mercadería dañada	Los niños pueden sentirse estigmatizados o avergonzados, siendo los niños mayores los que más se percatan del estigma asociado a ser una víctima de ASI, por lo que no desean que las personas se enteren.
	Instruidos para no hablar con extraños	Muchos niños son enseñados a desconfiar de los desconocidos, que es lo que es un entrevistador forense. En la mayoría de los casos, los niños abusados sienten más afinidad por el agresor que por el entrevistador forense.
	Manipulados para guardar el secreto	Los niños pueden haber sido amenazados con la muerte, daño corporal o daño a otros, incluidos cuidadores, hermanos y mascotas. En casos intrafamiliares, el

		abusador puede haberle dicho al niño que la familia se desintegrará, que él irá a la cárcel, o que ya no amará al niño.
	Preocupación por el futuro si hablan	Los niños pueden no revelar el abuso sexual porque temen lo desconocido. Incluso cuando no se les ha amenazado con consecuencias si revelan el abuso, simplemente no saben qué podría pasarles a ellos o a otros si hablan.
Predictores de la no revelación	Género	Los niños son más reacios a revelar el abuso que las niñas.
	Proximidad en la relación con el agresor	Cuanto más próxima la relación, menos probable será la revelación.
	Cuidador (no victimario) no solidario con su situación	Un pariente con mala relación con el niño permite predecir que el niño no confiará en él para revelarle el abuso. En caso de revelarle y no ser apoyado, hay un mayor riesgo de no revelar el abuso en la entrevista forense.
	Edad	Los hallazgos varían, pero tener poca edad se asocia con pocas probabilidades de revelar el abuso.
	No revelación previa	Si el menor no ha revelado previamente ser víctima de abuso sexual, es poco probable que sí lo haga en la entrevista forense.
Elaboración propia basada en Faller (2016, pp. 125-129), quien recopila una serie de investigaciones empíricas que dan sustento a sus afirmaciones.		

3.1.4.2. Sobre el tipo de detalles

En la reconstrucción del evento influye la selectividad de la memoria, sobre todo cuando se involucran emociones[48]: habrá una atención mejorada (y por lo tanto una mejor memoria) para aspectos "centrales"[49] de un evento, pero a costa de una menor atención (y por lo tanto una memoria empobrecida) para aspectos más "periféricos"[50] (Reisberg y Heuer, 2020, p. 11). Sin embargo, los niños también pueden prestar atención y recordar información periférica, probablemente porque fue significativa personalmente, representa "el peor momento" o fue distintiva de alguna manera para sus mentes (Johnson et al., 2016, p. 180). En sentido similar, el abusador sexual de menores podría

[48] Durante un evento de contactos indebidos, los niños pueden ser más conscientes de los estados internos negativos (cómo se sienten) en lugar de lo que realmente está sucediendo durante el evento en sí (Fivush et al. 2002, como se citó en Fondren, 2016, p. 118). Reisberg y Heuer (2020) realizan una importante advertencia: ni la presencia de detalles (incluyendo detalles sensoriales) ni la fuerza de una emoción reportada, proveen alguna garantía de precisión (p. 32). Puede suceder que una memoria emocional sea muy fuerte, pero tenga como origen mentiras, malinterpretaciones, errores en la memoria, etc. Sáez de la Fuente y Bilbao (2018) realizan otra advertencia relevante: cuando una víctima narra su victimización, la recuerda en tiempo presente y desde su propia subjetividad; sin embargo, "[e]llo no debe utilizarse como excusa para menospreciar o relativizar el alcance del proceso de victimización ni del sufrimiento que lo caracteriza o la verdad moral que se trasluce a través del mismo" (p. 52).

[49] Aspectos constitutivos del delito de contactos indebidos. Según Ost y French (2016), la investigación científica ha demostrado repetidamente que, aunque podemos recordar lo "esencial" de un evento, los detalles específicos de dicho evento se desvanecen con el tiempo. Si se nos pide que pensemos o reportemos los detalles de este evento, podríamos intentar "llenar los vacíos" para proporcionar una narrativa coherente (p. 369).

[50] Aspectos no constitutivos del delito de contactos indebidos (detalles colaterales) pero que vistos de forma global refuerzan la fiabilidad del relato. Por su parte, Reisberg y Heuer (2020) explican que los errores en la memoria ocurren más comúnmente de lo que las personas se dan cuenta, pero respecto de aspectos periféricos del evento, y no para algo central como la identidad del agresor (p. 33) o el lugar donde ocurrió el tocamiento: no es esperable que un niño confunda su pene con su pie, o que una niña confunda su cabeza con sus nalgas.

tener su propio esquema de centralidad, lo que determina la formación de diferentes memorias del mismo evento:

> "(…) lo que es central puede variar de una persona a otra (dependiendo qué, dentro de un evento, capta la atención de alguien) y puede también depender de las específicas emociones involucradas. Diferentes emociones, después de todo, pueden llevar a establecer objetivos diferentes: si estás asustado, tu objetivo es escapar; si estás molesto, tu objetivo es frecuentemente confrontar a la persona o asunto que te ha hecho enojar (…). En cada caso, es más probable que prestes atención a aspectos de la escena directamente relacionados a tu objetivo, y esto influirá cómo recuerdas el evento emocional" (Reisberg y Heuer, 2020, p. 12).

De acuerdo con Ost y French (2016), varios componentes de un evento complejo (por ejemplo, la descripción del delincuente, las acciones del delincuente) se procesan de manera independiente:

> "Por lo tanto, es completamente posible que un testigo pueda proporcionar relatos inexactos sobre un aspecto de un evento (por ejemplo, lo que llevaba puesto el delincuente) mientras también proporciona relatos precisos sobre otros aspectos (por ejemplo, lo que hizo el delincuente). Por lo tanto, la práctica de utilizar inconsistencias para diagnosticar (o sugerir) que el testimonio general de un testigo es poco confiable está en desacuerdo con los hallazgos de la ciencia de la memoria contemporánea" (pp. 370-371).

Consideramos pertinente explicar la importancia de la información posterior al hecho delictivo, a efectos de evaluar la plausibilidad del relato incriminatorio. Explica Tully (2011) que hay una serie de reacciones emocionales y conductuales posteriores adaptativas y desadaptativas, algunas son manifiestas y otras son subjetivas y encubiertas (p. 363). Supongamos que una niña habla de la generalmente buena relación que tiene con su pariente, que se ha arruinado porque algunas veces él quiere que ella le haga cosas a él. Esto, según Tully, permite en cierto modo respaldar la narrativa previa del abuso, a diferencia de simplemente verificar que el niño tiene dificultades para dormir o comer, que bien podrían significar un signo clínico de desajuste posterior al abuso, pero no son lo suficientemente buenos como para constituir una firma forense posterior al abuso.

Un ejemplo de información posterior al hecho delictivo basado en un caso real es propuesto por Tully (2011, p. 366). Un niño de 4 años (aproximadamente 5) afirmó que Jack puso su pene en su boca, que luego se orinó y sintió un sabor salado y horrible, por ello fue a beber un vaso con agua para deshacerse de ese sabor. Explica Tully que en este caso nos encontramos con una reacción inmediata posterior del niño realizada para superar la situación. Desde nuestra perspectiva, este detalle apoyaría la fiabilidad de la declaración del menor, junto al resto de pruebas que pudieron haberse incorporado en la causa. Aunque el ejemplo es de violación sexual (penetración oral), bien podría plantearse un escenario similar cuando un adulto utiliza lociones en las nalgas de un niño, por ejemplo, que le hacen sentir incómodo. El tocamiento termina con el abusador

eyaculando sobre las nalgas del niño (sin penetración previa): el niño podría ir a lavarse sus nalgas en el baño para deshacerse de esa sensación.

Siguiendo a Reisberg y Heuer (2020, p. 33), consideramos que las afirmaciones sobre errores de memoria deben ser evaluadas teniendo en cuenta qué error se alega (por ejemplo, para un detalle periférico o algo central) y también con consideración de si las influencias potenciales en el denunciante fueron lo suficientemente grandes y frecuentes como para haber producido un error sustancial.

Por eso no resulta tan atinado que el abogado defensor se centre en cuestionar incansablemente que el niño se equivocó, por ejemplo, en el color del pantalón que utilizó el presunto abusador, mientras que sí sería relevante el error respecto a si recibió un beso en la mejilla o en los labios. Es obvio que los niños no pueden brindar el mismo nivel de detalles colaterales que un adulto; sin embargo, la completa incapacidad para brindar cualquier detalle colateral puede ser un indicador de la no veracidad de las afirmaciones vertidas por los niños.

3.1.4.3. Sobre el nivel de detalles (particularización)

Si bien los requisitos de particularización pueden relajarse en algunas circunstancias (por ejemplo, edad muy temprana, mucho tiempo transcurrido desde el suceso), los testimonios normalmente deben incluir suficientes detalles contextuales (por ejemplo, lugar y tiempo) para aislar un único episodio, a menudo para permitir al acusado la oportunidad de elaborar una defensa (Snow et al., 2020, p. 44).

Habrá detalles que facilitarán la individualización del hecho, particularmente cuando son inherentemente distintivos, por ejemplo, que el profesor de educación física le muestre *pornografía infantil* al menor en el baño del colegio, que el padrastro utilizó una *loción* para la piel previo al contacto inapropiado con el niño, o que el sacerdote en su iglesia acostumbre a tocarlo a solas pero en determinada situación cuente con el apoyo de una *monja que sostiene al niño forzadamente*. El Fiscal y el psicólogo forense tendrán la carga de identificar estos hechos especialmente notorios.

Frente al paso del tiempo, y especialmente cuando el menor intenta recordar episodios repetidos de contactos indebidos, se suele recordar lo que ocurrió, pero no siempre se recuerda cuándo ni en conjunción con qué otros detalles (Brubacher y Earhart, 2019, como se citó en Snow et al., 2020, p. 59). Existe una fuerte probabilidad de que episodios separados terminen mezclándose entre sí, de tal forma que la persona no podrá identificar qué elementos estaban contenidos dentro de cada episodio (Reisberg y Heuer, 2020, p. 15). Un mayor esfuerzo cognitivo también se requiere cuando más de

una persona cometió los contactos indebidos, por lo que el niño debe identificar no solo a cada abusador, sino también qué conducta hizo cada uno.

El recuerdo de los niños de eventos pasados puede estar vinculado a una variedad de influencias y tener una secuencia temporal distorsionada. Es importante construir una línea de tiempo precisa que incluya todos los datos disponibles (Zeitlin, 2016, p. 260). Podría suceder que el niño asocie equivocadamente un contacto indebido a una persona en un determinado lugar, cuando podría ocurrir que el evento abusivo es arrastrado desde hace tiempo atrás, generándose una confusión debido a la similitud de los eventos: el abuso ha ocurrido en una iglesia, pero al mudarse la familia asiste a otra iglesia, circunstancias en que el niño revela *equivocadamente* haber sido abusado por el sacerdote de la última iglesia. En esta situación, se podría estar investigando y/o enjuiciando a un inocente, mientras el verdadero culpable está tranquilo en libertad.

3.1.4.4. Sobre el llenado de lagunas en la memoria

En el caso de recuerdos ausentes, perdidos en los confines de la mente humana o muy difíciles de recuperar, la reconstrucción de la memoria se vale de procesos conscientes e inconscientes para rellenar esos vacíos. De acuerdo con Miller y London (2020, pp. 118-119), principalmente utilizamos nuestro conocimiento de los hechos, las experiencias previas, las actitudes y expectativas presentes para producir recuerdos que de otro modo no estarían disponibles. En general, estos procesos normales producen interpretaciones bastante precisas del pasado, pero también suelen dar lugar a errores. Cuando se producen o se señalan tales errores, suele haber sorpresa, negación y declaraciones de confianza sobre la autenticidad de la propia declaración.

El proceso de llenado de lagunas en la memoria es importante en delitos sexuales en personas de todas las edades[51]. Será importante respecto de aspectos constitutivos del delito analizado y también respecto de otros hechos vinculados que, en cierta medida, dotarán de credibilidad al relato del menor. Por ejemplo, se imputa al acusado (padre) haber frotado una sola vez los testículos a su hijo de 6 años (fuera del contexto de

[51] Por ejemplo, una mujer adulta tímida y con pocos amigos acude a una fiesta, se embriaga con el objetivo de desinhibirse y tener más contacto social; sin embargo, despierta al día siguiente desnuda en un cuarto junto a un hombre, y se da cuenta que ha tenido sexo casual con él pero no recuerda nada. Sentimientos de vergüenza y rabia podrían embargarla, e inclusive sentirse violada, porque *de acuerdo con su experiencia personal, ella jamás habría tenido relaciones sexuales con un desconocido y mucho menos ebria*. Ella ha llenado el vacío en su memoria de la noche anterior conforme a su estilo de vida y personalidad. Lo que puede ocurrir es que ella *realmente consintió al acto sexual* en ese momento producto de la desinhibición producida por el alcohol, y quizás el presunto violador tendría un argumento para sostener su defensa, que en todo caso recaerá en aspectos estrictamente probatorios –analizados contextualmente– si es que se maneja un concepto de consentimiento que no arranque de su ámbito de aplicación las relaciones sexuales entre personas ebrias. No queremos enviar un mensaje equivocado a modo de legitimar la violación sexual de personas ebrias. Solo queremos ilustrar cómo una persona puede llenar vacíos en su memoria.

ayudar al niño a bañarse o vestirlo), aproximadamente a las 9 pm en su casa antes de dormir. En el caso concreto, el menor por el paso del tiempo y su edad puede que no recuerde exactamente a qué hora ocurrió, pero sí recuerda que después de haber sido tocado en sus genitales, su madre llegó a los minutos y lo llevó a acostarlo a su cama. Sucede que la hora de dormir del niño es estricta: siempre a las 9 pm es llevado a dormir por su madre. El menor ha llenado satisfactoriamente el vacío en su memoria producto de su experiencia personal relacionada a su hora de dormir.

Podría darse también el caso de que el menor, frente a tocamientos sucesivos experimentados con una misma frecuencia, termine señalando determinado día como una fecha más de su victimización, cuando en realidad tal día no ocurrió nada. En esta oportunidad, su experiencia personal ha creado por exceso un recuerdo constitutivo del delito de contactos indebidos. La defensa del acusado tendrá el deber de probar que tal día su patrocinado, por ejemplo, estuvo trabajando, y para ello podría presentar el registro de su horario de salida del trabajo, así como testigos que doten de fiabilidad a su coartada.

3.1.4.5. Sobre el paso del tiempo

De forma general, Miller y London (2020, p. 118) argumentan que los recuerdos de los niños pueden distorsionarse debido a varios factores:

- Con el paso del tiempo, los detalles de los sucesos pueden olvidarse o modificarse debido al desvanecimiento del rastro de memoria original o al registro y almacenamiento de nuevas experiencias que sustituyen o interfieren con elementos de la experiencia anterior. Por ejemplo, es habitual confundir detalles de dos sucesos diferentes y considerar que ocurrieron al mismo tiempo.
- Los recuerdos pueden aumentar o disminuir su fuerza en función del tiempo que lleven almacenados (los retrasos más cortos suelen dar lugar a un mejor recuerdo) y del número de veces que se haya recordado el suceso original (en algunos casos, el recuerdo repetido refuerza el recuerdo y, en otros, lo debilita).

El tiempo transcurrido entre un presunto contacto indebido y la denuncia correspondiente es neutral respecto de si el evento ocurrió genuinamente o no: tanto las revelaciones inmediatas como las tardías pueden ser verdaderas o falsas. Sin embargo, cuanto más antigua sea la denuncia, menos probable es que haya evidencia corroborativa y mayor es la probabilidad de que los recuerdos de las personas hayan desaparecido o se hayan contaminado con otras fuentes de información y su imaginación (Goodyear-Smith, 2016, p. 109). Por lo tanto, en línea de principio, los relatos tardíos o poco convincentes no deben ser desacreditados; sin embargo, un

seguimiento debe realizarse independientemente de cuándo o cómo se realice la revelación (Fondren, 2016, p. 113).

3.1.4.6. Sobre las inconsistencias

La memoria humana no funciona como una videograbadora; más bien es reconstructiva y maleable. Nueva información, nuevas suposiciones, conocimientos existentes, estereotipos y otras experiencias se mezclan con información precisa almacenada en la memoria, de modo que esta cambia con el tiempo (Laney y Loftus, 2016, p. 10). Testigos diferentes interpretarán el hecho percibido de forma distinta, inclusive si están presenciando el mismo evento. De acuerdo con Vallano et al. (2020), las incoherencias y los detalles olvidados no indican per se que el suceso nunca ocurriera o que sus aspectos más cruciales hayan sido relatados erróneamente (p. 178).

En el ámbito legal, las inconsistencias en la declaración son frecuentemente usadas para restar fiabilidad a la memoria del niño. Sin embargo, hay más de un solo tipo de inconsistencia en la que puede incurrir un declarante:

> "Consideremos a un testigo que es entrevistado por la policía (tiempo 1) y luego llamado a declarar en el tribunal (tiempo 2). Puede reportar detalles en el tiempo 2 que contradicen directamente los detalles que reportó en el tiempo 1. Alternativamente, puede informar detalles adicionales en el tiempo 2 que no informó en el tiempo 1 (referido en la literatura psicológica como reminiscencia)" (Ost y French, 2016, p. 370).

Respecto a declaraciones contradictorias, por el principio lógico de no contradicción solo una versión puede ser la correcta. En cuanto al fenómeno de la reminiscencia, no se podría hablar de contradicción sino más bien de precisión de detalles, al agregar datos que no fueron dados en la primera declaración. Normalmente, tanto la contradicción como la reminiscencia podrían ocurrir cuando se declara en cámara Gesell vía prueba anticipada y luego se vuelve a declarar en juicio oral. De acuerdo con Ost y French (2016), las declaraciones reminiscentes son más precisas que las declaraciones contradictorias y, en algunos estudios, casi tan precisas como los detalles consistentes (p. 370).

Es válido inferir que, en un caso individual, la declaración del niño puede consistir en una combinación de afirmaciones verdaderas, mentiras y/o falsos recuerdos. Ello permite entender que la declaración puede ser divisible: a) Un extremo refuerza una condena; b) Otro extremo impide diluir las dudas sobre otro hecho conexo u otro coautor o copartícipe (absolución).

Ahora bien, frecuentemente es objeto de preocupación la significancia de las discrepancias a lo largo de preguntas relacionadas en una entrevista forense. Aunque

cada caso es único, el análisis de la transcripción de la entrevista usualmente puede seguir un método uniforme (Poole y Dickinson, 2024, p. 81). Poole y Dickinson traen a colación un caso que les tocó asesorar: un psicólogo forense les comentó que tenía un caso de ASI que involucraba a una niña de 5 años que, al momento de ser entrevistada, revirtió sus respuestas a diversas preguntas; inclusive algunas de sus respuestas parecían evasivas. El psicólogo forense les preguntó si debía asumir que la niña no había realmente experimentado los eventos que ella describía. La respuesta de ambos profesionales fue la siguiente:

> "Las inconsistencias ocasionales y las respuestas peculiares no son infrecuentes cuando los niños pequeños hablan sobre eventos que han experimentado (…). Para analizar una transcripción, es útil primero descartar los pares de pregunta-respuesta que contienen inconsistencias que fácilmente pueden explicarse por el tipo de preguntas que el entrevistador formuló. Por ejemplo, los niños a menudo responden "no" a preguntas que contienen la palabra "algún", por lo que no es sorprendente que un niño pequeño describa un contacto físico, pero también diga "no" a una pregunta del tipo: "¿Te tocó en algún lugar?". También (a) descartamos pares de pregunta-respuesta cuando las preguntas contienen palabras o estructuras gramaticales que el niño podría no haber entendido, (b) anotamos discrepancias en respuestas a preguntas formuladas de manera diferente cuando preguntas relacionadas podrían haber sido interpretadas de distintas formas por el niño, (c) observamos momentos en los que el niño podría haberse salido del tema (ya sea por fatiga o por dar un giro conversacional después de una pregunta difícil), y d) marcamos inconsistencias que podrían haber sido causadas por la confusión del niño sobre qué detalles ocurrieron en episodios individuales de eventos similares. Después de eliminar los problemas que pueden fácilmente explicarse por cuestiones rutinarias del desarrollo y la memoria, evaluamos el resto del testimonio del niño (siempre considerando el contexto del caso de forma amplia). Este paso descarta inconsistencias menores y lapsos de atención sin minimizar cada respuesta preocupante" (2024, p. 81).

Como se puede comprobar, existe la posibilidad de explicar las inconsistencias de las declaraciones de niños cuya edad es inferior a 14 años. El juez necesariamente requiere el apoyo de los litigantes a efectos de contar con información de calidad sobre la cual realizar sus inferencias probatorias.

3.2. Jean Piaget: desarrollo cognitivo vinculado al lenguaje

Jean Piaget identificó 4 etapas del desarrollo cognitivo, basándose en las diferentes formas en que los niños de diferentes edades construyen la realidad. Como el pensamiento precede al lenguaje en las etapas tempranas del desarrollo, entonces el desarrollo del lenguaje del niño es dependiente de su nivel de desarrollo cognitivo (Kenny, 2018, p. 146). Ante la escasez de pruebas cuando ocurre un caso de contactos indebidos, mayormente nos valemos de la declaración, es decir, del lenguaje del niño,

el cual está conectado a su desarrollo cognoscitivo. Por lo tanto, resulta útil entender las etapas propuestas por Piaget en el análisis de estos delitos complejos, sobre todo si tenemos en cuenta que a Jean Piaget le interesó mucho averiguar por qué razones los niños tenían dificultades para entender algunas preguntas, lo que ocasionaba que las contesten mal (Piaget e Inhelder, 1969/2015, p. 14).

Antes de brindar aportes puntuales que sirvan de punto de partida para que el juzgador estimule su curiosidad, averigüe más por su cuenta y, principalmente, sepa qué esperar en juicio oral (o, en todo caso, excepcionalmente preguntar frente a la pasividad de los litigantes), debemos fundamentar cuál es la relevancia de estudiar las ideas de un autor suizo que nació en 1896 y falleció en 1980.

Compartimos completamente las palabras del filósofo español Juan Delval Merino, quien *prologó* la decimoctava edición del libro *La psychologie de l'enfant*, redactado por Jean Piaget y Bärbel Inhelder, y publicada en 2015 (la primera edición es de 1969). Esta obra fue traducida por Juan Delval y Paz Lomelí. Conforme comenta Juan Delval, gran parte de los problemas de la psicología del desarrollo fueron propuestos por Jean Piaget. Con el paso del tiempo, se han corregido las investigaciones de Piaget o han sido completadas, algo característico de la ciencia porque "*cada investigador se sube sobre la espalda de gigantes que le han precedido*". Por ello, es falaz el aserto según el cual Piaget está superado, ya que ello desconoce cómo se produce el progreso científico.

