



**USMP**  
UNIVERSIDAD DE  
SAN MARTIN DE PORRES

FACULTAD DE  
DERECHO

**CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHO PROCESAL PENAL**

**Trabajo de investigación**

**PRUEBA TESTIFICAL, RAZONAMIENTO PROBATORIO Y PSICOLOGÍA DEL  
TESTIMONIO**

**Autores**

**José Antonio Neyra Flores**

**Marcial Eloy Páucar Chapa**

**LIMA-PERÚ**

**2022**

## Contenido

### **Reflexiones sobre la práctica de prueba testifical, intervención del psicólogo y uso de cámara Gesell o sala de entrevista. Análisis Doctrinario y Jurisprudencial. Aplicación de la psicología del Testimonio**

José Antonio Neyra Flores

1. Introducción .....	4
2. Testimonio de víctimas de abuso sexual en el Código Procesal Penal y la jurisprudencia .....	8
3. La Cámara Gesell y sala de entrevista única practicado a presuntas víctimas de abuso sexual.....	19
3.1. Países que utilizan Protocolos de entrevista a víctimas de abuso sexual.....	29
3.2. Problemas en la funcionalidad .....	36
3.3. Problemas en la práctica .....	45
4. Roles del juez, Fiscal, defensor del imputado y psicólogo .....	48
5. Aplicación de la Psicología del testimonio en la prueba anticipada declaración de victima menor de edad de delito sexual con psicólogo en cámara Gesell en Perú .....	55
6. Aplicación de la Psicología del testimonio en la prueba anticipada declaración de víctimas mayores de edad de delito sexual con psicólogo en sala de entrevista única .....	80
7. Sobre la viabilidad de obtención de testimonios mediante pruebas periciales .....	82
8. Conclusiones .....	85
9. Bibliografía .....	89

### **Razonamiento probatorio y sesgos cognitivos**

Marcial Eloy Páucar Chapa

1. Introducción .....	94
2. Los sesgos cognitivos.....	95
a.El sesgo de confirmación:.....	97
b. La incapacidad de ignorar pruebas inadmisibles: .....	98
c.El sesgo de decisión secuencial: .....	98
3. Tipos de sesgos .....	101
3.1. El sesgo de confirmación .....	101

3.2. <i>El sesgo retrospectivo</i> .....	101
3.3. <i>La heurística de representatividad</i> .....	103
4. Criterios a adoptarse para reducir los sesgos cognitivos.....	105
5. Referencias bibliográficas .....	112

# **Reflexiones sobre la práctica de prueba testifical, intervención del psicólogo y uso de cámara Gesell o sala de entrevista. Análisis Doctrinario y Jurisprudencial. Aplicación de la psicología del Testimonio**

**José Antonio Neyra Flores<sup>1</sup>**

## **1. Introducción**

Cuando uno se encuentra frente a un problema, lo normal es que se planteen hipótesis de su solución. De todas las hipótesis, se mantiene una que más fiabilidad genera en su aplicación y así solucionamos en cierto grado el problema, puede que no sea la solución exacta, pero sí la más “idónea”. Sin embargo, no todos hacemos este procedimiento metodológico de solución de problemas, y es natural porque no siempre es así. Las personas, utilizan diversas estrategias de solución de problemas, de todas ellas, podemos clasificar en unas cuantas bien conocidas: ensayo y error, recuperación de la información, algoritmos y heurística. Los abogados, considero que usamos mucho la estrategia de recuperación de información, por el hecho de estar constantemente usando la experiencia de casos pasados. Es una forma arriesgada de mostrar el razonamiento de los abogados, pero más arriesgado se me hace afirmar que actúan conforme a la lógica, máximas de experiencia y la ciencia. Es real que, si una norma prescribe A ante tal hecho, no necesariamente debe cumplirse A si es que suscita un caso excepcional, aunque la justificación de esta contingencia no siempre es objetiva en la práctica jurídica.

Mis reflexiones sobre la práctica de prueba testifical parte de ello, de las distintas soluciones que ha tenido que prescribirse para que pueda obtenerse un testimonio fiable.

---

<sup>1</sup> Estudios concluidos en Maestría Razonamiento Probatorio-Universidad de Girona, Promoción 4° Generación. Maestro de Ciencias Penales de la Universidad San Martín de Porres. Egresado de Maestría en Política jurisdiccional de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor en Derecho de la Universidad Inca Garcilaso de La Vega. Autor de dos libros Manual del Nuevo Proceso Penal & Litigación Oral y Tratado de Derecho Procesal Penal. Profesor de Derecho Procesal Penal en la Universidad de San Martín