Según Juan Delval, muchos de los problemas planteados por Piaget se siguen discutiendo hasta la fecha dentro de la psicología del desarrollo, y algunos generan muchas polémicas, por ejemplo: la permanencia del objeto, la imitación, el egocentrismo, la noción de número, las capacidades lógicas, el pensamiento del adolescente, el desarrollo del juicio moral, el papel del lenguaje en el pensamiento, etc. Explica Juan Delval que algunos autores defienden que se producen esas adquisiciones en edades más tempranas de lo que supuso Piaget, mientras que otros autores argumentan que la adquisición se debe a mecanismos diferentes. Por otro lado, Piaget únicamente estudió una parte del desarrollo, la relacionada a la construcción del conocimiento; sin embargo, precisamente por ello sus aportes resultan vitales en un caso penal donde se cuestiona la capacidad cognoscitiva del niño, si interpretó o no erróneamente un hecho concreto o si está fabulando, etc.

En las siguientes líneas, no solo tendremos en cuenta el punto de vista de Piaget, sino también puntualmente los aportes de otros investigadores que se han subido sobre los hombros de Jean Piaget para producir conocimiento científico.

3.2.1. Etapa Sensorio-motriz

La primera etapa es la **etapa sensoriomotriz**, que abarca aproximadamente desde el nacimiento hasta los 2 años. En esta etapa “el bebé no presenta todavía ni pensamiento, ni afectividad ligada a representaciones que permitan evocar a las personas o los objetos en su ausencia” (Piaget e Inhelder, 1969/2015, p. 23). No obstante, el desarrollo mental durante los primeros 18 meses resulta esencial debido a que el niño elaborará “el conjunto de las subestructuras cognitivas que servirán de punto de partida a sus construcciones perceptivas e intelectuales posteriores, así como como un cierto número de reacciones afectivas elementales, que determinarán, en parte, su afectividad subsiguiente” (Piaget e Inhelder, 1969/2015, p. 23).

En esta etapa “los lactantes aprenden sobre ellos mismos y su mundo a través de sus actividades sensoriales y motrices en desarrollo” (Papalia y Martorell, 2021, p. 130). Por ejemplo, a través de la imitación, un bebé de 1 año podría observar cómo su madre se cepilla el cabello, y si la madre deja el cepillo al costado del bebé, este intentará levantarlo y hacer lo mismo. Esta etapa culmina con el dominio de la permanencia de objeto, el cual es “el reconocimiento de que algo persiste aun fuera de nuestra vista (…) los lactantes buscan el objeto incluso si no vieron dónde se ocultó” (Papalia y Martorell, 2021, p. 133).

Como la etapa sensoriomotriz es esencialmente no verbal, es improbable que los niños que hayan sido víctimas de contactos indebidos puedan declarar como testigos, ya que no podrían comunicar cabalmente sus ideas.

3.2.2. Etapa Preoperacional

La segunda etapa piagetiana es la **etapa preoperacional**, que comprende aproximadamente desde los 2 hasta los 7 años. Se caracteriza por la aparición de la función semiótica o simbólica, esencial para el desarrollo de las conductas posteriores, la cual implica “poder representar algo (un “significado” cualquiera: objeto, acontecimiento, esquema conceptual, etc.) por medio de un “significante” diferenciado y que solo sirve para esta representación: lenguaje, imagen mental, gesto simbólico, etc.)” (Piaget e Inhelder, 1969/2015, p. 57). Un ejemplo se da cuando el niño quiere comer un caramelo: no necesita verlo o estar en contacto sensoriomotriz con el caramelo para pensar en él, simplemente trae la idea de sus recuerdos.

En esta etapa los niños no están totalmente preparados para ejecutar operaciones mentales lógicas (Papalia y Martorell, 2021, p. 205). Se verifica también que los niños se guían por el razonamiento sincrético, el cual está basado solamente en lo que es percibido y experimentado, de tal forma que el niño es incapaz de razonar más allá de lo observado, no pudiendo tampoco realizar deducciones o generalizaciones, razonando

solamente de un caso específico al otro (Kenny, 2018, p. 146). En otras palabras, se requiere utilizar un abordaje concreto, no abstracto.

Sucede que hasta aproximadamente los 6 o 7 años, cognitivamente la habilidad de los niños para moverse de lo general (casa) hasta lo particular (apartamento), y viceversa, no está bien desarrollada; tampoco su habilidad, especialmente para niños menores de 5 años, de agrupar objetos y eventos de acuerdo con las características que los adultos reconocen como similares (Graffam, 2013, p.14). Por ejemplo, "polo" pertenece a una categoría conocida como "ropa", y "tocar" incluye múltiples formas de contacto. Sin embargo, para los niños preoperacionales –que son muy literales y concretos–, la "ropa" puede no incluir determinadas coberturas de alguna parte del cuerpo, por ejemplo, el abdomen; mientras que "tocar" podría estar restringido únicamente para contacto físico con los dedos, mas no con el pene del abusador sexual en los genitales del menor.

Aunque Piaget consideraba que solo a los 5 o 6 años los niños comienzan a distinguir entre lo que parece ser y lo que es, investigaciones más recientes apuntan que hacia los 3 años los niños obtienen la capacidad para distinguir entre fantasía y realidad. Los niños en esta etapa tienen una predisposición al pensamiento mágico, que no parece deberse al hecho de confundir realidad con fantasía sino más bien como una forma de entender los sucesos que no tienen explicaciones realistas obvias o para consentir los placeres de la simulación (Papalia y Martorell, 2021, pp. 211-212), desarrollándose el juego imaginativo, como el pretender que un personaje es real. Según Papalia y Martorell (2021), la capacidad de distinción de la realidad de la fantasía debe ser matizada, porque no todos tienen un desarrollo cognitivo lineal, además de que las influencias culturales o religiosas podrían jugar un papel importante para que los niños crean que los protagonistas de historias fantasiosas son reales si presentan elementos religiosos (p. 212).

Para engañar se requiere hacer un esfuerzo cognitivo por plantar una creencia falsa en la mente de otro individuo. Como un legado de la investigación publicada por Piaget "*El juicio moral del niño*" en 1965, se suele sostener que los niños pequeños no saben diferenciar entre la verdad y la mentira. Sin embargo, investigadores contemporáneos han demostrado que los resultados de Piaget han subestimado la capacidad de los niños. Por ejemplo, Peterson et al. publicaron en 1985 un estudio que mostraba que niños de 5 años podían identificar correctamente las mentiras, particularmente cuando involucraban fechorías o hechos prohibidos (Bussey et al., 1992, p. 150).

Aunque normalmente se asocia la capacidad para mentir con negatividad, no deja de ser un hito importante del desarrollo cognitivo de los menores. Todo el mundo miente, ya sean adultos o niños:

> "En términos generales, alrededor de los tres años adquieren la capacidad para decir mentiras simples, como cuando afirman que recibieron la carta ganadora en un juego (Ahern, Lyon y Quas, 2011) o cuando niegan haber visto un muñeco oculto que se les

> indicó que ignoraran (Evans y Lee, 2013). No obstante, cuando se les hacen preguntas de seguimiento para revelar el engaño, como preguntarles de qué juguete se trata, los niños pequeños no ocultan lo que saben[52] (Evans y Lee, 2013). Apenas hacia los ocho años son más capaces de pensar en lo que deberían o no deberían saber, de manera que puedan ocultar sus transgresiones (Talwar y Lee, 2002). Además, a medida que los niños crecen y se vuelven más conscientes de las convenciones sociales, así como de los sentimientos de los demás, aumentan las probabilidades de que mientan por cortesía o para no lastimar los sentimientos de alguien. Por ejemplo, es más probable que le digan a un experimentador que les gustó un regalo poco atractivo cuando, en realidad, no es así (Xu, Bau, Fu, Talwar y Lee, 2010)" (Papalia y Martorell, 2021, p. 211, el subrayado es nuestro).

Bussey et al. (1992, pp. 152-153), basándose en estudios previos de Southamer-Loeber, publicado en 1987, y Lewis et al., publicado en 1989, argumentan que las primeras mentiras de los niños suelen ser dichas para evitar meterse en problemas, particularmente cuando han realizado un acto prohibido. Entra en acción el análisis que realiza el niño sobre el anticipado resultado producto de la revelación. Es por ello que observamos en la vida cotidiana que los niños pueden brindar datos falsos para evitar esperables castigos o reprimendas: le echan la culpa a su hermano de sus travesuras, afirman haber realizado sus tareas escoleras cuando no es cierto, etc.[53]

Producto del desarrollo cognitivo y el paso del tiempo, los niños asignan valores morales a aspectos sociales. Sucede que desde la perspectiva sociocognitiva defendida por Bandura se postula que:

> "El aumento de la competencia cognitiva suele ir acompañado de la interiorización de las normas sociales, de modo que cada vez más la mentira y la veracidad se someten a un control autorregulador. Aproximadamente a partir de los 7 años, quizás incluso antes, los niños adoptan normas que valoran la veracidad y desprecian la mentira, de modo que anticipan sentimiento de orgullo por la veracidad y sentimiento de remordimiento y culpa por la mentira (Bussey, 1992)" (Bussey et al., 1992, p. 155).

¿Esto significa que los niños mayores son más honestos que los niños pequeños debido a la internalización de estándares sobre la veracidad? Consideramos que no, porque es evidente que no todos los niños de más edad desarrollan estándares que valoran la veracidad y desprecian la mentira. Además, aunque estos estándares se desarrollaran,

[52] La misma opinión tienen Bussey et al. (2019, p. 164) quienes argumentan que incluso si los niños pequeños realizan falsas alegaciones, estas tienen apariencia de ser poco creíbles a comparación de las realizadas por niños de más edad. Además, es esperable que los niños pequeños no sobrevivan el escrutinio de preguntas prudentemente formuladas.

[53] La defensa del acusado podría valerse de estos datos para construir un argumento basado en la falta de credibilidad del menor; sin embargo, debemos tener claro que "las costumbres de una persona no necesariamente conducen a su ineptitud para contribuir al esclarecimiento de los hechos" (Diniz, 2020, p. 58). En términos simples: pueden (tener la costumbre de) mentir sobre "x", sobre "y", sobre "z"…, pero no necesariamente van a mentir sobre haber sido tocados indebidamente, por lo que un argumento de defensa de este tipo resulta poco plausible, más aún si nos basamos en los aportes de la psicología del desarrollo.

fácilmente podrían desvincularse a través de la justificación de la mentira y el enmascaramiento de sus sentimientos (Bussey et al., 1992, p. 164).

A pesar de lo expuesto, las mentiras de los niños suelen producirse en respuesta a una conducta prohibida, es decir, son reactivos a un evento que ha ocurrido, en lugar de una fabricación. Por lo tanto, es posible hipotetizar que, si los niños pequeños van a mentir sobre algo relacionado al ASI, es más probable que nieguen su ocurrencia en lugar de fabricar una falsa denuncia (Bussey et al., 1992, p. 153). Los niños pueden mentir sobre muchas cosas, pero no es un tema común el mentir sobre ser víctimas de delitos sexuales, específicamente, de contactos indebidos (u otro delito sexual), sobre todo cuando dichas acciones les hacen sentir mal. El niño preoperacional se caracteriza por el pensamiento mágico, por la tendencia a creer en seres fantasiosos, pero sin llegar absolutamente a confundirlos con la realidad (*no son "totalmente incompetentes" de tal forma que no son creíbles*). Suelen imaginar ser los superhéroes, que tienen superpoderes para proteger a los más débiles; pero no acostumbran ponerse en la piel de la víctima de un delito muy caracterizado por el sentimiento de traición.

Es usual que los abusadores sexuales argumenten que los niños están fantaseando o inventando que habría ocurrido algún tipo de abuso sexual en su agravio. Por ello, para resolver con justicia y dar respuesta a este tipo de argumentos, es recomendable poner a prueba la capacidad del niño preoperacional respecto a su discernimiento moral; es decir, que declararán la verdad y nada más que la verdad. De acuerdo con Graffam (2013), los niños de hasta aproximadamente 6 años no tienen la suficiente capacidad para discutir la diferencia entre la verdad y la mentira; sin embargo, *mediante ejemplos concretos con los que se les pida demostrar en lugar de articular lo que significan estos conceptos abstractos*, se obtendrán resultados más certeros (p. 3, la cursiva es nuestra). Asimismo, el pedir al niño que prometa decir la verdad puede lograr resultados satisfactorios, simplemente formulando la siguiente pregunta: ¿Tú prometes que dirás la verdad? (Lyons & Evans, 2013, como se citó en Graffam, 2013, p. 112). En todo caso, el juez debe ponderar que debido a que la veracidad es multideterminada, en última instancia no hay forma alguna de predecir si un niño de cualquier edad será honesto o no en una situación específica (Bussey et al., 1992, p. 165).

Los niños en la etapa preoperacional pueden contar cantidades[54] (comprensión del número), están conscientes de que alteraciones superficiales no cambian la esencia de los objetos[55] (comprensión de identidades), desarrollan empatía, padecen egocentrismo al no poder pensar de manera simultánea en varios aspectos de una situación[56] (se

[54] Para identificar el número de perpetradores o quizás, aproximadamente, la cantidad de veces que sufrieron contactos indebidos. No obstante, hay que tener cuidado en este aspecto, conforme se explica más adelante.

[55] Identificar al perpetrador a pesar de que use un disfraz, siempre que esta indumentaria no impida totalmente una identificación a través de varios rasgos característicos.

[56] Puede no comunicar el abuso sexual sufrido a su madre o padre porque cree que ellos ya saben lo que le está ocurriendo, dilatándose la efectiva presentación de la denuncia.

concentran demasiado en su punto de vista y no consideran el de otra persona, teniendo problemas para separar la realidad de lo que sucede en su cabeza), advierten que los sucesos tienen causas; sin embargo, la comprensión lógica de la causalidad es deficiente, ya que el niño razona por transducción: relacionan mentalmente dos sucesos, haya o no una relación causal lógica (Papalia y Martorell, 2021, p. 205-208).

Alerta Graffam (2013) que el lenguaje y la cognición no maduran simultáneamente, de tal forma que puede parecer que los niños comprenden lo que decimos, pueden utilizar palabras y oraciones como si fueran adultos; sin embargo, en realidad, operar en un nivel completamente diferente (p. 15). En otras palabras, el utilizar lenguaje de adulto no necesariamente refleja que se tengan las capacidades lingüísticas o cognitivas de un adulto. Esto es especialmente cierto, según la citada autora, con conceptos como tiempo, duración, número, edad, vinculación familiar, y más.

Conceptos complejos	**Implicancia forense**
Edad	La edad puede estar conectada al tamaño, y en particular a la altura (por ejemplo, si es alto, entonces tiene más edad). En todo caso, si es necesario preguntarle al niño acerca de la edad de alguien, a la pregunta "¿cuántos años crees que tiene?" se debe adicionar otra que indague por más detalles: "¿Qué te hace creer que tenía esa edad?".
Dimensión	Especialmente con niños de 2 a 6 años, debemos ser cautos en relación con la literalidad ("alto" sería un ser humano, pero no un edificio) y la perspectiva (lo que es "pequeño" para un adulto puede ser grande para un niño).
Parentesco/afinidad	Cuanto más complejo es el término, y cuanta menos exposición tenga el niño a personas que encajan con su descripción, será más difícil que dominen su uso. Podría incluso ocurrir que el niño iguale "padre" con "adulto", sin advertir que para ser padre se requiere primero tener un hijo. Otro error típico es que los niños asocian el término que denota parentesco con un nombre propio ("Tío" al referirse al "Tío John") y con la edad (solo niños, mas no adultos, pueden ser hermanos y hermanos).
Número	Hay una muy tenue relación entre saber cómo contar, saber que 6 es más grande que 3, o ser capaz de elegir 4 lápices de una fila de 10, y hacer una evaluación acertada de cuántas veces algo ha ocurrido. Ni siquiera los adultos pueden hacerlo de forma fiable.

	Cuando se hace la pregunta “cuántas veces”, la respuesta puede cambiar cada vez que se formula la pregunta o arrojar resultados altamente improbables (10 000 veces). Por lo tanto, es mejor entender a las respuestas como una metáfora referida a “muchas veces” o simplemente que la pregunta pide como respuesta “un número”, es decir, que debe llenarse el vacío con “cualquier número”.
Tiempo	El uso de palabras que expresen el tiempo que marca el reloj, el calendario y el tiempo de duración no deberían ser tomadas como un indicador de que pueden dar información fiable acerca de cuándo o hace cuánto tiempo algo ocurrió, o por cuánto tiempo duró. Tampoco debería la inhabilidad de mencionar una fecha ser tomadas como evidencia de que un evento no ocurrió. Frase como “hace dos meses”, “tres horas”, “ocurrió el viernes”, “en primavera”, “hace mucho tiempo” no deberían ser tomadas literalmente, sin indagar más al respecto. Es recomendable estructurar preguntas relacionadas con “¿cuándo?”, en términos relacionados a algo familiar o un evento concreto en la vida de los niños[57], como la hora del desayuno, si había algún programa de televisión, dónde ocurrió, qué vestía el niño, dónde estaba mamá, y así.
Cuadro elaborado en base a (Graffam, 2013, pp. 61-66).	

Muchos niños en la etapa preoperacional no tienen conocimiento preciso acerca de los significados de las partes de su cuerpo, en particular de sus órganos sexuales, y si sus padres utilizan un vocabulario distinto para nombrar a los órganos sexuales esto puede incrementar la confusión. Por ello, se recomienda, antes de la entrevista forense, preguntar a los padres acerca de las particulares palabras que utilizan para nombrar los genitales, con el objetivo de que las preguntas sean consistentes con la conceptualización actual del niño (Kenny, 2018, p. 149).

Hay algunas preguntas que nunca deberían formularse a los niños preoperacionales. Pedir al niño, en forma de pregunta, que siga el rastro de “quién” dijo “qué” a “quién” es una de esas preguntas (Graffam, 2013, p. 75). En otras palabras, es muy difícil que sigan el rastro a los pronombres. Por ello, en lugar de preguntar: “¿él te compraba helado?”, es mejor sustituir el pronombre por el nombre concreto: “¿José te compraba helado”? No importa que no suene ideal en la mente del adulto: el niño preoperacional

[57] Por ejemplo: ¿Te estaba tocando hasta que acabaste de comer tu chocolate? ¿Dejó de tocarte antes que acabaras tu chocolate?

tiene un mejor entendimiento de esta forma. Hay que tratar de eliminar los pronombres en las entrevistas forenses con niños de corta edad.

Debemos ser consciente de que los niños en esta etapa tienden a concentrarse solo en un aspecto de una pregunta o situación por vez. Por lo tanto, formular preguntas complicadas que contienen varias ideas es infructífero. Tampoco tendrán un buen rendimiento con preguntas negativas, incluso hasta las más sencillas. Asimismo, los niños frecuentemente dejan de lado descripciones, aspectos cronológicos, motivaciones y emociones al relatar eventos del pasado (Graffam, 2013, pp. 3-4).

Lo que podemos advertir es que la mejor aproximación con niños en la etapa preoperacional es aquella en la que tomemos en cuenta lo que es familiar para el niño, lo concreto (evitándose lo abstracto), fomentando el entendimiento (eliminación de pronombres) a pesar de la repetición excesiva de nombres o sustantivos, no realizando preguntas en negativo que pueden causar confusión, etc. Básicamente, **mantén un enfoque simple**.

3.2.3. Etapa Operacional Concreta

La tercera etapa es la **etapa operacional concreta** que dura aproximadamente desde los 7 hasta los 11 años. En primer lugar, hemos de entender qué son las operaciones para el psicólogo suizo:

> "Las operaciones, tales como la reunión de dos clases (los padres [varones] reunidos con las madres constituyen los padres) o la adición de dos números, son acciones escogidas entre las más generales (los actos de reunir, de ordenar, etc., intervienen en todas las coordinaciones de acciones particulares), interiorizables y reversibles (a la reunión corresponde la disociación, a la adición la sustracción, etc.). Nunca están aisladas, sino coordinables en sistemas de conjunto (una clasificación, la serie de los números, etc.).Tampoco son características de tal o cual individuo, sino comunes a todos los individuos de un mismo nivel mental, e intervienen no sólo en sus razonamientos privados, sino también en sus intercambios cognitivos, puesto que estos consisten en reunir informaciones, en ponerlas en relación o en correspondencia, introducir reciprocidades, etc., lo que constituye de nuevo operaciones, que además son isomorfas respecto a aquellas de que se sirve cada individuo para sí" (Piaget e Inhelder, 1969/2015, p. 89).

En cuanto a la frase operaciones *concretas*, se hace referencia a que los niños empiezan a resolver problemas lógicamente, utilizando las reglas del pensamiento, pero solo pueden aplicar operaciones mentales a objetos o eventos concretos, no a ideas abstractas (Piaget e Inhelder, 1969/2015, p. 92). Por ejemplo, los niños en esta etapa pueden realizar planes a largo plazo, buscar recompensas intelectuales, desarrollar su

vocabulario e incrementar la atención selectiva y la memoria a corto plazo (Kenny, 2018, p. 147).

En la etapa de las operaciones concretas “los niños comprenden mejor que los niños preoperacionales los conceptos espaciales, la causalidad, la categorización, los razonamientos inductivo y deductivo, la conservación y el número (Papalia y Martorell, 2021, p. 267). Por ejemplo, en el ámbito de la conservación, si un vaso ancho contiene determinada cantidad de agua, y esta agua es transferida a un vaso largo en altura, el niño entenderá que contiene la misma cantidad de agua.

Kenny (2018, pp. 147-148) destaca que los niños en esta edad aún utilizan lenguaje idiosincrático, produciéndose confusiones con el vocabulario que usan los adultos, quienes les atribuyen diferente significado a lo que el niño quiere decir. En el plano sexual ocurre lo mismo: puede haber una discordancia entre el uso de lenguaje sexual y la adquisición de conocimiento o conceptos sexuales.

Por su parte, Graffam (2013, p. 5) explica que los niños de aproximadamente 7 a 10 años aún tienen dificultades para lidiar con conceptos abstractos, todavía presentan problemas para procesar preguntas complejas, aún cometen errores con la referencia a pronombres, se equivocan fácilmente con preguntas complejas con negaciones (sobre todo las negativas múltiples), no poseen la madurez suficiente para organizar los detalles narrativos de una forma satisfactoria y aún creen que los adultos hablan generalmente con la verdad.

Por lo tanto, desde nuestra postura, seguimos recomendado que el enfoque de abordaje al interactuar con un niño en esta etapa sea simple, sobre todo frente a un caso penal de contactos indebidos sexuales.

3.2.4. Etapa de las Operaciones Formales

La última etapa es la **etapa de las operaciones formales**, que abarca aproximadamente de los 11 años y se mantiene durante toda la vida. Mientras que en la etapa de las operaciones concretas estas funcionan únicamente respecto de comprobaciones o representaciones que se consideran verdaderas, en la etapa de las operaciones formales:

> “mediante una diferenciación de la forma y del contenido, el sujeto llega a ser capaz de razonar correctamente sobre proposiciones en las que no cree o no cree todavía, es decir, que considera como puras hipótesis. Llega a ser capaz de extraer las consecuencias necesarias de verdades simplemente posibles, lo que constituye el comienzo del pensamiento hipotético-deductivo o formal” (Piaget e Inhelder, 1969/2015, p. 112).

Esto significa que la persona puede pensar de forma abstracta, construyendo situaciones hipotéticas y es capaz de pensar en posibles soluciones (Papalia y Martorell, 2021, p. 26). Asimismo, se pueden entender múltiples perspectivas, y temas como la ética, la política y las ciencias sociales se vuelven interesantes (Kenny, 2018, p. 147).

Desde los 11 hasta los 18 años, los menores presentan como características las siguientes: pueden o no haber adquirido la capacidad narrativa de un adulto, para muchos lo que les concierne es el aquí y el ahora, aún tienen dificultad con preguntas que contienen negaciones complejas, suelen confundirse por el lenguaje ambiguo encontrado en los titulares de los periódicos, algunos anuncios, metáforas, proverbios y bromas. Es probable que pierdan la ilación de largas preguntas complejas, son reacios a pedir clarificación de preguntas que no han entendido, tampoco suelen reconocer que no entendieron algo. Finalmente, muchos menores, sobre todos los de corta educación, con escasa influencia parental y con retraso en el desarrollo, pueden quedarse estancados en la etapa anterior (Graffam, 2013, pp. 5-6).

Por lo tanto, desde nuestra postura, consideramos que el enfoque debe flexibilizarse de acuerdo con el estadio mental del niño y/o adolescente, puesto que podrían interpretar, dada su experiencia vital, que un abordaje simple (sobre todo en la entrevista forense) significaría más bien un insulto a su inteligencia. En todo caso, una interacción distinta debe justificarse con base en el caso concreto (no debe ser mero intuicionismo).

3.3. La sugestionabilidad en el menor de edad

3.3.1. Breves apuntes sobre la sugestionabilidad en el menor de edad

En términos simples, la sugestionabilidad es la introducción de información que previamente no existía en la huella de memoria de determinada persona, alterando tal registro. Durante una entrevista forense, una pregunta será sugestiva si es que introduce información que el niño o niña no ha declarado libremente de forma previa.

Ceci et al. (2016, pp. 150-151) explican que, históricamente, la sugestionabilidad era estudiada en términos puramente cognitivos, como resultado de alteraciones de la memoria o de interferencias en el recuerdo. Sin embargo, las investigaciones modernas han demostrado que factores sociales[58] (como el sesgo del entrevistador y el uso de técnicas de entrevista sugestivas) también influencian la sugestionabilidad, pudiendo arribarse a la obtención de declaraciones incorrectas en niños.

[58] Se incluyen también los factores culturales, por ejemplo, las creencias formadas por pertenecer a determinada cultura.

La edad cronológica sigue siendo el predictor más poderoso de la tendencia a la sugestionabilidad (Ceci et al., 2016, p. 147), siendo los niños más sugestionables que los adultos. A medida que pasa el tiempo, los recuerdos se deterioran, inclusive llegan a desvanecerse, por lo que las personas se vuelven más susceptibles a la sugestión. Podría darse el caso de que se interpreten eventos como familiares, pero no por el hecho de haber sido adquiridos personalmente sino más bien por fuentes externas, y al recibir información sugestiva, frente a la frágil huella de memoria, se termine falsamente por aceptar la información como verdadera y propia.

Los retrasos en el desarrollo permiten detectar problemas en el procesamiento cognitivo y de la información. Si bien las personas con esta discapacidad tienen una tasa muy alta de victimización sexual, también es cierto que sus problemas de procesamiento de la información pueden tener dos efectos problemáticos: a) pueden ser más propensos a la sugestionabilidad de lo que sugeriría su edad cronológica, ya que su edad mental no es congruente; y b) pueden tener más problemas para interpretar correctamente la realidad: su comprensión de lo que es un contacto bueno o malo puede no ser tan precisa como la de sus compañeros de la misma edad (O'Donohue et al., 2016, p. 268).

Según Maggie Bruck y Stephen Ceci, investigadores innovadores en el campo de la sugestionabilidad, el sesgo del entrevistador constituye la característica central y más importante de las entrevistas sugestivas a niños (Bruck y Ceci, 2011, como se citó en Duke et al., 2016, p. 220). Este sesgo es un ejemplo de lo que los psicólogos denominan "sesgo de confirmación", es decir, la tendencia a buscar unilateralmente evidencia que confirme las propias creencias preexistentes mientras se ignora la evidencia que las desmiente (Cialdini, 2009, como se citó en Duke et al., 2016, p. 220).

Esto significa que el entrevistador sesgado no hace preguntas que puedan requerir explicaciones alternativas. Cuando se proporciona una declaración inconsistente o ambigua, los entrevistadores sesgados o bien ignoran la declaración o la interpretan dentro del marco de su hipótesis inicial (Ceci et al., 2016, p. 144). Y si la declaración del niño o niña está acorde con su hipótesis primigenia (que el niño ha sido tocado indebidamente), el entrevistador forense podría aceptarla acríticamente, sin reparar en que sea vaga o inverosímil.

Si un niño revela durante la entrevista forense que un adulto le ha estado comprando caramelos, podría el entrevistador sesgarse y considerar que esta es una manifestación de las técnicas utilizadas por el abusador para ganarse la confianza del menor. Aunque ello no es descabellado, el psicólogo debería siempre tener en cuenta la hipótesis alternativa de que ello podría ser solo una conducta neutra. De lo contrario, se alimentaría el sesgo de confirmación de la ocurrencia del contacto indebido.

A continuación, ejemplificamos cuáles son las posibles técnicas sugestivas utilizadas por un entrevistador sesgado, que ya de por sí incitan al error, pero combinadas aumentan el riesgo de obtener declaraciones falsas:

- **Ausencia de preguntas abiertas**, como por ejemplo, no se utilizan: "dime lo que sucedió", "¿luego qué pasó?"; y en su lugar se realizan preguntas de respuesta monosilábica, por ejemplo, "¿te tocó aquí?" o "¿lo hizo en el sofá? (Ceci et al., 2016, p. 146).
- **Utilización de amenazas implícitas o explícitas, regalos e incentivos** para que el niño cuente al entrevistador lo que este quiere escuchar, sugiriendo estereotipos negativos (por ejemplo, "Gary hace cosas malas a veces"), invocando presión de grupo ("tus compañeros de clase ya me lo dijeron y ahora quiero escucharlo de ti"), y visualizaciones ("cierra los ojos y forma una imagen de cómo te sentirías si él te hiciera eso") (Ceci et al., 2016, pp. 146-147)
- **El uso de apoyos no verbales durante la entrevista (incluyendo muñecos anatómicamente detallados)**, especialmente con niños en edad preescolar[59] (Ceci et al., 2016, p. 147).
- **El uso de preguntas repetitivas**[60], sobre todo si los niños interpretan estas repeticiones como insinuaciones de que sus respuestas no fueron las deseadas por el entrevistador (Johnson et al., 2016, p. 188).
- **Utilizar terapias sugestivas**[61] para que niños de quienes se sospecha fuertemente que han sido abusados tengan el valor para revelarlo. En este caso, el terapeuta que busca obtener una revelación de abuso está, por definición, participando en una forma de sesgo de confirmación y, por lo tanto, es probable que utilice técnicas sugestivas (Duke et al., 2016, p. 229).

A pesar de los peligros que entraña la sugestionabilidad, consideramos necesario traer a colación varias salvaguardas a favor de la capacidad de los niños para resistir la sugestionabilidad, las cuales son desarrolladas por Thomas D. Lyon (1999, pp. 1007-1068). Según este destacado académico estadounidense:

[59] Tomando como parámetro el origen de la investigación citada (Estados Unidos), la edad preescolar va de los 3 a los 5 años.

[60] En algunos casos repetir preguntas es necesario con el objetivo de, por ejemplo, reenfocar a los niños en sus respuestas previas porque las respuestas iniciales fueron incompletas o poco claras, para resumir y verificar detalles sobre temas ya discutidos, o después de asegurar a los niños reacios que es seguro revelar información (Earhart et al., 2016, p. 326). Por ello, Earhart et. al (2016) recomiendan como una salvaguarda contra inadvertidamente sugerir que las previas respuestas del niño son incorrectas, decirle por qué se repiten algunas preguntas, para así minimizar el riesgo de que se sientan presionados a cambiar sus respuestas (p. 327).

[61] Se recomienda que los padres y otros cuidadores, que sospechan que el niño o niña ha sido abusado sexualmente, le provean de apoyo emocional al niño sin iniciar discusiones acerca del abuso (Duke et al., 2016, p. 229). El objetivo será hacerlo sentir lo suficientemente cómodo y seguro para que él mismo, voluntariamente, decida revelar lo que le ha ocurrido. Recordemos que si el niño confía en su adulto cuidador (tiene un apego fuerte), y algo malo le ha ocurrido, buscará naturalmente su apoyo, su protección, para recibir ayuda en los momentos difíciles.

- Las investigaciones que suelen citarse para demostrar la sugestionabilidad en niños presentan una metodología que no guarda mucha similitud con la forma cómo se realizan las entrevistas forenses a niños que habrían sido abusados sexualmente, puesto que en el último caso no es la regla el uso de técnicas de entrevista altamente sugestivas. Tampoco es la norma que se pregunte sobre detalles periféricos (como suele hacerse en las investigaciones sobre sugestionabilidad), cuando en investigaciones penales reales se suele preguntar al niño sobre detalles centrales de sus interacciones físicas con adultos. Ello pone en serio cuestionamiento la generalización de los resultados de las investigaciones sobre sugestionabilidad para casos penales reales individuales.
- Por otro lado, debe tenerse en cuenta la capacidad de los menores de edad para resistir la sugestión sobre personas que conocen bien: si el niño interactúa más con una persona, se creará un estereotipo positivo sobre esa persona (alguien que se preocupa por el niño quien no le causará un daño innecesario), el cual se vuele más detallado y mejor organizado; en otras palabras, la sugestionabilidad se reduce cuando la memoria mejora, por ello los niños son menos vulnerables a la sugestión respecto de aquellos con quienes son familiares.
- Finalmente, la especial naturaleza de las denuncias por ASI, caracterizadas por el miedo, la lealtad y la vergüenza, incrementa la ratio de falsos negativos (no revelación del abuso), mientras que paralelamente reduce la ratio de falsos positivos (incriminación falsa) en los casos que uno más ve en los tribunales: abuso sexual intrafamiliar.

3.3.2. El caso McMartin (EE. UU.): caso emblemático de sugestionabilidad

Una vez explicado brevemente de qué forma la sugestión, el sesgo del entrevistador y las técnicas de entrevista sugestivas pueden contaminar el relato de un niño de quien se afirma ha sufrido victimización sexual (pudiendo llegar a resultados inexactos con consecuencias catastróficas), procederemos a analizar el caso McMartin ocurrido en Estados Unidos en el siglo XX, y cuáles fueran las técnicas sugestivas que se utilizaron (sobre las que existen registros fidedignos).

El infame y más costoso caso de ASI de los Estados Unidos ocurrió en Los Ángeles – California, específicamente en la guardería McMartin, y fue ventilado ante la justicia penal desde 1987 a 1990. Conforme narra Kenny (2018), este caso:

> “sirve como una advertencia clara y, con suerte, permanente para todos los involucrados en el campo del Abuso Sexual Infantil. Este caso demuestra todos los errores que pueden

ocurrir cuando no se siguen los procedimientos adecuados, incluidas las técnicas de entrevista correctas. El caso comenzó el 12 de agosto de 1983, cuando Judy Johnson, la madre de un niño de 2 años, Billy, quien asistía a la guardería, lo llevó al médico porque le picaba el ano[62]. Ella le dijo a la policía ese mismo día que había encontrado "un punto de sangre" en su ano después de la escuela. Acusó al trabajador de cuidado infantil, Ray Buckey, de 25 años, de haber abusado sexualmente de su hijo. El niño fue entrevistado por la policía, que "confirmó" que había sido abusado por Ray Buckey. Él fue arrestado una semana después. Finalmente, su madre, abuela y hermana, así como tres maestros de preescolar, fueron arrestados y acusados de múltiples cargos de Abuso Sexual Infantil" (p. 252).

A continuación, presentamos un extracto de la carta enviada en 1983 por el Jefe de Policía Harry L. Kuhlmeyer a los padres de los niños que iban a la guardería McMartin, en la cual se pide a los padres que interroguen a sus hijos acerca de la posibilidad de que hayan sufrido abuso:

> "Nuestra investigación indica que los posibles actos criminales incluyen: sexo oral, tocamientos en los genitales, nalgas o el área del pecho, y sodomía, posiblemente cometidos bajo la pretensión de "tomar la temperatura al niño". Fotos de los niños sin sus ropas podrían haberse tomado. Cualquier información que su hijo proporcione sobre haber observado a Ray Buckey salir solo de un salón con un niño durante cualquier periodo de siesta, o si alguna vez han observado a Ray Buckey atar a un niño, es importante" (Kenny, 2018, p. 252).

Basándose en lo publicado por Montoya en 1993, Staller y Vandervort (2010) detallan que:

> "Durante la investigación, se entrevistó a cuatrocientos niños que habían asistido a la guardería durante la década anterior, y los investigadores concluyeron que 369 de ellos habían sido víctimas de abuso. Eventualmente, siete acusados fueron imputados con 208 cargos de abuso sexual contra cuarenta y un niños. Se llevó a cabo un examen preliminar durante dieciocho meses, y al concluirlo, el tribunal ordenó a los siete acusados comparecer a juicio por 135 cargos. Poco después, los fiscales retiraron todos los cargos contra cinco de los acusados, y dos fueron a juicio. Eventualmente, los dos acusados fueron absueltos por un jurado o el jurado no pudo llegar a un veredicto de culpabilidad, y ninguno de los acusados fue condenado por ningún cargo" (p. 7).

¿Por qué no se condenó a nadie? Las entrevistas fueron cuestionadas en el tribunal por ser sugestivas, dirigidas y, en algunos casos, coercitivas. Los miembros del jurado fueron entrevistados después del juicio y consistentemente citaron las entrevistas a los niños como la razón principal para el veredicto de no culpabilidad (Butler et al., 2001,

[62] Según la madre del denunciante inicial, su hijo también describía sacrificios infantiles y de animales, consumo de sangre, canibalismo, entierros en vida y orgías fotografiadas con sus proveedores en túneles bajo el centro, en cementerios y iglesias (DeYoung, 2016, p. 33). Desde nuestra perspectiva, llama la atención que un niño de 2 años tenga la suficiente capacidad intelectual y de memoria para describir tales sucesos. Como más adelante se comprobó en el caso, no existieron jamás tales detalles fácticos, por lo que más bien resultó una tergiversación de los hechos producida por la propia madre.

como se citó en Chancellor, 2022, pp. 114-115). Según argumenta Chancellor (2022), la entrevista establece el tono para toda la investigación y en muchos casos el resultado puede rastrearse hasta la entrevista (p. 115). Esto es muy importante cuando el delito sexual investigado se caracteriza por la ausencia de pruebas corroboradoras de lesiones físicas.

Ahora, pasaremos a mostrar cuáles fueron las técnicas sugestivas utilizadas en las entrevistas a menores en el Caso McMartin.

La primera se conoce como “consecuencias positivas y negativas”. Las Consecuencias Positivas implican elogiar o recompensar a un niño, o indicar que el niño puede ganar tales elogios o recompensas, a cambio de proporcionar información sobre el abuso. Las Consecuencias Negativas implican expresar decepción o dar otro tipo de retroalimentación negativa a un niño por hacer declaraciones que el entrevistador considere inadecuadas (Duke et al., 2016, p. 224). El siguiente es un ejemplo de consecuencias negativas: Entrevistador: “¿Vas a ser estúpido, o vas a ser inteligente y ayudarnos aquí?” (Garven et al., 1998, como se citó en Duke et al., 2016, p. 224).

Otra técnica sugestiva se conoce como “otra gente”, la cual Implica contarle al niño lo que otros testigos ya han dicho sobre los eventos sobre los que se le pregunta (Duke et al., 2016, p. 224). Del mismo modo, decirle a un niño que sus compañeros han reportado el abuso puede aumentar la creencia del niño de que él o ella podría haber sido abusado, aceptando las sugestiones del abuso como recuerdos reales (Duke et al., 2016, p. 225). Un ejemplo del caso McMartin sería el siguiente:

> “Entrevistador: ¿Ves a todos los niños en esta foto? Cada niño en esta foto ha venido aquí y ha hablado con nosotros. ¿No es increíble?... Estos niños vinieron a visitarnos y descubrimos que saben muchos secretos desagradables de esa vieja escuela. Y todos vinieron y nos contaron los secretos. Y nos están ayudando a descifrar todo este rompecabezas de lo que solía pasar en ese lugar” (Schreiber et al., 2006, como se citó en Duke et al., 2016, p. 225).

La técnica de la “invitación a la especulación” requiere pedirle al niño que opine o especule acerca de lo que podría haber pasado durante el evento o que pretenda que el evento ocurrió. Esta técnica puede ayudar a fabricar información que luego los niños piensan que es verdadera (Duke et al., 2016, pp. 225-226). Citamos el siguiente ejemplo:

> “Entrevistador: Ahora, creo que este es otro de esos juegos complicados. ¿Qué piensas, Rags?
>
> Niño: Sí.
>
> Entrevistador: Sí. ¿*Crees* que ocurrieron algunos de esos tocamientos desagradables, Rags, cuando ella estaba atada y no podía escapar? ¿*Crees* que algunos de esos tocamientos que... el Sr. Ray *podría* haber hecho algunos de esos tocamientos? ¿*Crees*

> que eso es *posible*? ¿Dónde *crees* que él la *habría* tocado? ¿Puedes usar tu puntero y mostrarnos dónde él la *habría* tocado?" [Énfasis añadido en la fuente original] (Schreiber et al., 2006, como se citó en Duke et al., 2016, p. 226).

Finalmente, la técnica conocida como "introducción de información" es similar a lo que los abogados llaman "preguntas sugestivas". Implica la introducción en una entrevista de información precisa o inexacta que no ha sido mencionada previamente por el niño (Duke et al., 2016, p. 226). Los entrevistadores rara vez conocen la "verdad absoluta" al interrogar a un niño sobre el abuso. Por lo tanto, cuando introducen información durante una entrevista, no pueden estar seguros de si la información es precisa o no. La información inexacta puede convertirse en parte del relato del niño porque algunos niños, especialmente los preescolares, la interpretan erróneamente como recuerdos reales (Duke et al., 2016, p. 227). Citamos el siguiente ejemplo:

> "Entrevistador: ¿Qué tal el juego "Estrella de Cine Desnuda"? ¿Recuerdas ese juego?
>
> Niño: No.
>
> Entrevistador: Todos recordaron ese juego. Veamos si podemos entenderlo" (Schreiber et al., 2006, como se citó en Duke et al., 2016, p. 227).

Cerramos este apartado indicando que el caso McMartin prácticamente impulsó el desarrollo y uniformización, en la medida de lo posible, de técnicas de entrevista forense validadas conforme a investigaciones empíricas aplicadas y de acuerdo con estudios de laboratorio. El objetivo de su utilización es evitar la crítica al momento de preguntar a los menores sobre el eventual abuso sexual sufrido, minimizando la impunidad y en la medida de lo posible solo condenando a los verdaderos culpables. En el caso McMartin, ¿algún niño o niña no habrá sido acaso verdadera víctima que nunca alcanzó justicia? Ya nunca lo sabremos.

3.4. La sexualidad infantil

3.4.1. La sostenida y perpetuada inocencia infantil

Comúnmente, el niño es asociado con el concepto de inocencia y el sexo es tratado como una forma de corrupción adulta. Es poco probable que se considere a los niños como sujetos con capacidad de agencia en el ámbito sexual (es decir, que cuentan con el poder para controlar sus acciones y su destino, en asuntos sexuales). De hecho, es más frecuente que la sexualidad se aborde desde un enfoque proteccionista, de tal forma que esta se considera peligrosa para los niños debiendo ser protegidos de la misma (Moore y Reynolds, 2018, p. 3), a diferencia de la sexualidad adulta que sería integral y positiva.

Frente a este panorama, consideramos que sí son legítimas las preocupaciones derivadas del enfoque proteccionista, porque cuando se trata de ASI mediante contacto genital, el menor es "arrojado a una genitalización precoz para la que no se encuentra preparado al no estar evolutivamente maduro, ni tiene la capacidad de procesamiento, de defensa o descarga de las excitaciones sexuales como las tiene un adulto" (Russo y González, 2020, p. 25). ¿Pero realmente la sexualidad infantil puede reducirse a este aspecto? A este reduccionismo coadyuva que los adultos perciban y reaccionen al comportamiento de los niños a través de sus propios ojos y experiencias como adultos, los cuales son frecuentemente influenciados por tabúes sociales que han aprendido acerca de la sexualidad. Y, como consecuencia, los tabúes sexuales pueden ser reforzados en los niños (Robinson y Davies, 2019, p. 67).

La palabra "infantil", en este trabajo, estará asociada al concepto de niñez en un sentido amplio, es decir, al periodo comprendido entre el nacimiento hasta volverse legalmente adulto, conforme al artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, ratificada por el Perú en 1990. Por una cuestión de practicidad lo usaremos de forma intercambiable con el término infancia[63].

¿Cuándo surgió el discurso de la inocencia infantil? Phillipe Ariès, en su libro "Centuries of Childhood", publicado en 1962, argumentó que habría emergido con el Romanticismo. Antes de la época romántica, se decía que el niño cristiano nacía en pecado y gradualmente aprendía a volverse virtuoso; mientras que el niño romántico nacía inocente, atribuyéndosele pureza, simplicidad, sinceridad, fragilidad y falta de conocimiento, características que hacían a los niños adorables y en necesidad de protección. Desde el siglo XIX en adelante, la idea de la inocencia infantil no solo estaba relacionado con la naturaleza del niño sino también con su sexualidad (Jarkovská y Lamb, 2019, p. 77).

Existe una presunción de que la inocencia infantil tiene como fundamento la creencia de que los sentimientos sexuales, pensamientos, actividades, y preferencias son exclusivos de la adultez y no son comunes entre, o apropiados para, los niños (Lamb et. al, 2019, p. 17). Frente a esta situación, se cae en error de creer que la sexualidad (y la educación sexual) es irrelevante en la vida de los niños, cuando la verdad es que ellos son sujetos activos y con agencia en la construcción de sus subjetividades, incluyendo quiénes son como seres sexuales (Robinson y Davies, 2019, p. 60).

Aun así, esto debe sostenerse con pinzas: no se trata de oír las voces de los niños simplemente porque han sido ignorados en el pasado, y oyéndolos sabríamos sus

[63] Aun así, siguiendo a Papalia y Martorell (2021/2021, pp. 6-7) diremos que la psicología del desarrollo tiene una clasificación distinta porque primero ubica al ser humano en la etapa prenatal (desde la concepción hasta el nacimiento), lactancia y primera infancia (nacimiento a tres años), segunda instancia (tres a seis años), tercera infancia (seis a once años), adolescencia (11 a alrededor de 20 años), adultez temprana (20 a 40 años), adultez media (40 a 65 años) y adultez tardía (65 años en adelante).

necesidades y lo que representaría una sexualidad saludable. Más bien se parte de la idea de que los adultos tienen una especial responsabilidad por el desarrollo de los niños, su salud, bienestar y realización. Y, en la medida en que existen pautas culturales y éticas para una "buena" vida sexual en la edad adulta, los adultos tienen la responsabilidad de sentar las bases equivalentes para el diseño de la sexualidad de los más jóvenes (Jarkovská y Lamb, 2019, p. 86), conforme a su singular fase de desarrollo.

Al negárseles herramientas, como el acceso a una educación sexual que vaya más allá de la prevención, para dar sentido a su sexualidad de forma positiva, los niños y jóvenes crecen e interiorizan actitudes predominantemente negativas sobre el sexo (Moore, 2019, p. 48). Por lo general, la ley sitúa la sexualidad en relación con los niños como "libertad frente a" (liberta frente al daño, libertad frente al abuso) más que como "libertad de" (libertad de expresión sexual, libertad de información sexual). Por ejemplo, la educación sexual, allí donde se imparte a niños y jóvenes, sigue estando dominada por un modelo biomédico de la reproducción, y la información se centra en cómo protegerse de embarazos no deseados e infecciones de transmisión sexual, no dándose prioridad al consentimiento sexual y a la idea de que el sexo y la sexualidad deberían equipararse a la sensualidad y al placer (Moore, 2019, p. 48).

Usualmente las madres son tradicionalmente quienes tienen la responsabilidad del cuidado de sus hijos, incluido el hablarles sobre educación sexual. En el discurso de la mala madre, las mujeres son vistas como transgresoras de las normas sociales de buena parentalidad, en este caso, por no haber mantenido a los niños inocentes (Robinson y Davies, 2019, p. 63). Inclusive, asociaciones de jóvenes enseñan que el acto sexual solo debe compartirse con una persona amada en el seno matrimonial; es decir, la actividad sexual fuera del sagrado matrimonio estaría prohibida[64]. Según Moore (2019, p. 47), esto representa, entre otros casos, el nivel informal del control de la sexualidad infantil, el cual ocurre a través de costumbres y prácticas que perpetúan y rutinizan normas y valores relativos a lo que es y lo que no es aceptable para los niños y los jóvenes en materia de sexualidad.

Después de haber explicado los perjuicios del discurso de la inocencia infantil y su influencia en la sexualidad (así como en su enseñanza), sentamos postura afirmando que no podemos privar a los niños, niñas y adolescentes del conocimiento de su sexualidad. Deben tener los conocimientos adecuados conforme a su estado de desarrollo evolutivo para tomar decisiones *sexuales* de forma racional, porque la sexualidad forma parte de la naturaleza humana. Los adultos (mejor dicho, los padres

[64] Creemos firmemente en este trabajo que la dimensión espiritual del ser humano también tiene una gran influencia en la sexualidad. Es usual que se inculquen valores particulares en una determinada familia, por ejemplo, la abstinencia sexual hasta el matrimonio, a través de la enseñanza de la *gratificación retardada* (debe esperarse para obtener una satisfacción plena más adelante); siendo común que este valor esté asociado a la vivencia de una religión específica, que ensalza el inicio de la actividad sexual recién en el matrimonio.

de los niños) no pueden dejar que sus temores guíen la forma de criar a sus hijos. No es incorrecto inculcar determinados valores a los menores conforme a las propias creencias de los padres. El problema está cuando estos “valores” están impregnados de prejuicios y falsas creencias que, a la larga, solo recrudecen y perpetúan el problema de una vivencia triste de la sexualidad.

3.4.2. Desarrollo y comportamientos sexuales en la niñez: rompiendo tabúes

Desde una perspectiva interdisciplinar, y sobre todo con beneficios positivos en el ámbito jurídico, es vital conocer las características básicas de la sexualidad infantil, cómo ejerce influencia el contacto físico y el placer que conlleva, así como los vínculos afectivos entablados por los menores, para poder valorar cómo el ASI destroza la biografía del menor, y así determinar con mayor precisión qué debe restaurarse y cómo lograrlo (Zapiain, 2018, pp. 350-351).

Solo así será menos probable que los adultos actúen bajo un paradigma defensivo o infundido de miedos irracionales producto de la ignorancia y la propia actitud negativa hacia la sexualidad. E inclusive, de algún modo, se podrá evitar realizar falsas denuncias de ASI derivadas de estos miedos infundados (que pueden sobredimensionar o tergiversar los hechos concretos); o si se llegara a sentar denuncia ante el sistema de justicia, se facilitarán argumentos para que no se prosiga la investigación, teniendo presente como punto de partida la declaración de la víctima, para luego ser contrastada con los demás elementos de juicio que servirán para corroborar o rechazar su virtualidad probatoria.

Una precisa definición de sexualidad la brinda la World Health Organization (conocida como la “Organización Mundial de la Salud” - OMS) (2006) al indicar que es:

> “un aspecto central del ser humano a lo largo de su vida que abarca el sexo, las identidades y los roles de género, la orientación sexual, el erotismo, el placer, la intimidad y la reproducción. La sexualidad se experimenta y se expresa en pensamientos, fantasías, deseos, creencias, actitudes, valores, comportamientos, prácticas, roles y relaciones. Aunque la sexualidad puede incluir todas estas dimensiones, no siempre se experimentan o expresan todas ellas. La sexualidad está influida por la interacción de factores biológicos, psicológicos, sociales, económicos, políticos, culturales, éticos, jurídicos, históricos, religiosos y espirituales” (p. 10).

Esta definición introduce a la sexualidad como un asunto de competencia del ser humano en su integridad evolutiva, y no desde la pubertad, fase en la que se produce la maduración de los órganos sexuales y la producción de hormonas que participan en la diferenciación biológica de hombres y mujeres. Asimismo, otra virtud de esta

definición radica en la ausencia de aspectos negativos de la sexualidad, como las enfermedades de transmisión sexual, embarazo precoz no planificado, ASI o las diversas modalidades de violencia sexual. No queremos decir que debe eliminarse la prevención de la violencia sexual, sino que esta dimensión no es la única de la sexualidad. Más bien, debería producirse una mayor significación de la dimensión positiva vinculada al deseo, el conocimiento, la identidad y el placer. Somos de la idea de que un buen desarrollo de la dimensión positiva de la sexualidad favorecerá el abordaje de la dimensión negativa de la sexualidad.

Por otro lado, sexo también es definido por la World Health Organization – OMS (2006) como:

> "las características biológicas que definen a los humanos como femeninos o masculinos. Si bien estos conjuntos de características biológicas no son mutuamente excluyentes, ya que hay individuos que poseen ambos, tienden a diferenciar a los humanos como hombres y mujeres. Como uso general en cualquier idioma, el término "sexo" a menudo se utiliza para referirse a la "actividad sexual", pero para propósitos técnicos en el contexto de discusiones sobre sexualidad y salud sexual, se prefiere la definición anterior" (p. 10).

Respecto a la sexualidad infantil, Jarkovská y Lamb (2019) la conceptualizan como:

> "un conjunto de discursos sobre la infancia, de las tecnologías que forman parte de las vidas de los niños y son extensiones de sus seres, de las escuelas que envuelven y transforman a los niños, de las relaciones entre padres e hijos (especialmente madre-hijo), de ideas sobre la sexualidad e inocencia, y de cuerpos con su capacidad de respuesta física. Todas estas partes del conjunto están moldeadas tanto por la cultura como por las circunstancias materiales" (p. 87).

Sin embargo, la noción del niño sexual aún se considera un oxímoron: la sexualidad continúa asumida como ausente durante la niñez, que emerge en la pubertad y gradualmente evoluciona en camino lineal de desarrollo hacia su culminación normativa en adultez heterosexual (Moore, 2019, p. 36). Básicamente, al niño se lo considera como una suerte de inválido que no tiene derecho sobre su cuerpo infantil, el cual debe ser protegido de sí mismo y de los demás, y en esta labor debe supervisarse que no desarrolle ningún deseo o excitación sexual, ocultándosele de todo escenario que pueda incentivarle tal deseo o la satisfacción de sus impulsos eróticos (Martínez y Reyes, 2022, p. 21). En este apartado brindaremos argumentos que rebaten esta postura.

3.4.2.1. El niño es un ser sexual

La sexualidad es ordinaria, mundana y es experimentada en formas multifacéticas (no limitada a las actividades sexuales) en la vida de los niños y el desarrollo de sus identidades: en los cuentos de hadas, en las películas, en los juegos, en las canciones

y sus respectivos artistas (Moore, 2019, p. 45; Robinson y Davies, 2019, p. 67). El desarrollo sexual infantil está también constituido por discursos socioculturales: un proceso que empieza mucho antes de la pubertad, a una edad temprana en la vida de los niños, que les permite aprender lo que significa ser un ser sexual y las expectativas socioculturales de lo que es visto como un sujeto sexual legítimo (Robinson y Davies, 2019, p. 72).

Los medios de comunicación ejercen una notable influencia en la educación sexual de niños, niñas y adolescentes, sobre todo por la publicidad que promociona el sexo como libre de riesgo e instintivo, y en las películas la escasa ropa de los actores parece directamente proporcional con su talento para la actuación (Avendaño et al., 2023, p. 218). Efectivamente, la publicidad sexista es problemática por su complejo nivel estético y retórico; asimismo, reproduce paradigmas discriminatorios y despersonaliza a los individuos mediante la exageración de determinadas características (Menéndez, 2016, p. 119), como cuando en un video musical juvenil se enfoca demasiado el busto de adolescentes en bikini.

Desde un punto de vista, aunque hay preocupación por la forma cómo los medios de comunicación contribuyen a la sexualización temprana de los niños, estos también les proveen educación sexual en el sentido de promoción de imágenes de la forma cómo ser sexuales cuando sean mayores (Lamb et al., 2019, p. 28). Desde otro punto de vista, se considera que, dado que los adolescentes aún están desarrollando sus capacidades cognitivas, sociales y emocionales, especialmente en lo que se refiere a la planificación y el pensamiento orientado al futuro, es posible que no estén suficientemente preparados para poner en práctica los guiones y comportamientos modelados a partir de los medios de comunicación de forma segura y saludable (Ward et al., 2019, p. 406).

La sexualidad humana nunca es estática y cambia a lo largo del ciclo vital, por ello es mejor pensar que tanto los niños como los adultos son seres sexuales y devenires sexuales (Moore, 2019, p. 50). El entendimiento de los niños como sujetos sexuales implica que ellos están naturalmente conscientes y son curiosos acerca de sus cuerpos a edades tempranas (Robinson y Davies, 2019, p. 67).

Sería erróneo considerar a la sexualidad infantil como una etapa preparatoria para la adultez, ya que tiene sentido en sí misma, debiendo ser estudiada, reconocida y respetada en sus diversas manifestaciones: la falta de comprensión de sus aspectos básicos cercena la posibilidad de aceptarla como una necesidad elemental del individuo (Zapiain, 2018, p. 360). Por lo tanto, no resulta razonable asumir que la sexualidad infantil comienza su desarrollo en la pubertad mediante los cambios físicos en el cuerpo de los niños. Sin embargo, hay marcadas diferencias biológicas, ya que durante la infancia “los órganos sexuales están poco desarrollados, la cantidad de hormonas sexuales en sangre es muy pequeña y las sensaciones de placer no han adquirido aún significados específicos (…)” (Sáez Sesma, como se citó en Parra, 2016, p. 16).

Según Lamb et al. (2019), las capacidades cognitivas de los niños son diferentes a las de los adultos, y su conocimiento sexual depende de lo que hayan visto de otros, en las pantallas de los dispositivos tecnológicos y lo aprendido en sus interacciones con sus pares. Si bien la vasta mayoría de niños no tienen coito ni provocan el orgasmo en otros niños (dibujándose una línea distintiva entre ciertos comportamientos adultos que son inherentemente sexuales), muchos niños han encontrado el placer de la masturbación (pp. 17-18).

Interesantemente, el discurso de la inocencia infantil se ha visto reforzado a través de las teorías piagetianas del desarrollo infantil, que consideran a los niños como inmaduros emocional y cognitivamente (debido a su edad cronológica y a la etapa de desarrollo en que se encuentran) para comprender conceptos complejos y abstractos asociados a la adultez y a la madurez adulta (Robinson y Davies, 2019, p. 62), es decir, conceptos relacionados a la sexualidad.

Sin embargo, en este trabajo discrepamos de esta vinculación por considerar su abordaje falaz. Sucede que la retórica de la prevención del ASI suele basarse en la noción de desarrollo para organizar la sexualidad por edades, de tal forma que, por ejemplo, el acceso a derechos reproductivos positivos recién se gozaría en la adolescencia, por lo que los menores deben ser ajenos a cualquier tipo de experiencia sexual, las cuales (irrazonablemente) solo existirían en el marco del ASI, suponiéndose lamentablemente la absoluta vulnerabilidad de los menores, especialmente de las niñas (Anastasía, 2018, pp. 147-148)

¿Cuál es el daño de la sexualidad precoz? ¿Del exceso de conocimiento sexual? ¿Y por qué deberíamos empeñarnos emocionalmente en proteger a los niños? El daño no consiste tanto en la pérdida de la inocencia sino más bien en la vulnerabilidad a la explotación por parte de los adultos. Y un segundo daño potencial es que un exceso de información puede reproducir un tipo de sexualidad que pone demasiado énfasis en practicar el sexo para el placer de los demás, o en explotar sexualmente a otras personas, e interferir en el desarrollo de una actitud sana hacia la sexualidad y un acercamiento ético a otras personas (Jarkovská y Lamb, 2019, p. 85). Un grave problema se manifiesta cuando las personas se autosexualizan y piensan que su valor solo se mide por la capacidad de despertar deseo sexual en el resto[65].

[65] En nuestro país ocurrió un caso digno de reseñar, el cual produjo reacciones en cadena por parte de la ciudadanía peruana con el objetivo de proteger la indemnidad sexual de los niños. El 31 de julio de 2023, el programa "Emprendedor, ponte las pilas", de América Televisión, exhibió a dos niñas usando lencería (ropa interior). Este hecho generó un rechazo masivo en redes sociales por los cibernautas peruanos. Inclusive, vía Twitter, con fecha 01 de agosto de 2023, el exvicepresidente del Congreso, Alejandro Muñante, mediante un comunicado dirigido a la Ministra de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, le solicitó que comunique a su despacho las acciones que el citado ministerio iba a realizar para garantizar y proteger la indemnidad sexual de las menores.
Ese mismo día, también a través de la red social Twitter, el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, mediante un comunicado, rechazó la exposición de niñas en ropa interior en el programa

Siguiendo a Jarkovská y Lamb (2019), sugerimos que debemos mantener el concepto de vulnerabilidad que está ligado a la idea del desarrollo infantil universal. Los niños no tienen otra opción que vivir en un mundo dirigido por adultos; sin embargo, esto no significa que neguemos sus voces. Apoyamos las plataformas que las reconocen y valoran sus experiencias, al tiempo que desconfiamos de los usos que los adultos hacen de ellas (p. 85). Si a ello le sumamos la idea de construir una visión de la sexualidad positiva, no exclusivamente centrada en los peligros asociados a su vulnerabilidad, el enfoque integral queda en evidencia en beneficio de los niños.

En síntesis, debe acentuarse la positividad de la dimensión sexual en la infancia, la cual demanda "una serie de necesidades (experiencia del placer corporal, necesidad de descubrimiento y exploración, satisfacción de la curiosidad a través del conocimiento) cuya satisfacción contribuye al bienestar del niño y a la promoción de su salud en el futuro" (Zapiain, 2018, p. 359).

3.4.2.2. La sexualidad infantil es distinta a la sexualidad adulta

Según Zapiain (2018), quien reafirma sus ideas ya desarrolladas en un trabajo publicado en 2009, existen tres líneas fundamentales que engloban el desarrollo de la sexualidad infantil:

> "a) el desarrollo de la identidad sexual y de género, donde el cuerpo y el contexto psicosocial son determinantes; b) el desarrollo y reconocimiento de las primeras sensaciones corporales relacionadas con la motivación erótica, expresada en una evidente búsqueda de placer corporal; c) el desarrollo de la vinculación afectiva, del apego, que conformará las representaciones mentales expresadas en modelos internos y estilos de apego, responsables de la seguridad básica, que harán posible en el futuro la autonomía personal y la ausencia de miedos infundados que perjudiquen el acceso a la intimidad, lugar donde convergen el deseo erótico y el amor" (p. 360).

"Emprendedor ponte las pilas", exigiendo a los medios de comunicación que se cumpla con la Ley 28278, la cual regula la actividad de los medios de radiodifusión sonora y televisiva en el Perú. Precisamente, en su artículo 40, se regula lo concerniente al horario familiar, normando que la programación transmitida en horario familiar (06:00 horas hasta las 22:00 horas) debe evitar los contenidos obscenos o violentos que puedan afectar los valores intrínsecos a la familia y a los niños, niñas y adolescentes. En la misma fecha, América Televisión mediante un comunicado anunció que ese programa vulneró los derechos fundamentales de varias menores de edad, por lo que se tomó la decisión de retirarlo definitivamente del aire.

Lo que destacamos de las críticas de la mayoría de internautas que se opusieron a la emisión de este programa televisivo es que se centraron en la representación de las niñas como objetos sexuales para la gratificación de los televidentes, especialmente hombres adultos, lo cual es una muestra de cierto grado de implicancia de la ciudadanía contra el ASI. Añadimos que *obligarlas* a participar en esa pasarela en televisión abierta vistiendo *lencería para niñas*, solo las sexualiza interrumpiendo su normal desarrollo como seres humanos sexuales desde una perspectiva positiva.

Es erróneo asumir que la sexualidad infantil es idéntica a la sexualidad adulta. Por una cuestión de claridad conceptual, es necesario establecer cuáles son las diferencias entre la sexualidad infantil y la sexualidad adulta:

> "a) La sexualidad infantil está poco diferenciada y poco organizada en relación con la del adulto. Del mismo modo que en otros niveles (intelectual y motor, por ejemplo), el niño nace sin una clara diferencia frente a la realidad y con unas funciones muy poco estructuradas, desde el punto de vista de la sexualidad infantil no existe una especificidad de sensaciones que puedan llamarse estrictamente sexuales, como en el adulto, ni unos objetos externos que tengan para el niño un significado claramente sexual. En el ámbito de la sexualidad las sensaciones infantiles no están diferenciadas de otras (todas las referentes al mundo del placer) y las funciones sexuales están desorganizadas.
>
> b) Las áreas corporales de mayor sensibilidad no son necesariamente las genitales, tal y como ocurre en los adultos, ni existe la tendencia a una cierta subordinación funcional de las diferentes zonas a la genital. Las relaciones coitales no son buscadas, si no es en juegos de imitación del adulto.
>
> c) Las diferencias entre los deseos sexuales y los diferentes sentimientos afectivos son aún menos claras que en los adultos. El niño nace con un sistema de sensaciones placer-displacer a partir del cual se generan poco a poco una diferenciación de los distintos sentimientos. Se trata por tanto de una dimensión sexual-afectivo-social que se puede considerar como el fondo energético y motivacional de la conducta, considerando que la dimensión intelectual es la estructuradora de todo el proceso "(López, como se citó en Zapiain, 2018, p. 361).

Asimismo, compartimos plenamente la idea de que existe una interrelación entre lo sexual, lo afectivo y lo social en el ser humano, por lo que debería hablarse de génesis sexual-afectivo-social antes que únicamente limitarse a la génesis de lo sexual sin más, lo cual arroja luces sobre la sexualidad infantil:

> "«(…) el establecimiento de un vínculo (¿sexual?, ¿afectivo?, ¿social?) en la infancia condiciona la vida sexual, afectivo y social posterior. Precisamente por esto es preferible hablar de génesis sexual-afectivo-social antes que de génesis sexual sin más. (…) Con ello se está también más acorde con los planteamientos que actualmente se hacen en la sexología, puesto que éstos señalan cada vez con mayor insistencia en la necesidad de situar la sexualidad dentro de una perspectiva global de búsqueda de placer, bienestar, disfrute, equilibrio, felicidad, superando no sólo la concepción que reducía la sexualidad a los fines procreativos sino también la que reduce la sexualidad a la genitalidad, puesto que la vida sexual genital por sí misma no es garantía de salud psíquica, ni favorece necesariamente más el equilibrio emocional de las personas. Las preferencias de sexo son también menos claras en la infancia que en los adultos. Estas están más condicionadas por el tipo de interacción que establece el adulto con el niño que por el sexo de uno y otro»" (López, 1989, como se citó en Zapiain, 2018, pp. 361-362).

El desarrollo sexual de los niños empieza al nacer, y el aprendizaje sobre el saber sexual es una exploración continua que nunca acaba. Será fundamental que la persona sea

orientada en sus primeros años de vida para que autocontrole y autorregule su comportamiento, de tal forma que la vinculación con el resto de personas sea saludable, lo que indudablemente repercutirá en la expresión de su sexualidad. De acuerdo con Zapiain (2018), los principales motivos que determinan al niño a comportarse sexualmente son: a) satisfacer la curiosidad; b) Explorar su cuerpo y el de los demás; c) Imitar a otros; y d) Buscar placer (p. 363). Estas ideas serán desarrolladas en los siguientes párrafos.

Según la teoría del apego, propuesta por Bowlby en 1969, el ser humano en los albores de la vida establece vínculos afectivos con otras personas, a quienes recurrirá principalmente en situaciones de estrés y problemas (Ibaceta et al., 2020, p. 23). En este sentido, la calidad en las primeras manifestaciones afectivas influirá en cómo el bebé otorgará sentido a las relaciones humanas, y determinará luego cómo el niño desarrolla su afectividad y expresión de emociones y sentimientos (Defaz et al., 2019, p. 127).

La alimentación no es lo más importante que un bebé obtiene de su madre, sino más bien el consuelo del contacto cercano y la satisfacción de sus diversas necesidades, lo cual garantizará un desarrollo psicosocial y cognoscitivo normal (Papalia y Martorell, 2021/2021, p. 167). Tan importante es el rol de la madre que se ha determinado que constituye una base universal segura, aunque puede diversificarse sus formas de manifestación, de acuerdo con un estudio realizado a madres de China, Colombia, Israel, Japón, Alemania, Noruega y Estados Unidos (Posada et al., 1995, como se citó en Papalia y Martorell, 2021/2021, p. 172).

Bajo el entendimiento de la teoría del apego, el contacto físico genera paz y sosiego al infante, pero también placer ya que la sensibilidad epidérmica puede ser muy intensa. No obstante, las sensaciones físicas placenteras no tienen como objetivo la satisfacción erótica del infante (Zapiain, 2018, pp. 362-363). Sucede que en la producción de vínculos deseantes con el mundo radica el deseo infantil, y no exclusivamente en la genitalidad (Martínez y Reyes, 2022, p. 27).

El niño utilizará la autoexploración como primer método para la formación de su identidad sexual (reconociendo su cuerpo como suyo): observará y comprobará si todos son como él, y más adelante se tocará a sí mismo o empleará juegos de tocamientos entre niños para explorar y diferenciarse de sus pares. Es necesario que el niño satisfaga su curiosidad, puesto que al encontrar lo que busca perderá interés y se enfocará en otra actividad (Parra, 2016, p. 17).

Puede afirmarse categóricamente que el hecho que los niños se masturben o toquen físicamente sus genitales forma parte de su saludable desarrollo sexual infantil[66]

[66] El niño es un ser curioso por naturaleza, explorará el mundo que le rodea y en determinado punto de su vida sentirá curiosidad por su propio cuerpo. En estas circunstancias de exploración es que, tarde o

(Quirola y Jaramillo, 2020, p. 69). De acuerdo con la investigación de Lamb et al. (2019), algunos niños han tenido experiencias relacionadas a la masturbación con otros niños al tocarse recíprocamente para obtener placer sexual (p. 18). Sin embargo, matizamos que es práctica común que los estudios sobre sexualidad infantil sean retrospectivos, es decir, se indaga sobre hechos pasados y los participantes generalmente son personas adultas; de tal forma que la atribución de *placer sexual* que al momento del estudio le asignan a la conducta, puede estar influida por los nuevos conocimientos y experiencias ganadas, y no coincidir necesariamente con lo que experimentaron siendo niños. Este es un gran *límite* que hay que tener presente, pero razonable ya que no sería ético observar a niños masturbándose y luego proceder a la experimentación científica respectiva.

Aunque el niño sea sorprendido cuando se masturba, el componente liberador del placer lo incentiva a seguir haciéndolo, no siendo el castigo un anulador completo de sus impulsos corporales: la experimentación y el deseo no desaparecen absolutamente (Martínez y Reyes, 2022, p. 33). No obstante, no puede centrarse el estudio de la sexualidad infantil únicamente en la masturbación, ya que ello indicaría un sesgo contra la capacidad de los niños para el juego, el placer, las relaciones y la fantasía. ¿Por qué deberían estas capacidades ser componentes de la sexualidad adulta y no de la sexualidad infantil?[67] (Lamb et al., 2019, p. 23).

La temática sexual en el juego del niño puede ser explícita o no, cumpliendo dos fines primordiales: facilitar al niño sentir placer y organizar su mundo interno (Valero, 2007, p. 98). Los niños tienen el derecho de jugar y explorar en formas sexuales si no se hacen daño a sí mismos o a otros. La investigación en este campo indica que el daño derivado del juego sexual tiene más que ver con la percepción del niño de que lo que hace es vergonzoso o malo que en relación con el juego mismo, y de cómo los estereotipos de

temprano, realizará tocamientos sobre sus genitales, llegando a experimentar placer por el contacto. De hecho, diversos estudios empíricos han concluido que los niños exploran sus cuerpos –incluyendo tocar y algunas veces masturbar sus genitales– desde el nacimiento (Mckee et al., 2010, como se citó en Mills y Bukowski, 2013, p. 120). Podría decirse que *la masturbación es una conducta universal innata en el ser humano*. No debería sorprendernos ello: Kinsey y sus colaboradores, en 1948 y 1953, publicaron *papers* que detallaban cómo bebés varones son capaces de tener erecciones desde el nacimiento, y las bebés mujeres podían tener lubricación vaginal (Green, 2014, p. 5), lo cual manifiesta la natural tendencia del ser humano a ser sexual. Sin embargo, debemos tener cuidado de no *limitar* una respuesta fisiológica a lo que debe entenderse por sexualidad. Podría decirse que *forma parte de*, pero no lo es todo.

[67] Kinsey y sus colaboradores emitieron un reporte en 1953 donde se hablaba de orgasmos en bebés, y esto fue corroborado en 1971 por Rutter, casi 20 años después. El hecho de que los bebés varones tengan erecciones y las bebés mujeres tengan lubricación vaginal se ha tomado como prueba de que pueden tener receptividad sexual (DeLamater & Friedrich, 2002; Martinson, 1976, 1994, como se citó en Lamb et. al., 2019, p. 23). Sin embargo, Lamb et. al (2019) critican que considerar estas respuestas como sexuales es bastante revelador: la limitación de lo que constituye una respuesta fisiológica sexual a estas dos, potencialmente arbitrarias, respuestas genitales revela un sesgo respecto de lo que se estima sexual (p. 23), lo cual se complejiza ya que no sabemos si los significados sexuales que, como adultos, vinculamos a ciertos comportamientos tienen significados similares para los niños (p. 25).

género refuerzan la concepción de las niñas como pasivas y de los niños como siempre interesados en el sexo (Lamb et al. 2019, p. 29).

Es común creer que los menores de 14 años con algún tipo de discapacidad no tendrían sexualidad. Por los constantes apoyos que necesitan y la dependencia con su cuidador, son una fuente de incentivo del discurso de la inocencia infantil. Sin embargo, es obvio que también tienen sexualidad, la cual se manifestará de acuerdo con el tipo de discapacidad que padecen.

En concordancia con el momento evolutivo, la sexualidad infantil presenta dos características fundamentales: es egocéntrica, por lo que sus vivencias se circunscriben a este concepto; es autoerótica, porque las sensaciones de placer son vividas de forma intrínseca: el menor no puede todavía sentir placer del placer que siente otra persona, no puede desearlo eróticamente; sin embargo, lo que sí puede hacer es buscar determinadas conductas o juegos compartidos sabiendo que ellos le proporcionarán placer físico (Zapiain, 2018, p. 362).

Este es un dato importante para rebatir aquellos intentos de los adultos que pretenden legitimar las relaciones sexuales con menores: solo pretenden instrumentalizar al menor para su propio placer sexual abusivo. Es despreciable el mito según el cual los niños provocan sexualmente a los adultos, desplazando la responsabilidad de la conducta lesiva en el menor. Según Intebi (2008) existe asimetría de poder entre el niño y la figura parental o un adulto, por lo que aquel carece del suficiente poder para negarse a los pedidos de estos, tampoco el niño tiene la suficiente capacidad para anticipar los efectos de los acercamientos sexuales. Por lo tanto, resulta ético que, frente a estos equívocos, es el adulto quien tiene la obligación de evitar toda actividad sexual con un menor. (p. 20).

A continuación, ejemplificamos enunciativamente cuál es el esperado desarrollo sexual de los niños de a acuerdo con sus edades. Sin embargo, precisamos que estas conductas no se manifiestan necesariamente en los rangos de edad marcados, pudiendo variar la efectiva edad en la que aparecen por diversas razones: mayor liberalidad de la familia en el ámbito sexual, mayor acceso a material sexualizante en internet, etc.

A los 3 años el menor será consciente de que existen diferencias físicas entre los niños y las niñas. En esta etapa, el entorno en el que se desarrollen será fundamental para que lo interpreten como simples diferencias físicas, o terminen reproduciendo negativamente estereotipos sexuales dañinos (Parra, 2016, p. 15). Por su parte, Alagbe (2023) delimita que entre los 3 a 5 años los niños son curiosos acerca de los bebés, el embarazo y el proceso de nacimiento. No están interesados en saber del sexo, ya que más les interesa saber dónde estuvieron antes de nacer. Como parte del comportamiento sexual esperado está: mostrar sus genitales, que se los toquen o

acaricien porque se siente bien, explorar las diferencias entre sus genitales e inclusive pueden insertarse objetos dentro de sus genitales, lo cual amerita corrección (pp. 48-49).

Entre los 6 a 8 años, se espera un desarrollo físico continuo y la permanente exploración de sus cuerpos (observan cómo luce el pene o la vulva cuando están en el baño), los chicos pueden empezar a esconder su pene para que no lo vea su cuidador y no recibir ayuda en el baño, también los menores son más conscientes de las diferencias de género y actúan conforme a tal discernimiento, por ejemplo, el niño puede querer vestirse como su papá, y prefieren tener amigos del mismo sexo. A esta edad empiezan a saber cómo diferenciar los comportamientos apropiados de los inapropiados (Alagbe, 2023, pp. 49-50).

Niños que están en el rango de 6 a 10 años usan palabras “sucias” para palabras relacionadas a los genitales o ir al baño, los niños tienen interés en tener bebés, muestran a otros sus genitales, se tocan sus genitales al ir a dormir o cuando están tensos, piensan que los niños de diferente sexo son desagradables, hablan sobre tener novios o novias, buscan privacidad al momento de ir al baño o al cambiarse la ropa, les gusta decir chistes “sucios” y tienen erecciones (Cavanagh y Friend, 1995, pp. 61-62).

En pubertad el niño o niña madura sexualmente, y es comúnmente conocido como el periodo de transición entre la niñez y la adolescencia (Jeglic y Calkins, 2022, p. 100). Aproximadamente va desde los 10 hasta los 14 años, y en esta etapa, según Jeglic y Calkins (2022, p. 103) se produce el crecimiento y engrosamiento del vello púbico, el agrandamiento de los testículos, el alargamiento del pene, el desarrollo de brotes mamarios y la ampliación de las areolas. Es en esta etapa cuando las chicas comienzan a menstruar y los chicos pueden empezar a tener más erecciones espontáneas. La mayoría de menores en esta etapa no tienen relaciones sexuales; sin embargo, la curiosidad por el sexo es normal.

En base a lo desarrollado en este apartado, esperamos haber demostrado que el niño es sexual y tiene comportamientos sexuales que no pueden ser reducidos al simple coito desde la perspectiva adultocéntrica. Además, los menores viven el desarrollo de su sexualidad de forma progresiva de acuerdo con su fase evolutiva. Para que tal desarrollo siga un curso regular, los niños necesitan, pues, la satisfacción de una serie de necesidades estrictamente sexuales. Compartimos plenamente la postura de Zapiain (2018) quien enlista estas necesidades:

“a) Satisfacción de la curiosidad.

b) Exploración corporal.

c) Respeto al autoerotismo y a la autoexploración.

d) Respeto a los juegos sexuales.

e) Protección ante posibles agresiones sexuales.

f) Protección ante injerencias inadecuadas de índole sexual o erótica respecto a la propia biografía.

g) Figuras de apego accesibles, sensibles y responsivas que potencien la seguridad básica, elemento necesario para el acceso a la intimidad erótica en el futuro.

h) Respeto al desarrollo de la identidad sexual y de género, especialmente cuando las manifestaciones de la misma discrepen del rol de género tradicionalmente aceptado" (p. 364).

Lógicamente, los argumentos desarrollados en este trabajo no deben ser usados para legitimar una práctica sexual entre adultos y menores de edad debajo de la edad del límite legal para consentir al acto sexual (en el caso peruano, sería 14 años). **En esta tesis no estamos a favor de la pederastia ni consideramos viable que, reconociendo a los menores el estatus de seres humanos sexuales, fuese legítimo que puedan colocarse en una posición autónoma para desarrollar un *amor recíproco sexual* con un adulto que, lejos de dejar vivir al niño su sexualidad en el sentido de autoexploración y aprendizaje constante, pretende irrumpir en el esquema biopsicosocial normal del menor y convertirlo en su pareja sexual**.

Los niños son sexuales, pero no tienen este estatus con el objetivo de ser objetos sexuales de los adultos. Es moralmente reprobable que un adulto instrumentalice sexualmente a un menor, no solo mediante la violencia física o psicológica, sino también mediante la manipulación, el abuso de poder y el aprovechamiento de confianza. Existirá ASI aunque el adulto *argumente* que el menor también *quiso* y no opuso resistencia, e inclusive que el menor lo "*ama*".

3.5. La entrevista forense

Ya hemos desarrollado en el capítulo II del marco teórico todo lo relacionado a la entrevista forense. La idea central es que hemos de fijarnos en la figura del psicólogo forense; es decir, en la forma cómo se desarrolló la entrevista, dejando en segundo plano (aunque también siendo relevante) la declaración del niño.

TERCERA PARTE: TOMA DE POSTURA

1. Contrastación de las hipótesis

1.1. Contrastación de la hipótesis principal

La hipótesis principal fue: "*Los criterios de valoración de la prueba testimonial en el análisis probatorio del delito de contactos indebidos sexuales en agravio de menores de 14 años, emitidos en la jurisprudencia de la Corte Suprema, son insuficientes para guiar al juez porque brindan pautas muy generales que no son pertinentes cuando se aborda el testimonio de menores de 14 años que son evolutivamente distintos*".

De los diversos medios de prueba regulados en el Código Procesal Penal de 2004, el testimonio sigue siendo elemental a efectos de probar o no la ocurrencia de un hecho delictivo. En materia de delitos sexuales, generalmente la declaración de la víctima es la única que permite conocer directamente, y con gran amplitud, la forma de comisión del delito, porque precisamente esta es quien sufrió en carne propia el hecho punible sexual. Esto no significa que dicha declaración sea suficiente para condenar puesto que siempre se requerirán elementos corroboradores de la sindicación delictiva. La situación se complejiza cuando la víctima es menor de 14 años y el delito que ha sufrido no suele dejar huellas o rastros físicos. Nos referimos al delito de contactos indebidos sexuales, tipificado en el artículo 176-A del Código Penal.

Por otro lado, la valoración de la prueba es una actividad intelectiva que está regida por la sana crítica; es decir, los resultados probatorios no están predeterminados y deben ser obtenidos a través de un razonamiento crítico. Esto no impide que puedan formularse reglas o criterios de valoración jurisprudenciales, de carácter orientativo, que concretizan el razonamiento probatorio y que hacen más predictible la forma de resolver casos concretos. Esto nos llevó a preguntarnos: ¿En materia de delitos sexuales (específicamente, el de contactos indebidos sexuales) qué criterios jurisprudenciales existen?

Nuestra Corte Suprema ha brindado criterios jurisprudenciales de valoración del testimonio a través del Acuerdo Plenario Nº 2-2005/CJ-116, de fecha 30.09.2005. Sin embargo, del respectivo análisis concluimos que, en lo que interesa a esta tesis, solo brinda criterios generales de valoración probatoria de la declaración de la víctima como testimonio único: ausencia de incredibilidad subjetiva, verosimilitud y persistencia en la incriminación. Sin lugar a dudas, estos criterios son útiles pero insuficientes cuando se debe apreciar la declaración de un niño menor de 14 años victimizado sexualmente (especialmente, cuando ha sufrido contactos indebidos sexuales, caracterizado por no dejar huellas físicas).

También el supremo tribunal ha elaborado el Acuerdo Plenario Nº 1-2011/CJ-116, de fecha 06.12.2011, el cual abordó la valoración de la prueba en los delitos contra la

libertad sexual, específicamente el de violación sexual (con penetración). El enfoque fue esencialmente general para víctimas de cualquier edad y condición. Del análisis de este acuerdo plenario advertimos que brinda criterios generales de valoración del testimonio de la víctima de delitos sexuales. Es de destacar que la irrelevancia de la resistencia de la víctima puede matizadamente aplicarse a víctimas menores de 14 años. Por otro lado, la retratación de la víctima está especialmente pensada para víctimas vulnerables (menores de edad, con discapacidad, etc.) o que tienen algún tipo de asimetría de poder o subordinación respecto del agente delictivo (es su padre, es la pareja sentimental de su madre, es el soporte financiero del hogar, etc.); de tal forma que se puede extrapolar su aplicación para víctimas menores de 14 años. Sin embargo, en relación con el análisis del testimonio *en sí mismo* advertimos que este acuerdo plenario es útil pero insuficiente.

Finalmente, de un grupo selecto sentencias (entre casaciones y recursos de nulidad) emitidas por la Corte Suprema en materia de delitos sexuales, advertimos que el mayor desarrollo de criterios de valoración probatoria se ha dado en sentencias vinculadas al delito de violación sexual en agravio de menores de 14 años. En el delito de contactos indebidos sexuales ha habido escaso desarrollo jurisprudencial.

Ello no impide que, matizadamente, los criterios de valoración en un caso de violación sexual sean extrapolables a un caso de contactos indebidos sexuales. Simplemente habrá que tener en cuenta las siguientes diferencias: 1) El nivel de corroboración que se puede obtener en uno u otro caso, siendo muy útil el certificado médico legal en los casos de violación sexual de menor de 14 años; 2) El nivel de afectación emocional que puede sufrir el menor victimizado sexualmente: la penetración suele ir acompañada de un gran dolor para el menor de 14 años que, dependiendo de los factores de riesgo (hogar disfuncional, acceso a material pornográfico, etc.) o de protección (unidad familiar, extroversión, conexiones sociales, resiliencia, etc.), podría presentar o no afectación psicológica verificable en una pericia psicológica forense.

Dado el gran volumen de sentencias, optamos por elegir solo las más relevantes para esta tesis; es decir, aquellas sentencias que ofrecían criterios interesantes de valoración del testimonio en este grupo etario, independientemente de si se aplicaban en un caso de violación sexual o de contactos indebidos sexuales, siempre que respetemos las salvaguardas indicadas en el párrafo anterior.

Así pues, advertimos que la Corte Suprema en sus fundamentos jurídicos ha desarrollado criterios de valoración vinculados a la memoria infantil para evitar la impunidad, relacionados por ejemplo con detalles centrales y periféricos, recuerdos sólidos vinculados a hechos significativos para el niño, el rapport durante la entrevista forense, la capacidad de relatar hechos que no encontrarían explicación si no hubiesen sido experimentados por el niño, etc.

No obstante, conforme a la jurisprudencia citada, y nuestra perspectiva crítica aparejada, podemos concluir razonablemente que hay varios criterios útiles que pueden ser utilizados, pero no son suficientes porque a veces suelen ser vagos, como “tener en cuenta la edad del menor” (sin mayor especificidad al respecto), en otros casos simplemente se citan valiosas ideas extraídas de artículos académicos que no tienen aplicación en el caso concreto analizado, mientras que en la gran mayoría de casos que hemos leído únicamente se acude a los criterios de valoración del Acuerdo Plenario Nº 2-2005.

De lo expuesto, verificamos que la hipótesis se ha contrastado, puesto que los criterios de valoración de la prueba testimonial en el análisis probatorio del delito de contactos indebidos sexuales en agravio de menores de 14 años, emitidos en la jurisprudencia de la Corte Suprema, son insuficientes para guiar al juez porque brindan pautas muy generales que no son de mucha ayuda frente a víctimas de este grupo etario que guardan diferencias evolutivas (en lo cognitivo, social y moral) relevantes.

1.2. Contrastación de las hipótesis secundarias

La primera hipótesis secundaria fue: “*Los criterios de valoración diferenciados para el análisis probatorio del testimonio de menores de 14 años víctimas del delito de contactos indebidos sexuales deben incorporarse porque su desarrollo cognoscitivo es diferente, lo cual repercute en la calidad del testimonio brindado*”.

Los niños menores de 14 años son existencialmente vulnerables por razones vinculadas a lo cognoscitivo, la diversidad, lo emocional, lo relacional, el aspecto autoritativo y la realidad criminológica. Ellos deben vivir en un mundo de adultos dirigido por adultos. Esto también se ha manifestado en el proceso penal; sin embargo, para equilibrar la balanza se han introducido adaptaciones procesales para los menores de 14 años, especialmente cuando son víctimas de delitos sexuales. Nos referimos a la recabación de su declaración mediante entrevista forense en cámara Gesell vía prueba anticipada.

En relación con la entrevista forense, se han realizado investigaciones empíricas y en laboratorio con el objetivo de desarrollar técnicas de entrevista que facilitan que el niño recuerde y verbalice hechos pasados de una forma fiable, minimizando la posibilidad de revictimización. El público objetivo de estas técnicas es el grupo de niños de 3 a 12 años; sin embargo, bajo las matizaciones adecuadas, pueden extrapolarse al grupo etario de adolescentes menores de 14 años. Respecto de la cámara Gesell, como lugar amigable para el menor, esta permite calmar al niño y potenciar la espontaneidad del relato. En cuanto a la prueba anticipada, hemos verificado que su implementación pretende evitar la revictimización derivada de declaraciones sucesivas. En algunas situaciones no se ha cumplido con esta formalidad, lo que ha producido

pronunciamientos jurisprudenciales contradictorios sobre la viabilidad de la utilización del acta que recoge la entrevista única. Desde nuestra perspectiva, siempre que se respete el derecho de defensa, excepcionalmente podría flexibilizarse la aplicación de este instituto procesal.

Desde el ámbito estrictamente probatorio, los operadores jurídicos (especialmente los jueces) deben estar lo suficientemente capacitados en las particularidades cognoscitivas del niño menor de 14 años que repercuten en su testimonio y en su capacidad de decir la verdad, o al menos no ser deshonestos voluntariamente.

El niño menor de 14 años es un mundo lleno de misterios que, bajo adecuadas condiciones éticas, ha sido sujeto de estudio científico. Así pues, se ha investigado sobre la capacidad moral del niño (el diferenciar la verdad y la mentira, y actuar en consecuencia), temas de memoria infantil (detalles centrales o periféricos junto con el nivel de particularización, inconsistencias, errores de comisión o de omisión, lagunas en la memoria y el paso del tiempo), sexualidad infantil (como una manifestación innata del ser humano que podría ser objeto de malinterpretación) y cuáles son las mejores preguntas que de acuerdo con su desarrollo cognoscitivo permiten obtener respuestas confiables (siguiendo principalmente a Piaget y a quienes partieron de sus ideas para mejorar sus postulados).

En base a lo expuesto, la primera hipótesis secundaria se ha corroborado, debido a que los niños menores de 14 años tienen un desarrollo cognoscitivo diferente al de los adultos, el cual impacta en el ámbito intelectual, moral, social y comportamental. Esta realidad amerita la formulación de criterios de valoración diferenciados para apreciar mejor el testimonio de los niños menores de 14 años, más aún frente a un delito sensible como lo es el de contactos indebidos sexuales.

La segunda hipótesis secundaria fue: "*La introducción de criterios de evaluación psicológicos diferenciados en la valoración del testimonio de menores de 14 años víctimas del delito de contactos indebidos sexuales optimizaría la valoración probatoria produciendo, además, predictibilidad en la administración de justicia*".

Los criterios de valoración probatoria son directrices o guías que orientan al juez en la apreciación del medio de prueba actuado en juicio oral. La falta de pautas de valoración probatoria diferenciadas para niños menores de 14 años que habrían sufrido el delito de contactos indebidos sexuales obliga a los jueces a acudir a su leal saber y entender, o en el mejor de los casos a basarse en los criterios ofrecidos en el Acuerdo Plenario Nº 2-2005, el Acuerdo Plenario Nº 1-2011 o en algunas sentencias casatorias o recursos de nulidad de la Corte Suprema.

Lamentablemente, estos criterios de valoración probatoria del testimonio de origen jurisprudencial –especialmente los desarrollados en sendos acuerdos plenarios– no toman en cuenta las particularidades de los niños menores de 14 años. Cuando se trata

de casaciones y recursos de nulidad, las pautas brindadas son útiles pero lo suficientemente útiles. Todo ello permite inferir que el juzgador evaluará el testimonio del niño como si fuera un adulto, aunque con la advertencia gaseosa de que el declarante es un niño.

No obstante, si partimos de la literatura académica y científica sobre las particularidades cognoscitivas de los niños menores de 14 años, la formulación de criterios de evaluación psicológicos diferenciados se torna factible, para ayudar al juez a hacer predictible la valoración de la prueba testimonial.

Hemos de aclarar que lo *diferenciado* no radica en ofrecer criterios para cada niño de 3, 4, 5, …13 y 14 años. Los criterios serán *diferenciados* porque incorporan aspectos psicológicamente relevantes como la percepción, la atención, las inconsistencias (formas de superarlas), el pensamiento concreto, la capacidad de abstracción, etc. Recordemos que el desarrollo cognoscitivo de cualquier niño no es lineal. Se tienen expectativas de lo podría ser su capacidad de acuerdo con su edad, pero en última instancia los criterios diferenciados acuden a conceptos que, si bien tienen vinculación con la edad, no descansan meramente en esta como única justificación del rendimiento del niño.

Por ejemplo, si un niño de 3 años presenta inconsistencias dentro de su mismo testimonio en un caso de contactos indebidos sexuales, no se *justificará* tales inconsistencias meramente alegando que ello se debe a su corta edad, sino que debe acudirse a criterios de valoración que permitan explicar las inconsistencias como resultado, podría ser, de preguntas deficientemente formuladas, repetitivas o malentendidas por el niño. Aplicados los criterios de valoración diferenciados de origen psicológico, recién el juzgador puede otorgarle el justo peso probatorio al testimonio del niño de 3 años. Esto hará predecible las resoluciones judiciales, ya que no se acudirá a meras corazonadas de por qué el menor narró en la forma que lo hizo.

En virtud de lo indicado previamente, la segunda hipótesis secundaria ha sido confirmada debido a que la introducción de criterios de evaluación psicológicos diferenciados en la valoración del testimonio de menores de 14 años víctimas del delito de contactos indebidos sexuales sí permiten optimizar la valoración probatoria, lo cual necesariamente genera predictibilidad en la administración de justicia penal.

2. Toma de postura

Habiendo contrastado nuestras hipótesis, somos de la idea de que es fundamental la introducción de criterios de evaluación psicológicos diferenciados en la valoración del testimonio de menores de 14 años víctimas del delito de contactos indebidos sexuales.

Para lograr tal objetivo, debemos partir de una base teórica sólida que reúna aportes académicos y científicos sobre aspectos cognoscitivos que tengan directa incidencia en la capacidad del niño menor de 14 años para brindar testimonio de forma fiable.

3. Conclusiones

3.1. Los criterios de valoración de la prueba testimonial en el análisis probatorio del delito de contactos indebidos sexuales en agravio de menores de 14 años, contenidos en la jurisprudencia de la Corte Suprema, son insuficientes para guiar la valoración probatoria del juez. Del análisis del Acuerdo Plenario Nº 2-2005/CJ-116, de fecha 30.09.2005, del Acuerdo Plenario Nº 1-2011/CJ-116, de fecha 06.12.2011, y de una muestra selecta de jurisprudencia (casaciones y recursos de nulidad) de la Corte Suprema que tienen implicancia directa en la valoración del testimonio indicado; advertimos que, si bien existen varios criterios útiles que pueden ser utilizados; no obstante, no son suficientes porque a veces suelen ser vagos, como "tener en cuenta la edad del menor" (sin mayor especificidad al respecto), en otros casos simplemente se citan ideas sueltas de artículos académicos, mientras que en la mayoría de casos analizados únicamente se acude a los criterios de valoración del Acuerdo Plenario Nº 2-2005 que brinda aspectos de valoración del testimonio aplicables a cualquier delito y a cualquier víctima.

3.2. La incorporación de criterios de valoración diferenciados de origen psicológico para el análisis probatorio del testimonio de menores de 14 años, víctimas del delito de contactos indebidos sexuales, es imperativa porque, frente a la escasez de pruebas que rodean este delito clandestino que no suele dejar huellas físicas, el testimonio del menor puede guiar efectivamente en la indagación del delito y servir de insumo probatorio en el juicio oral para la eventual condena del responsable. En el ejercicio de valoración de la prueba testimonial, los criterios de valoración diferenciados parten de la premisa del diferente estado evolutivo del niño para así guiar al juez sesudamente en el análisis crítico del testimonio que presentará particularidades de acuerdo con el desarrollo cognoscitivo del declarante.

3.3. La introducción de criterios de valoración diferenciados de origen psicológico para el análisis probatorio del testimonio de menores de 14 años, víctimas del delito de contactos indebidos sexuales, produce seguridad jurídica debido a que el juez los utilizará al momento de valorar la prueba testimonial, los demás litigantes también los tendrán en cuenta al momento de plantear su estrategia durante el juicio oral, así como en la etapa de investigación preparatoria a causa de su efecto reflejo: si el juez va a valorar esto, entonces debe investigarse si en el caso concreto existe aquello. El modo de valorar la prueba, e inclusive investigar penalmente, se hará uniforme, garantizando la predictibilidad en la administración de justicia.

3.4. Los criterios de valoración diferenciados de origen psicológico para el análisis probatorio del testimonio de menores de 14 años, víctimas del delito de contactos indebidos sexuales, requieren de una base teórica sólida respaldada por años de investigación académica y científica de profesionales que han advertido la vulnerabilidad de los niños victimizados sexualmente y que se han esforzado por reivindicar la dignidad del menor, quien es suficientemente competente para transmitir información fiable bajo condiciones seguras de evocación del recuerdo.

3.5. La declaración del niño en cámara Gesell/entrevista única vía prueba anticipada, la adecuada ejecución de técnicas de entrevista forense, el entendimiento de la memoria infantil, el lenguaje del niño, la sugestionabilidad y la sexualidad infantil por parte de los jueces (y el resto de operadores jurídicos) garantizarán la tutela jurisdiccional efectiva de la víctima menor de 14 años, cuya voz será oída y ponderada probatoriamente en sus justos términos.

4. Recomendaciones

4.1. Se recomienda a los jueces, en el análisis de casos vinculados al delito de contactos indebidos sexuales en agravio de menores de 14 años, otorgar una relevancia de segundo orden a los criterios de valoración probatoria del testimonio ofrecidos por la Corte Suprema en su jurisprudencia hasta la fecha, puesto que lo ideal es empezar a poner en práctica los criterios de valoración diferenciados de origen psicológico que servirán como principales directrices orientativas del juzgador en juicio oral.

4.2. En el próximo Pleno Jurisdiccional Nacional de los Jueces Supremos en lo Penal, al amparo del artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se recomienda dictar un acuerdo plenario sobre criterios psicológicos de valoración diferenciados del testimonio de menores de 14 años que habrían sido víctimas del delito de contactos indebidos sexuales.

4.3. Se recomienda a todos los operadores jurídicos implementar, en la elaboración de sus respectivas estrategias jurídicas, los criterios de valoración psicológicos diferenciados puesto que orientarán en la investigación del delito, lo cual permitirá recabar pruebas epistémicamente robustas sobre las cuales el juzgador podrá realizar su razonamiento probatorio.

4.4. En el análisis de casos concretos recomendamos que los jueces utilicen criterios de valoración psicológicos diferenciados que a su vez tengan respaldo empírico, académico y científico, de acuerdo con las últimas tendencias en psicología del desarrollo y psicología forense. De lo contrario, la solidez del razonamiento probatorio será duramente criticado en sede de apelación.

4.5. Se recomienda a los jueces penales de la República del Perú una capacitación constante en material procesal, derecho probatorio, así como en aspectos vinculados a la sexualidad infantil, memoria, lenguaje y entrevista forense. Este impulso no solo debe surgir de la propia iniciativa del juzgador, sino que debería ser obligatoria la capacitación brindada por parte del Poder Judicial para mejorar la calidad de las decisiones judiciales.

5. Propuesta de solución del problema: Acuerdo Plenario sobre criterios psicológicos diferenciados de valoración del testimonio de niños menores de 14 años

Los criterios que proponemos no son compartimentos estancos, sino que se nutren interrelacionadamente. Estos estarán disponibles para todos los jueces de la República del Perú a través de la próxima publicación de un acuerdo plenario sobre la valoración de la prueba testimonial en el delito de contactos indebidos sexuales en agravio de menores de 14 años.

5.1. Vinculados a la memoria infantil

El testimonio del niño menor de 14 años debe contener suficientes detalles para aislar el contacto sexual indebido, lo cual facilitará al acusado elaborar su estrategia de defensa. La clasificación de detalles centrales y periféricos coadyuva a tal finalidad. Los criterios de valoración sobre este tema son los siguientes:

> *El juez debe valorar si el testimonio del niño menor de 14 años brinda suficientes detalles de hechos centrales constitutivos de contactos indebidos sexuales. El testimonio del niño debe ser coherente y comprensible de acuerdo con su edad (desarrollo cognoscitivo), nivel de atención (en base a predisposiciones, intereses o conocimiento previo) y percepción (la interpretación puede recibir influencia de elementos presentes en la escena así como de conocimientos y convicciones precedentes) respecto de eventos que ocurrieron antes, durante y después del contacto indebido. Respecto de la información predelictiva, sesudamente deben valorarse las situaciones configurativas de grooming. En cuanto a la información posdelictiva, el juez ponderará si el testimonio del niño concuerda con reacciones emocionales y conductuales posteriores adaptativas y desadaptativas, de naturaleza manifiesta o encubierta.*
>
> *Si se alega error en la memoria del niño menor de 14 años, debe evaluarse si la falla recae en errores vinculados a detalles sustanciales o periféricos, siendo los últimos poco relevantes. No obstante, la presencia de detalles periféricos refuerza*

la fiabilidad del testimonio, sobre todo si la información periférica para el niño tendría connotación significativa, representa "el peor momento" o es distintiva por alguna otra razón para su mente, especialmente desde lo emocional. Una cautela debe tener el juzgador sobre este último punto: una memoria emocional, aunque sea muy fuerte, puede tener como origen mentiras, malinterpretaciones (por prejuicios o sesgos) o errores en la memoria (como el llenado de lagunas en esta).

Las incoherencias y los detalles olvidados no indican por sí mismos que el evento de contactos indebidos sexuales nunca ocurrió o que sus aspectos más cruciales fueron narrados erróneamente. Las inconsistencias pueden presentarse dentro de la declaración misma o también de una declaración a otra. Por lo tanto, para valorar las inconsistencias entre mínimo 2 declaraciones distintas proponemos lo siguiente:

La presencia de inconsistencias debe ser analizada por el juzgador como una manifestación de la persistencia en la incriminación. El juez deberá dilucidar si está frente a una contradicción o frente a una reminiscencia. En ambos casos, deberá ponderarse si la falta de uniformidad encuentra explicación en la ejecución de la entrevista forense (falta de rapport, falta de entendimiento de las expectativas de la entrevista, etc.), factores subjetivos del niño (miedo, lealtad, vergüenza, estrés, sentimiento de complicidad, etc.), manipulación de un tercero para guardar el secreto, preocupación por las consecuencias en el acusado o familiares vinculados y que, al tener mayor edad al momento de rendir nuevamente testimonio, la adquisición de consciencia de la ilicitud o significancia del contacto indebido sexual ejerce un peso relevante en la revelación de detalles inconsistentes. Sin embargo, paralelamente el juez debe considerar si el paso del tiempo, que puede aumentar o disminuir la fuerza del recuerdo, podría más bien haber alterado la huella de memoria original del niño, produciéndose una sustitución o interferencia a causa de las nuevas experiencias del niño.

Cuando deban valorarse las inconsistencias dentro de una misma declaración dada por un menor de 14 años, el análisis de esta (principalmente la transcripción de la entrevista forense) puede seguir el siguiente esquema valorativo:

Para que el juez pueda valorar las inconsistencias intradeclaración debe utilizar el siguiente método consistente en 6 pasos: a) Debe descartar los pares de pregunta-respuesta que contienen inconsistencias que fácilmente pueden explicarse por el tipo de preguntas que el entrevistador formuló; b) Debe descartar los pares de pregunta-respuesta cuando las preguntas contienen palabras o estructuras gramaticales que el niño podría no haber entendido; c) Debe anotar las discrepancias en las respuestas a preguntas formuladas de manera diferente cuando existen preguntas relacionadas que podrían haber sido interpretadas de

distintas formas por el niño; d) Debe observar los momentos en los que el niño podría haberse salido del tema (ya sea por fatiga o por dar un giro conversacional después de una pregunta difícil); e) Debe marcar las inconsistencias que podrían haber sido causadas por la confusión del niño sobre qué detalles ocurrieron en episodios individuales de eventos similares; y f) Finalmente, después de eliminar los problemas que pueden fácilmente explicarse por cuestiones rutinarias del desarrollo y la memoria, debe evaluarse el resto del testimonio del niño menor de 14 años a la luz del contexto en que ocurrieron los hechos.

5.2. Vinculados a la sugestionabilidad

El uso total o en gran parte de herramientas sugestivas (preguntas repetitivas, preguntas sugestivas, sugerencia de estereotipos negativos, invocación de presión de grupo, fomentar visualizaciones, uso de muñecos anatómicamente correctos y el uso de terapias sugestivas) en la extracción de información en menores de 14 años puede sembrar serias dudas sobre la fiabilidad de su testimonio. Sin embargo, esto no es la regla en las entrevistas forenses a niños que habrían sido víctimas de contactos indebidos sexuales, tanto en Perú como a nivel internacional.

Por otro lado, el empleo ocasional e indebido de preguntas sugestivas, conforme al estado actual de la ciencia psicológica, no permite restar de forma absoluta fiabilidad probatoria a la declaración de los menores de 14 años, sobre todo si tenemos en cuenta los aportes de Thomas D. Lyon. Por lo tanto, proponemos los siguientes criterios de valoración:

La influencia sugestiva debe ser de tal intensidad cualitativa para que el juzgador pueda concluir, después de la valoración conjunta de la prueba, que el menor se sugestionó respecto de hechos centrales constitutivos de contactos indebidos sexuales. La sugestión sobre hechos periféricos es insustancial si se tiene en cuenta que en el testimonio del menor de 14 años pueden coexistir una mezcla de afirmaciones verdaderas, mentiras y/o falsos recuerdos. En el ejercicio intelectivo, el juez debe prestar especial atención al contexto de revelación inicial (si fue espontáneo o producto de interrogatorios sugestivos y/o coercitivos), la edad cronológica (especial cuidado debe tenerse con los niños en edad preescolar), si el menor tiene alguna discapacidad en el desarrollo cognitivo, la existencia de preguntas sugestivas en la entrevista forense y su impacto en la memoria infantil –especialmente encausadas bajo el defecto del sesgo del entrevistador– y el nivel de familiaridad con el acusado.

5.3. Vinculados a la sexualidad infantil

La capacidad cognitiva del menor de 14 años en el ámbito sexual es diferenciada del adulto, porque no hay una especificidad de sensaciones que puedan catalogarse como estrictamente sexuales y las áreas de mayor sensibilidad no son las genitales. Además, el conocimiento que poseen sobre lo sexual depende de lo que hayan visto de otros, lo que han aprendido en los cuentos de hadas, la televisión, los videojuegos, las canciones y los medios de comunicación. Entonces, el criterio de valoración del testimonio que proponemos es el siguiente:

> *Los menores de 14 años narran hechos de naturaleza sexual (específicamente, contactos indebidos sexuales) porque probablemente los han vivido; salvo que pueda probarse razonablemente que el conocimiento sexual de la víctima deriva de fuente externas (amigos, televisión, internet, colegio, familia, etc.) no atribuibles al acusado. La hipótesis defensiva de "confabulación de experiencias" es aceptable siempre que: a) No existan pruebas objetivas incriminatorias que hagan poco plausible su ocurrencia; b) Se verifiquen probadas o altamente posibles influencias externas de índole sexual; c) El menor presente un relevante nivel de tendencia a la sugestionabilidad respaldado por datos empíricos; y d) El análisis contextualizado del relato infantil junto con las explicaciones del acusado siembren dudas en la incriminación.*

La perpetuada inocencia infantil ha logrado calar en la mente de muchos adultos responsables por la seguridad de los niños. Los cuidadores son quienes más pasan tiempo con estos y son quienes pueden observar con mayor facilidad su desarrollo biopsicosocial sexual. Lamentablemente, ocurren malinterpretaciones de la conducta del menor que podría significar, más bien, una normal manifestación de la sexualidad infantil. En el análisis integral del comportamiento del menor, deben tenerse presente los principales motivos que determinan al niño a comportarse sexualmente con otros: satisfacer su curiosidad, explorar su cuerpo y el del resto, imitar a otros, y buscar placer (principalmente mediante el contacto corporal).

El siguiente criterio será de mucho valor si en la entrevista forense se logra obtener un panorama completo del comportamiento del menor, no solo frente al presunto abusador sino también frente a los pares del niño o las personas que los rodean. En última instancia, si el psicólogo forense en su juicio de ponderación para evitar revictimizar al menor considera excesivo abordar estos aspectos, este criterio puede aún utilizarse para valorar la declaración del cuidador que observó el comportamiento del niño, y así atribuirle el justo peso probatorio que se merece:

> *El juzgador debe evaluar si la verbalización o conducta del menor de 14 años es una manifestación, dentro de los parámetros de la normalidad, de lo que*

constituye una sexualidad infantil saludable (autoexploración, heteroexploración con sus pares, autoerotismo, egocentrismo, etc.); o más bien resulta un aspecto errático que podría tener como origen la intromisión abusiva del acusado.

5.4. Vinculados a la entrevista forense y el lenguaje infantil

Frente a una denuncia de contactos indebidos sexuales, se suele esperar que el niño sea capaz de brindar un testimonio detallado, creíble, directo y franco, que usualmente implica que el niño traicione a alguien que ama o respecto de quien está en una situación de dependencia. Si bien en un proceso penal el Ministerio Público tiene la carga de la prueba, parece que la carga *realmente* descansa sobre los hombros del niño menor de 14 años.

En el **Recurso de Nulidad Nº 294-2017-Ancash/Primera Sala Penal Transitoria [Ponente Salas Arenas]**, de fecha 24.04.2018, la Corte Suprema argumentó que "si la declaración no es uniforme en su textura interna (coherencia y solidez), no es posible connotarla como persistente y, de este modo, no podría otorgársele convicción de verosimilitud" (Fundamento 2.13º). Es decir, las pruebas corroboradoras deben ser canalizadas a través de una versión congruente fáctica y temporalmente con los hechos enjuiciados. Por lo tanto, si el niño es incapaz de brindar un testimonio con dichas características, el enjuiciamiento será en vano.

El libro compilado titulado "*Seeking justice in child sexual abuse. Shifting burdens and sharing responsabilities*"[68], publicado en el año 2009, tiene un mensaje profundo: si bien la revelación del ASI por parte del niño es esencial para iniciar la investigación penal, es responsabilidad de los adultos: a) Crear ambientes seguros que faciliten que los niños revelen sus experiencias de una forma legalmente creíble; b) Persuadir a los sospechosos a que confiesen (lo que minimizaría las demandas legales adicionales en las narrativas de los niños); c) Minimizar el número de veces que los niños narren su victimización sexual; y d) Explicar a los juzgadores los procesos comunes que ocurren en las narrativas de los niños al revelar el ASI, con el objetivo de disminuir los intentos de desacreditar estas narrativas. En otras palabras, la responsabilidad de construir narrativas legalmente creíbles de casos de ASI debe ser sistemáticamente desplazada de los niños víctimas hacia los adultos encargados de investigar estos casos, y en última instancia hacia los perpetradores (Buch, 2009, pp. 191-192).

Si hemos captado correctamente el mensaje, entonces consideramos firmemente que el testimonio del niño, *en sí mismo considerado*, debe tener una relevancia de segundo

[68] El título de este libro lo traducimos de la siguiente manera: "*Buscando justicia en el abuso sexual infantil. Redistribuyendo cargas y compartiendo responsabilidades*".

orden[69], porque lo relevante de primer orden será que el juez valore el desempeño del psicólogo forense durante la entrevista forense. Este desempeño estará conectado con la calidad del testimonio brindado por el menor entrevistado. Es decir, sobre la espalda del *adulto* psicólogo forense, a través de las preguntas que formule, descansa la responsabilidad de asegurar que el testimonio/narrativa del niño menor de 14 años cumpla con los criterios necesarios que aseguren una sentencia condenatoria (cuando lo amerite). En la labor de formulación de preguntas, de acuerdo con su propia hipótesis de ocurrencia del objeto de enjuiciamiento, pueden contribuir el resto de los *adultos* litigantes, especialmente el fiscal, el abogado defensor y la defensa del actor civil.

Indudablemente, hay una ligazón única entre las preguntas formuladas y las respuestas brindadas. Ya Jean Piaget advirtió ello hace muchas décadas cuando en sus experimentos científicos algunos niños no entendían correctamente las preguntas que se les formulaban, lo que ocasionaba que brinden respuestas erróneas. Aunque la preocupación principal de Jean Piaget no estaba centrada en la lucha contra el ASI, partiendo de este cimiento teórico proponemos los siguientes criterios de valoración probatoria:

> *El juez puede confiar razonablemente en que las respuestas dadas por el niño menor de 14 años son verosímiles siempre que el psicólogo forense haya ejecutado una entrevista conforme a los últimos avances científicos en la ciencia de la conversación, es decir, si ha hecho valer en el caso concreto:*
>
> *a) A lo largo de la entrevista forense: rol neutral no sesgado mediante el trabajo de hipótesis alternativas, formulación de preguntas apropiadas al desarrollo cognoscitivo del entrevistado (de acuerdo con su ubicación en algunas de las etapas propuestas por Jean Piaget, específicamente si es un niño preoperacional, de operaciones concretas o de operaciones formales), adaptación a las necesidades del individuo concreto, ejecución de la entrevista en un lugar "amigable" para el niño, entrevistas de duración limitada y cultivo de la paciencia y escucha activa.*
>
> *b) Durante la fase inicial de la entrevista forense: construcción de rapport (que puede reforzarse en otro momento cuando sea necesario), evaluación de la capacidad moral del menor, entrenamiento del menor en su capacidad narrativa mediante la discusión de tópicos neutrales (lo cual repercute en la valoración de*

[69] Siendo rigurosos, en virtud de la libertad de prueba (artículo 157 CPP), no es necesaria la declaración de la víctima para lograr una condena contra un presunto abusador sexual de niños. Nuestra Corte Suprema, a través de la **Casación N° 226-2024-Ica**, de fecha 16.07.2024, respaldó esta postura. Sin embargo, en el presente caso, hubo una multiplicidad de pruebas que corroboraron el testimonio de la niña víctima (7 años) que, por una aplicación excesivamente formalista de las reglas de prueba anticipada, fue excluido del proceso penal en segunda instancia. ¿Esta es la realidad de la mayoría de los delitos sexuales en agravio de niños menores de 14 años? No, la regla es que hay escasez de pruebas, por lo que la declaración de la víctima es esencial. Si ello es así, entonces como adultos debemos ayudarla a declarara bajo condiciones óptimas.

su capacidad cognoscitiva) e instrucción del menor en las "Reglas Básicas" (junto con la puesta en práctica de estas).

c) Durante la fase central de la entrevista forense: introducción del tópico de contactos indebidos sexuales de forma prudente, recolección de detalles esenciales formulando preguntas bajo el "Enfoque del Embudo" (esencialmente, debe valorarse si las preguntas fueron adecuadamente formuladas al abordarse conceptos complejos como la edad, dimensión, parentesco/afinidad, número y tiempo), seguidas de la respectiva clarificación.

d) Durante la fase final de la entrevista forense: cierre positivo donde el niño tenga la oportunidad de agregar lo que considere conveniente.

En todo caso, cualquier apartamiento (no puesta en práctica) debe haber sido justificado adecuadamente; de lo contrario, se pueden sembrar dudas en la fiabilidad del testimonio del niño, niña o adolescente.

6. Consecuencias de la implementación de la propuesta

La consecuencia inmediata de la propuesta de incorporación de criterios de valoración probatoria diferenciados de origen psicológico es la generación de seguridad jurídica al momento de juzgar el delito de contactos indebidos sexuales en el sistema de justicia penal peruano.

Asimismo, los criterios indicados no solo desplegarán sus efectos en juicio oral, sino que los litigantes al saber qué es lo que el juez prevé valorar, adecuarán sus estrategias investigativas con el objetivo de recabar los insumos fácticos necesarios durante la etapa de investigación preparatoria sobre los cuales el juzgador realizará su razonamiento probatorio en la etapa correspondiente.

Finalmente, el uso de estos criterios de valoración obliga a los jueces del Perú (y a los demás operadores jurídicos) a capacitarse en temas de memoria infantil y psicología del desarrollo, no para flexibilizar la rigurosidad en la valoración de la prueba testimonial, sino para darle el justo valor de acuerdo con los avances científicos en la materia.

7. Beneficios que aporta la propuesta

Los criterios de valoración propuestos generarán predictibilidad en el sistema de justicia penal cuando se juzguen casos de contactos indebidos sexuales, así como la minimización de errores al valorar la prueba testimonial.

La satisfacción de la tutela jurisdiccional efectiva de la víctima vulnerable menor de 14 años, quien participará en igualdad de condiciones dentro del proceso penal al ser su voz oída y adecuadamente considerada al resolver el caso concreto.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

Alagbe, F. (2023). *How to Talk to Your Child About Sex Without Shame*. Cornerstone Publishing.

Álvarez, F. (2018b). El testimonio infantil: técnicas de obtención y evaluación de su credibilidad. En G. Varona (Dir.ª), *Victimología: En busca de un enfoque integrador para repensar la intervención con víctimas* (pp. 433-458). Aranzadi.

Anastasía, P. (2018). Gestiones de la (a)sexualidad infantil. Una lectura del campo de investigaciones de las ciencias sociales en el ámbito latinoamericano, *Civitas: Revista De Ciências Sociais 18*(1), 138-152. http://dx.doi.org/10.15448/1984-7289.2018.1.28420

Angulo, P. (2020). Capacidad para rendir testimonio. En M. Muro y E. Villegas (Coords.), *Código Procesal Penal Comentado* (1ra. ed., T. II, pp. 210-216). Gaceta Jurídica.

Arana, W. (2014). *Manual de Derecho Procesal Penal para operadores jurídicos del nuevo sistema procesal penal acusatorio garantista*. Gaceta Jurídica.

Arantegui, L. (2022). El uso de cámaras Gesell con niños: derechos humanos y victimización secundaria. *Revista de Victimología, 13*(1), 35-64. https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/8508860.pdf

Arbulú, V. (2015a). *Derecho Procesal Penal. Un enfoque doctrinario y jurisprudencial* (T. I). Gaceta Jurídica.

Arbulú, V. (2015b). *Derecho Procesal Penal. Un enfoque doctrinario y jurisprudencial* (T. II). Gaceta Jurídica.

Arbulú, V. (2019). *Delitos sexuales en agravio de menores de edad*. Gaceta Jurídica.

Armenta, T. (2018). *Lecciones de derecho procesal penal* (13ra ed.). Marcial Pons.

Asquith, N. & Bartkowiak-Théron, I. (2021). *Policing practices and vulnerable people*. Palgrave Macmillan.

Avendaño, W., Rueda, G. y Casadiego, Y. (2023). Hacia una comprensión de la educación ecológica de la sexualidad, *Perspectivas 8*(1), 203-222. https://doi.org/10.22463/25909215.4133

Balcells, M. y Tamarit, J. (2021). ¿*Nosotros estamos haciendo esto*? Percepción del fenómeno de los abusos sexuales de menores por una muestra de clérigos. En J. Tamarit (Coord.), *Abusos sexuales en la Iglesia Católica: Análisis del problema y de la respuesta jurídica e institucional* (pp. 71-106). Aranzadi.

Barraca, J. (2019). El ser humano como sujeto vulnerable. En A. Roldán (Dir.ª), *La persona en el S. XXI. Una visión desde el derecho* (pp. 143-152). Aranzadi.

Belli, R. (2016). Toward Reconciliation of the True and False Recovered Memory Debate. In R. Burnett (Ed.), *Wrongful Allegations of Sexual and Child Abuse* (pp. 255-270). Oxford University Press.

Bennett, N. & O'Donohue, W. (2016). Child Abuser's Threats and Grooming Techniques. In W. O'Donohue & M. Fanetti (Eds.), *Forensic Interviews Regarding Child Sexual Abuse. A Guide to Evidence-Based Practice* (pp. 307-316). Springer International Publishing.

Benuto, L. & Garrick, J. (2016). Cultural Considerations in Forensic Interviewing of Children. In W. O'Donohue & M. Fanetti (Eds.), *Forensic Interviews Regarding Child Sexual Abuse. A Guide to Evidence-Based Practice* (pp. 351-364). Springer International Publishing.

Bradley, A., Legerski, J., Thomas, K. & Matson, K. (2016). Truth, Lies, and Recantation. In W. O'Donohue & M. Fanetti (Eds.), *Forensic Interviews Regarding Child Sexual Abuse. A Guide to Evidence-Based Practice* (pp. 293-305). Springer International Publishing.

Buch, E. (2010). Shifting the Narrative Burden Throughout Investigations and Prosecutions of Child Sexual Abuse. In K. Staller & K. Faller (Eds.), *Seeking Justice in Child Sexual Abuse. Shifting Burdens and Sharing Responsibilities* (pp. 166-193). Columbia University Press.

Bujosa, L. (2019). El menor como víctima. En A. González (Coord.ª), *Proceso penal y víctimas especialmente vulnerables. Aspectos interdisciplinares* (pp. 27-48). Aranzadi.

Bull, R. & Milne, B. (2020). Recommendations for collecting event memory evidence. In J. Pozzulo; E. Pica & C. Sheahan (Eds.), *Memory and Sexual Misconduct. Psychological Research for Criminal Justice* (pp. 198-222). Routledge.

Burnett, R. (2016). Wrongful Allegations of Sexual and Child Abuse: A Neglected and Expanding Category of Injustice. In R. Burnett (Ed.), *Wrongful Allegations of Sexual and Child Abuse* (pp. 3-15). Oxford University Press.

Bussey, K.; Lee, K. & Grimbeek, E. (1992). Lies and Secrets: Implications for Children's Reporting of Sexual Abuse. In G. Goodman & B. Bottoms (Eds.), *Child Victims, Child Witnesses. Understanding and Improving Testimony* (pp. 147-168). The Guilford Press.

Cashmore, J. (2002). Innovative Procedures for Child Witnesses. In H. Westcott; G. Davies & R. Bull (Eds.), *Children's Testimony. A Handbook of Psychological Research and Forensic Practice* (pp. 203-217). Wiley.

Cavanagh, T. & Friend, C. (1995). Assessing Young Children's Sexual Behaviors in the Context of Child Sexual Abuse Evaluations. In T. Ney (Ed.), *True and False Allegations of Child Sexual Abuse. Assessment and Case Management* (pp. 49-72). Brunner/Mazel Publishers.

Ceci, S.; Hritz, A. & Royer, C. (2016). Understanding Suggestibility. In W. O'Donohue & M. Fanetti (Eds.), *Forensic Interviews Regarding Child Sexual Abuse. A Guide to Evidence-Based Practice* (pp. 141-153). Springer International Publishing.

Cerda, R. (2020). Razonamiento probatorio y perspectiva de género en el juzgamiento penal. En E. Alejos (Dir.), *Razonamiento Probatorio en materia penal del tercer milenio* (pp. 501-541). Ideas.

Chaia, R. (2020). *La prueba en el proceso penal* (2da ed., 2da reimp.). Hammurabi.

Chancellor, A. (2022). *Investigating Sexual Assault Cases (2nd. ed.*). CRC Press.

Chenier, K., Milne, R., Smith, K. & Snook, B. (2021). Interviewing Adult Complainants in Sexual Assault Cases. In N. Deslauriers-Varin & C. Benell (Eds.), *Criminal Investigations of Sexual Offenses. Techniques and Challenges* (pp. 67-84). Springer Nature Switzerland.

Compte, Mª. (2021). Procesos de Victimización primaria y secundaria por abusos sexuales perpetrados en entornos de la Iglesia católica en España: un estudio basado en entrevistas a mujeres. En J. Tamarit (Coord.), *Abusos sexuales en la Iglesia Católica: Análisis del problema y de la respuesta jurídica e institucional* (pp. 175-197). Aranzadi.

Contreras, C. (2015). *La valoración de la prueba de interrogatorio*. Marcial Pons.

Costanzo, M. & Krauss, D. (2021). *Forensic and Legal Psychology. Psychological Science Applied to Law* (4th ed.). Worth Publishers.

Cyr, M. (2022). *Conducting interviews with child victims of abuse and witnesses of crime. A practical guide*. Routledge.

Daly, K. (2016). The Purpose of the Forensic Interview: A Lawyer's Perspective. In W. O'Donohue & M. Fanetti (Eds.), *Forensic Interviews Regarding Child Sexual Abuse. A Guide to Evidence-Based Practice* (pp. 19-39). Springer International Publishing.

Davies, G.; Bull, R. & Milne, R. (2016). Analyzing and Improving the Testimony of Vulnerable Witnesses Interviewed under the 'Achieving Best Evidence' Protocol. In P. Radcliffe; G. Gudjonsson; A. Heaton-Armstrong & D. Wolchover (Eds.), *Witness Testimony in Sexual Cases. Evidential, Investigative and Scientific Perspectives* (pp. 207-219). Oxford University Press.

Davis, D. & Leo, R. (2016). When Exoneration Seems Hopeless: The Special Vulnerability of Sexual Abuse Suspects to False Confession. In R. Burnett (Ed.), *Wrongful Allegations of Sexual and Child Abuse* (pp. 175-190). Oxford University Press.

Deck, S.; Quas, J. & Powell, M. (2024). Unique Considerations for Forensic Interviews With Adolescents: An Exploration of Expert Interviewers' Perspectives. *Child Maltreatment, 0*(0), 1-13. https://doi.org/10.1177/10775595241270046

Defaz, Y.; Cañizares, L. y Constante, M. (2019). Conductas sexuales y emocionales infantiles. *Revista Boletín Redipe*, *8*(11), 124–134. https://doi.org/10.36260/rbr.v8i11.858

De Paula, V. (2020). Las dos caras del error en la decisión judicial sobre los hechos en el proceso penal o cuántos culpables absueltos equivalen a un inocente condenado. En E. Alejos (Dir.), *Razonamiento Probatorio en materia penal del tercer milenio* (pp. 543-569).

DeYoung, M. (2016). Demons, Devils, and Ritual Abuse. Interdisciplinary Perspectives. In R. Burnett (Ed.), *Wrongful Allegations of Sexual and Child Abuse* (pp. 31-41). Oxford University Press.

Dike, C. & Kapoor, R. (2016). Pathological Lying. In P. Radcliffe; G. Gudjonsson; A. Heaton-Armstrong & D. Wolchover (Eds.), *Witness Testimony in Sexual Cases. Evidential, Investigative and Scientific Perspectives* (pp. 375-388). Oxford University Press.

Diniz, C. (2020). Sobre la inconstitucionalidad de algunas limitaciones a las pruebas consideradas sospechosas. En E. Alejos (Dir.), *Razonamiento Probatorio en materia penal del tercer milenio* (pp. 47-70). Ideas.

Duke, M.; Uhl, E.; Price, H. & Wood, J. (2016). Avoiding Problems in Child Abuse Interviews and Investigations. In W. O'Donohue & M. Fanetti (Eds.), *Forensic Interviews Regarding Child Sexual Abuse. A Guide to Evidence-Based Practice* (pp. 219-236). Springer International Publishing.

Earhart, B.; La Rooy, D. & Lamb, M. (2016). Assessing the Quality of Forensic Interviews with Child Witnesses. In W. O'Donohue & M. Fanetti (Eds.), *Forensic Interviews Regarding Child Sexual Abuse. A Guide to Evidence-Based Practice* (pp. 317-335). Springer International Publishing.

El Peruano (2023, 22 de septiembre). Muchos jóvenes se inician sexualmente de forma temprana sin una adecuada orientación. *El Peruano*. https://www.elperuano.pe/noticia/223628-muchos-jovenes-se-inician-sexualmente-de-forma-temprana-sin-una-adecuada-orientacion

Escobar, C. (2022). *Cámara Gesell. Su uso en los delitos de violación sexual de menores como medio de prueba*. Editorial Nomos & Thesis.

Espinoza, J. y Remuzgo, J. (2022). La prueba en delitos de tocamientos indebidos en menores de edad distrito, de Comas 2021 [Tesis para obtener el título profesional de Abogados en la Facultad de Derecho y Humanidades de la Universidad César Vallejo]. E-archivo. https://repositorio.ucv.edu.pe/handle/20.500.12692/97801

Etzioni, A. (2012). *The limits of privacy* [Los límites de la privacidad]. (A. López, Trad.; J. Ramón, Rev.). En Colección Actualidad Criminológica y Penal (José Ramón Agustina (Dir.), Vol. 5, pp. 67-117). Editorial B de f (Trabajo original publicado en 2000).

Faller, K. (2010). Investigation of Child Sexual Abuse. Interviewing Victims and Interrogating Suspects. In K. Staller & K. Faller (Eds.), *Seeking Justice in Child Sexual Abuse. Shifting Burdens and Sharing Responsibilities* (pp. 89-112). Columbia University Press.

Faller, K. (2016). Disclosure Failures: Statistics, Characteristics, and Strategies to Address Them. In W. O'Donohue & M. Fanetti (Eds.), *Forensic Interviews Regarding Child Sexual Abuse. A Guide to Evidence-Based Practice* (pp. 123-139). Springer International Publishing.

Faller, K. (2021). Investigative Interviewing of Children in Sex Abuse Cases. In N. Deslauriers-Varin & C. Benell (Eds.), *Criminal Investigations of Sexual Offenses. Techniques and Challenges* (pp. 85-97). Springer Nature Switzerland.

Fanetti, M. & Boles, R. (2004). Forensic interviewing and assessment issues with children. In W. O'Donohue & E. Levensky (Eds.), *Handbook of forensic psychology* (pp. 245–265). Elsevier Academic.

Ferrer, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Marcial Pons.

Ferrer, J. (2016). *Motivación y racionalidad de la prueba*. Grijley.

Figueruelo, Á. (2019). Constitución y Menores. Colectivo en situación de especial vulnerabilidad. En A. González (Coord.ª), *Proceso penal y víctimas especialmente vulnerables. Aspectos interdisciplinares* (pp. 69-86). Aranzadi.

Fondren, R. (2016). The Process of Disclosure for Child Victims. In W. O'Donohue & M. Fanetti (Eds.), *Forensic Interviews Regarding Child Sexual Abuse. A Guide to Evidence-Based Practice* (pp. 107-122). Springer International Publishing.

Fonseca, A. (2020). El interés superior del menor y su incidencia en el proceso penal de menores. Un análisis del conflicto de intereses en el proceso de violencia de género entre menores. En S. Álvarez (Coord.), *Los llamados colectivos vulnerables en el proceso penal: De la teoría a la práctica* (pp. 197-243). Reus.

Furedi, F. (2016). Moral Crusaders, Child Protection, Celebrities, and the Duty to Believe. In R. Burnett (Ed.), *Wrongful Allegations of Sexual and Child Abuse* (pp. 42-53). Oxford University Press.

Gaitán, N. (2021). Valoración del testimonio de menores de catorce años víctimas del delito de acto sexual en Colombia [Tesis para obtener el posgrado de Magíster en Derecho Procesal Penal por la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada]. E-archivo. https://repository.umng.edu.co/bitstreams/48bea788-59e9-4524-9219-da06835bc66d/download

Germán, I. (2018). Menores victimarios y menores víctimas: consideraciones jurídicas, criminológicas y victimológicas en torno a la respuesta ante la victimización de menores. En G. Varona (Dir.ª), *Victimología: En busca de un enfoque integrador para repensar la intervención con víctimas* (pp. 311-336). Aranzadi.

Germán, I. (2022). El concepto de víctima y su evolución normativa: una aproximación crítica desde la victimología. En L. Pego (Dir.ª), *Víctimas y derechos: tratamiento normativo, programas de justicia restaurativa y de justicia transicional* (pp. 13-30). Aranzadi.

Gimeno, V. (2015). *Derecho Procesal Penal* (2da ed.). Aranzadi.

Goldfarb, D & Mindthoff, A (2020). Often but not always. When Does Age at the Time of Event Predict Memory for Sexual Violence? In J. Pozzulo; E. Pica & C. Sheahan (Eds.), *Memory and Sexual Misconduct. Psychological Research for Criminal Justice* (pp. 71-99). Routledge.

Goodyear-Smith, F. (2016). Why and How False Allegations of Abuse Occur: An Overview. In R. Burnett (Ed.), *Wrongful Allegations of Sexual and Child Abuse* (pp. 99-117). Oxford University Press.

Graffam, A. (2013). *Handbook on Questioning Children. A Linguistic Perspective* (3rd ed.). American Bar Association.

Green, A. (2014). Overview of Normal Psychosexual Development. In D. Schetky & A. Green, *Child Sexual Abuse. A Handbook for Health Care and Legal Professionals* (pp. 5-18). Routledge.

Guardamino, B. (2024, 03 de febrero). Cámaras Gesell para atención de casos de violencia contra menores: solo hay 108 operativas en Perú y el 47% tiene fallas. *Infobae*. https://www.infobae.com/peru/2024/02/03/camaras-gesell-para-atencion-de-casos-de-violencia-contra-menores-solo-hay-108-operativas-en-peru-y-el-47-tiene-fallas/

Heaton-Armstrong, A.; Seán, H.; Wolchover, D. & Keleher, P. (2016). Disclosure Issues in the Investigation and Trial of Allegations of Sexual Assault. In P. Radcliffe; G. Gudjonsson; A. Heaton-Armstrong & D. Wolchover (Eds.), *Witness Testimony in Sexual*

Cases. Evidential, Investigative and Scientific Perspectives (pp. 39-55). Oxford University Press.

Hebenton, B. & Seddon, T. (2016). Making Accusations: Precautionary Logic and Embedded Suspicion in an Insecure and Uncertain World. In R. Burnett (Ed.), *Wrongful Allegations of Sexual and Child Abuse* (pp. 82-95). Oxford University Press.

Herman, S. (2016). Reducing Harm Resulting from False Allegations of Child Sexual Abuse: The Importance of Corroboration. In R. Burnett (Ed.), *Wrongful Allegations of Sexual and Child Abuse* (pp. 227-241). Oxford University Press.

Hewson, B. (2016). The Compensations of Being a Victim. In R. Burnett (Ed.), *Wrongful Allegations of Sexual and Child Abuse* (pp. 118-128). Oxford University Press.

Huang, C. (2021). Expert Biases in Criminal Investigations of Sexual Offenses. In N. Deslauriers-Varin & C. Benell (Eds.), *Criminal Investigations of Sexual Offenses. Techniques and Challenges* (pp. 179-192). Springer Nature Switzerland.

Ibaceta, F.; Plaza, V. y Poulsen G. (2020). Apego y sexualidad: una revisión a partir de la experiencia clínica, *Vincularte. Revista Clínica y Psicosocial 5*(5), 22-36. https://revistavincularte.cl/index.php/ojs/article/view/33/88

Intebi, I. (2008). *Valoración de sospechas de abuso sexual infantil*. Dirección General de Políticas Sociales del Gobierno de Cantabria. https://www.serviciossocialescantabria.org/uploads/documentos%20e%20informes/sospechasAbusoInfantil.pdf

Jarkovská, L. & Lamb, S. (2019). Not Innocent, but Vulnerable. In S. Lamb & J. Gilbert (Eds.), *The Cambridge Handbook of Sexual Development. Childhood and Adolescence* (pp. 76-93). Cambridge University Press.

Jauchen, E. (2005). *Derechos del imputado*. Rubinzal Culzoni Editores.

Jeglic, E. & Calkins, C. (2022). *Protecting your child from sexual abuse. What you need to know to keep your kids safe* (2nd ed.). Skyhorse Publishing.

Johnson, J.; McWilliams, K.; Goodman, G.; Shelley, A. & Piper, B. (2016). Basic Principles of Interviewing the Child Eyewitness. In W. O'Donohue & M. Fanetti (Eds.), *Forensic Interviews Regarding Child Sexual Abuse. A Guide to Evidence-Based Practice* (pp. 179-195). Springer International Publishing.

Kenny, D. (2018). *Children, Sexuality and Child Sexual Abuse*. Routledge.

King-Hill, S.; McCartan, K.; Gilsenan, A.; Beavis J. & Adams, A. (2023). Understanding and Responding to Sibling Sexual Abuse. Palgrave Macmillan.

Krueger, M. (2016). Forensic Interviewing and Charging: A Prosecutor's Perspective. In W. O'Donohue & M. Fanetti (Eds.), *Forensic Interviews Regarding Child Sexual Abuse. A Guide to Evidence-Based Practice* (pp. 57-79). Springer International Publishing.

Lamb, S.; White, L. & Plocha, A. (2019). Are Children Sexual? In S. Lamb & J. Gilbert (Eds.), *The Cambridge Handbook of Sexual Development. Childhood and Adolescence* (pp. 17-34). Cambridge University Press.

Laney, C. & Loftus, E. (2016). History of Forensic Interviewing. In W. O'Donohue & M. Fanetti (Eds.), *Forensic Interviews Regarding Child Sexual Abuse. A Guide to Evidence-Based Practice* (pp. 1-17). Springer International Publishing.

Lyon, T. (1999). The new wave of suggestibility research: A critique. *Cornell Law Review, 84*(4), 1004-1087. https://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol84/iss4/3/

Maier, J. (2016). *Derecho Procesal Penal: Fundamentos* (T. I). Ad Hoc.

MacLeod, K. (2016). Working with the multidisciplinary team. In W. O'Donohue & M. Fanetti (Eds.), *Forensic Interviews Regarding Child Sexual Abuse. A Guide to Evidence-Based Practice* (pp. 41-56). Springer International Publishing.

Martínez, R. y Reyes, S. (2022). Infantilización, educastración y deseo: pensar lo *queer* en la pedagogía, *La ventana. Revista de Estudios de Género 56*(1), 10-44. https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-94362022000200010

Mazzoni, G. (2010). Si può credere a un testimone? La testimonianza e le trappole della memoria [¿Se puede creer a un testigo? El testimonio y las trampas de la memoria]. (J. Revuelta, Trad.). En Colección Estructuras y Procesos. Serie Psicología. Editorial Trotta (Trabajo original publicado en 2003).

Menéndez, M. (2016). Sin noticias de la LOPIVG: los medios de comunicación y la publicidad una década después de la aprobación de la *Ley Integral*. En A. Romero (Dir.ª y Coord.ª) y C, Rodríguez (Coord.ª), *La protección de la víctima de violencia de género. Un estudio multidisciplinar tras diez años de la aprobación de la Ley Orgánica 1/2004* (pp. 107-135). Aranzadi.

Miller, Q. & London, K. (2020). Forensic implications of delayed reports from child witnesses. In J. Pozzulo; E. Pica & C. Sheahan (Eds.), *Memory and Sexual Misconduct. Psychological Research for Criminal Justice* (pp. 100-131). Routledge.

Mills, K. & Bukowski, W. (2013). Sexual Development. In D. Bromberg & W. O'Donohue (Eds.), *Handbook of Child and Adolescent Sexuality. Developmental and Forensic Psychology* (pp. 115-144). Academic Press.

Moore, A. (2019). Toward a Central Theory of Childhood Sexuality. A Relational Approach. In S. Lamb & J. Gilbert (Eds.), *The Cambridge Handbook of Sexual Development. Childhood and Adolescence* (pp. 35-53). Cambridge University Press.

Moore, A. & Reynolds, P. (2018). *Childhood and Sexuality: Contemporary Issues and Debates*. Palgrave Macmillan.

Muela, K. (2023). La valoración de la prueba en los casos de abuso sexual. Problemas relacionados a la interpretación judicial [Tesis para obtener el Posgrado de Maestra en Derecho Penal por la Universidad Andina Simón Bolívar]. E-archivo. https://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/9621

Nahari, G. (2016). Advances in Lie Detection: Limitations and Potential for Investigating Allegations of Abuse. In R. Burnett (Ed.), *Wrongful Allegations of Sexual and Child Abuse* (pp. 242-254). Oxford University Press.

Navarro, C.; Knight, T.; Sharman, S. & Powell, M. (2019). Challenges in translating interview protocols for alleged child victims of sexual abuse to different languages: A case study. *Child Abuse & Neglect, 94*(1), 1-10. https://doi.org/10.1016/j.chiabu.2019.104033

Navarro, V. (2021). Derechos de la infancia y adolescencia frente a la violencia. En M. Calzadilla (Dir.ª) y C. Hernández (Coord.ª), *Estudios jurídicos sobre la eliminación de la violencia ejercida contra la infancia y la adolescencia* (pp. 115-143). Aranzadi.

Neyra, J. (2015). *Tratado de Derecho Procesal Penal* (T. I). IDEMSA.

Nieva, J. (2010). *La valoración de la prueba*. Marcial Pons.

North, N. & Thompson, S. (2016). Neurological Memory Disorders. In P. Radcliffe; G. Gudjonsson; A. Heaton-Armstrong & D. Wolchover (Eds.), *Witness Testimony in Sexual Cases. Evidential, Investigative and Scientific Perspectives* (pp. 325-342). Oxford University Press.

O'Donohue, W. & Cirlugea, O. (2016). How Often Do Children Lie About Being Sexually Abused? In W. O'Donohue & M. Fanetti (Eds.), *Forensic Interviews Regarding Child Sexual Abuse. A Guide to Evidence-Based Practice* (pp. 275-292). Springer International Publishing.

O'Donohue, W.; Cirlugea, O.; Bennett, N. & Benuto, L. (2016). Psychological and Investigative Pathways to Untrue Allegations of Child Sexual Abuse. In W. O'Donohue & M. Fanetti (Eds.), *Forensic Interviews Regarding Child Sexual Abuse. A Guide to Evidence-Based Practice* (pp. 257-273). Springer International Publishing.

Orbach, Y. & Pipe, M. (2011). Investigative Substantive Issues. In M. Lamb, D. La Rooy, L. Malloy & C. Katz (Eds.), *Children's Testimony. A Handbook of Psychological Research and Forensic Practice* (2nd. ed., pp. 147-164). Wiley-Blackwell.

Oré, A. (2016a). *Derecho Procesal Penal peruano. Análisis y comentarios al Código Procesal Penal* (T. I). Gaceta Jurídica.

Oré, A. (2016b). *Derecho Procesal Penal peruano. Análisis y comentarios al Código Procesal Penal* (T. II). Gaceta Jurídica.

Ost, J. & French, C. (2016). How Misconceptions about Memory may Undermine Witness Testimony. In P. Radcliffe; G. Gudjonsson; A. Heaton-Armstrong & D. Wolchover (Eds.), *Witness Testimony in Sexual Cases. Evidential, Investigative and Scientific Perspectives* (pp. 361-373). Oxford University Press.

Oxburgh, G. & Hynes, I. (2016). Investigative Practice. In P. Radcliffe; G. Gudjonsson; A. Heaton-Armstrong & D. Wolchover (Eds.), *Witness Testimony in Sexual Cases. Evidential, Investigative and Scientific Perspectives* (pp. 221-233). Oxford University Press.

Papalia, D. y Martorell, G. (2021). *Desarrollo humano* (G. Padilla y S. Olivares, Trad.; 14.ª ed.). McGraw Hill (Trabajo original publicado en 2021).

Parra, P. (2016). *Educación sexual en niños y niñas de 0 a 6 años* [Trabajo de fin de grado, Universidad de Valladolid]. E-archivo. https://uvadoc.uva.es/bitstream/10324/17725/1/TFG-H448.pdf

Páucar, M. (2020). La valoración de la declaración de la víctima en los delitos de violación sexual desde la perspectiva de género. En E. Alejos (Dir.), *Razonamiento Probatorio en materia penal del tercer milenio* (pp. 421-436). Ideas.

Payá, C. y Delgado, J. (2021). Violencia de género en los jóvenes. Factores de protección frente a la violencia de género. En V. Rodríguez (Dir.), *Vulnerabilidad de las víctimas desde la perspectiva de género. Una visión criminológica* (pp. 69-84). Dykinson.

Pereda, N.; Segura, A. y Sicilia, L. (2021). Abuso sexual infantil por parte de representantes de la Iglesia Católica en España: características, consecuencias en la fe y salud mental de sus víctimas. En J. Tamarit (Coord.), *Abusos sexuales en la Iglesia Católica: Análisis del problema y de la respuesta jurídica e institucional* (pp. 29-69). Aranzadi.

Piaget, J. e Inhelder, B. (2015). *La Psychologie de l'enfant* [Psicología del niño] (J. Delval y P. Lomelí, Trad. y Rev.; 18va ed.). Colección Raíces de la Memoria. Ediciones Morata (Trabajo original publicado en 1969).

Pizarro, M. (2019). *La Prueba en los Delitos Sexuales. Desde la doctrina y la jurisprudencia* (2da. ed.). Editorial Iustitia.

Poole, D. & Dickinson, J. (2024). *Interviewing Children. The Science of Conversation in Forensic Contexts* (2nd ed.). American Psychological Association.

Pujol, D. y Salomoni, C. (2021). Selección victimal mediante el lenguaje corporal. En V. Rodríguez (Dir.), *Vulnerabilidad de las víctimas desde la perspectiva de género. Una visión criminológica* (pp. 375-388). Dykinson.

Pulido, J. (2024). Problemas probatorios en delitos sexuales: máximas de experiencia, estándar penal de convicción y testimonio único de la víctima [Tesis para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile]. E-archivo. https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/201675

Quirola, M. y Jaramillo, C. (2020). Construcción de la sexualidad infantil en el ambiente familiar. *Cátedra*, *3*(2), 52–72. https://doi.org/10.29166/catedra.v3i2.2184

Radcliffe, P. (2016). Defending Serious Sexual Assault: Ethical and Effective Advocacy. In P. Radcliffe; G. Gudjonsson; A. Heaton-Armstrong & D. Wolchover (Eds.), *Witness Testimony in Sexual Cases. Evidential, Investigative and Scientific Perspectives* (pp. 131-149). Oxford University Press.

Radcliffe, P. & Gudjonsson, G. (2016). Witness Testimony: Vulnerabilities, Context, and Issues. In P. Radcliffe; G. Gudjonsson; A. Heaton-Armstrong & D. Wolchover (Eds.), *Witness Testimony in Sexual Cases. Evidential, Investigative and Scientific Perspectives* (pp. 11-24). Oxford University Press.

Ramírez, J. (2020). El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género. En *Quaestio Facti. Revista Internacional Sobre Razonamiento Probatorio*, (1), 201–246. https://doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i0.22288

Reifarth, W. (2019). Discriminación múltiple y colectivos especialmente vulnerables. En A. González (Coord.ª), *Proceso penal y víctimas especialmente vulnerables. Aspectos interdisciplinares* (pp. 117-142). Aranzadi.

Reisberg, D. & Heuer, F. (2020). Emotion's (varied) impact on memory for sexual misconduct. In J. Pozzulo; E. Pica & C. Sheahan (Eds.), *Memory and Sexual Misconduct. Psychological Research for Criminal Justice* (pp. 7-41). Routledge.

Robinson, K. & Davies, C. (2019). A Sociological Exploration of Childhood Sexuality. A Discursive Analysis of Parents' and Children's Perspectives. In S. Lamb & J. Gilbert (Eds.), *The Cambridge Handbook of Sexual Development. Childhood and Adolescence* (pp. 54-75). Cambridge University Press.

Rocha, M. (2019). Lo justo como don. Reflexiones éticas en torno a la justicia y nuestra originalidad vulnerable. En A. Roldán (Dir.ª), *La persona en el S. XXI. Una visión desde el derecho* (pp. 153-162). Aranzadi.

Rodríguez, A. (2021). *Vulnerabilidad y proceso penal de menores por delitos sexuales. Doctrina y jurisprudencia. (Adaptación a la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia)*. Aranzadi.

Rodríguez, J. y Moya, A. (2023). Carga de la prueba en el delito de tocamientos indebidos por los operadores de justicia del distrito judicial de Ucayali en el año 2022 [Tesis para obtener el título profesional de Abogados en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad de Ucayali]. E-archivo. https://repositorio.unu.edu.pe/items/36e4bbc5-8e28-4db2-b1b3-f60eb1b72b33

Rodríguez, V. y Batista, R. (2021). Apuntes acerca de la victimización y de los riesgos de vulnerabilidad de la víctima. En V. Rodríguez (Dir.), *Vulnerabilidad de las víctimas desde la perspectiva de género. Una visión criminológica* (pp. 31-45). Dykinson.

Rohrabaugh, M.; London, K. & Hall, A. (2016). Planning the Forensic Interview. In W. O'Donohue & M. Fanetti (Eds.), *Forensic Interviews Regarding Child Sexual Abuse. A Guide to Evidence-Based Practice* (pp. 197-218). Springer International Publishing.

Rosas, J. (2016). *La prueba en el nuevo proceso penal* (Vol. 1). Legales Ediciones.

Rush, C.; Braswell, M. & Whitehead, J. (2022). *Sexual Abuse Within the Church. Assessment, Intervention, and Prevention*. Routledge.

Russo, G. y González, M. (2020). Desafíos del sistema educativo frente al abuso sexual en la infancia. *Espacios en blanco. Serie indagaciones*, *30*(1), 23-40. https://doi.org/10.37177/UNICEN/EB30-262

Sáez de la Fuente, I. y Bilbao, G. (2018). La problematicidad de la asunción ética de la perspectiva de las víctimas. En G. Varona (Dir.ª), *Victimología: En busca de un enfoque integrador para repensar la intervención con víctimas* (pp. 51-73). Aranzadi.

San Martín, C. (2020). *Derecho Procesal Penal. Lecciones conforme al Código Procesal Penal de 2004* (2da ed.). INPECCP.

Slonecker, E.; Olaguez, A.; Taffe, R. & Klemfuss, J. (2024). Memory, Suggestibility, and Disclosure Processes: Implications for Children in Legal Settings. In A. Redlich & J. Quas (Eds.), *The Oxford Handbook of Developmental Psychology and the Law* (pp. 57-83). Oxford University Press.

Smith, M. (2016). Telling Stories? Adults' Retrospective Narratives of Abuse in Residential Child Care. In R. Burnett (Ed.), *Wrongful Allegations of Sexual and Child Abuse* (pp. 54-65). Oxford University Press.

Snow, M.; Malloy. L; Brubacher, S. & Sutherland, J. (2020). Memory for repeated sexual misconduct. Does Repetition Matter? In J. Pozzulo; E. Pica & C. Sheahan (Eds.), *Memory and Sexual Misconduct. Psychological Research for Criminal Justice* (pp. 42-70). Routledge.

Staller, K. & Vandervort, F. (2010). Child Sexual Abuse. Legal Burdens and Scientific Methods. In K. Staller & K. Coulborn (Eds.), *Seeking Justice in Child Sexual Abuse. Shifting Burdens and Sharing Responsabilities* (pp. 1-32). Columbia University Press.

Subijana, I. (2018). La protección de las víctimas especialmente vulnerables en los delitos sexuales. En G. Varona (Dir.ª), *Victimología: En busca de un enfoque integrador para repensar la intervención con víctimas* (pp. 367-389). Aranzadi.

Tapia, G. (2020). *La valoración judicial de la prueba. En el delito de violación sexual en agravio del menor de edad*. Grijley.

Terragni, M. (2020). Máximas del defensor penal. En Á. Ledesma (Dir.ª), *El debido proceso penal. Doctrina. Análisis jurisprudencial. Fallos fundamentales.* (1ra ed., Vol. 3, 1ª reimpresión, pp. 19-28). Hammurabi.

Tully, B. (2011). Expert Testimony. In M. Lamb, D. La Rooy, L. Malloy & C. Katz (Eds.), *Children's Testimony. A Handbook of Psychological Research and Forensic Practice* (2nd. ed., pp. 351-370). Wiley-Blackwell.

Turner, B. (2006). *Vulnerability and Human Rights*. The Pennsylvania State University Press.

Vallano, J.; Pickel K. & Shambaugh, L. (2020). Legal perspectives on historical misconduct cases. Issues With Civil and Criminal Cases. In J. Pozzulo; E. Pica & C. Sheahan (Eds.), *Memory and Sexual Misconduct. Psychological Research for Criminal Justice* (pp. 175-197). Routledge.

Varela, C. (2007). *Valoración de la prueba. Procedimientos civil, comercial y penal* (2da ed., 3ra reimp.). Astrea.

Vargas, R. (2019). *La prueba penal. Estándares, razonabilidad y valoración*. Instituto Pacífico.

Varona, G. (2020). *Policía y víctimas: pautas para evitar la victimización secundaria*. Aranzadi.

Verano, J. (2024). Correcta aplicación de la Cámara Gesell y su influencia en la protección del menor en el delito de tocamientos y actos libidinosos, Huacho 2022 [Tesis para obtener el título profesional de Abogado en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional José Faustino Sánchez Carrión]. E-archivo. https://repositorio.unjfsc.edu.pe/handle/20.500.14067/8801

Villar, I. (2019). Maltrato a personas mayores, ¿víctimas vulnerables "olvidadas"? En A. González (Coord.ª), *Proceso penal y víctimas especialmente vulnerables. Aspectos interdisciplinares* (pp. 193-210). Aranzadi.

Walker, N. (1995). Children's Comprehension of Truths, Lies, and False Beliefs. In Ney, T. (Ed.), *True and False Allegations of Child Sexual Abuse. Assessment and Case Management* (pp. 73-98). Brunner/Mazel Publishers.

Ward, L.; Moorman, J. & Grower, P. (2019). Entertainment Media's Role in the Sexual Socialization of Western Youth. A Review of Research from 2000-2017. In S. Lamb & J. Gilbert (Eds.), *The Cambridge Handbook of Sexual Development. Childhood and Adolescence* (pp. 395-418). Cambridge University Press.

World Health Organization (2006). *Defining sexual health. Report of a technical consultation on sexual health 28-31 January 2002, Geneva*. WHO Press. https://www.cesas.lu/perch/resources/whodefiningsexualhealth.pdf

Zapiain, J. (2018). Importancia del conocimiento de la sexualidad infantil en el ámbito de las agresiones sexuales desde la perspectiva de la salud afectivo-sexual en victimología. En G. Varona (Dir.ª), *Victimología: En busca de un enfoque integrador para repensar la intervención con víctimas* (pp. 347-366). Aranzadi.

Zeitlin, H. (2016). Understanding What Children Say: Avoiding the Pitfalls of Child Testimony. In P. Radcliffe; G. Gudjonsson; A. Heaton-Armstrong & D. Wolchover (Eds.), *Witness Testimony in Sexual Cases. Evidential, Investigative and Scientific Perspectives* (pp. 251-264). Oxford University Press.

JURISPRUDENCIA

Auto de Calificación de Casación Nº 51-2019-Cusco (31.01.2020). Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (Ponente San Martín Castro).

Auto de Calificación de Casación Nº 2786-2021-Ventanilla (19.06.2023. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (Ponente Luján Túpez).

Casación Nº 33-2014-Ucayali (28.10.2015). Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (Ponente Neyra Flores).

Casación Nº 63-2016-Cañete (11.05.2018). Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema (Ponente Quintanilla Chacón).

Casación Nº 1668-2018-Tacna (20.11.2019). Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (Ponente Figueroa Navarro).

Casación Nº 21-2019-Arequipa (26.02.2020). Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (Ponente San Martín Castro).

Casación Nº 339-2019-Apurímac (04.12.2020). Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (Ponente Coaguila Chávez).

Casación Nº 552-2019-Cañete (18.11.2020). Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (Ponente San Martín Castro).

Casación Nº 918-2019-Del Santa (25.02.2022). Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (Ponente Altabás Kajatt).

Casación Nº 1046-2019-Arequipa (22.04.2021). Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (Ponente Torre Muñoz).

Casación Nº 2195-2019-Amazonas (10.08.2021). Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (Ponente Torre Muñoz).

Casación Nº 36-2020-Selva Central (26.04.2022). Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (Ponente Coaguila Chávez).

Casación Nº 727-2020-Callao (01.09.2021). Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (Ponente San Martín Castro).

Casación Nº 212-2021-Cusco (11.10.2022). Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (Ponente Altabás Kajatt).

Casación Nº 291-2021-Piura (09.06.2022). Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (Ponente Carbajal Chávez).

Casación Nº 398-2021-Apurímac (16.06.2022). Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (Ponente Coaguila Chávez).

Casación Nº 936-2021-Arequipa (07.06.2022). Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (Ponente Carbajal Chávez).

Casación Nº 1697-2021-Ucayali (21.02.2023). Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (Ponente Sequeiros Vargas).

Casación Nº 2039-2021-Ucayali (23.05.2023). Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (Ponente Carbajal Chávez).

Casación Nº 2386-2021-Huánuco (29.04.2022). Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (Ponente San Martín Castro).

Casación Nº 2453-2021-Madre de Dios (21.08.2023). Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (Ponente San Martín Castro).

Casación Nº 65-2022-Ica (09.10.2024). Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (Ponente San Martín Castro).

Casación Nº 1537-2022-Puno (19.07.2023). Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (Ponente San Martín Castro).

Casación Nº 2091-2022-Ventanilla (10.05.2024). Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (Ponente Altabás Kajatt).

Casación Nº 3050-2022-Huánuco (15.05.2023). Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (Ponente Luján Túpez).

Casación N° 226-2024-Ica (16.07.2024). Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (Ponente Carbajal Chávez).

Recurso de Nulidad Nº 42-2008-Apurímac (25.04.2008). Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema (Ponente Rojas Maraví).

Recurso de Nulidad Nº 1874-2011-Lima (11.11.2011). Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema (Ponente Santa María Morillo).

Recurso de Nulidad Nº 294-2017-Ancash (24.04.2018). Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema (Ponente Salas Arenas).

Recurso de Nulidad Nº 1111-2018-Ayacucho (12.08.2020). Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (Ponente San Martín Castro).

Recurso de Nulidad Nº 1398-2018-Callao (11.03.2019). Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (Ponente Príncipe Trujillo).

Recurso de Nulidad Nº 549-2019-Lima Este (05.11.2019). Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (Ponente Príncipe Trujillo).

Recurso de Nulidad Nº 577-2019-Lima Sur (18.08.2020). Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (Ponente Coaguila Chávez).

Recurso de Nulidad Nº 826-2019-Cusco (21.05.2021). Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema (Ponente Guerrero López).

Recurso de Nulidad Nº 1039-2020-Lima (28.09.2021). Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (Ponente San Martín Castro).

Recurso de Nulidad Nº 354-2021-Lima Sur (22.11.2021). Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (Ponente Coaguila Chávez).

Recurso de Nulidad Nº 833-2021-Lima Este (31.08.2021). Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (Ponente San Martín Castro).

Recurso de Nulidad Nº 1272-2022-Ventanilla (17.04.2023). Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema (Ponente Castañeda Otsu).

Recurso de Nulidad Nº 482-2024-Lima (14.10.2024). Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema (Ponente Álvarez Trujillo).

Recurso de Nulidad N° 706-2024-Lima Sur (25.11.2024). Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema (Ponente Brousset Salas).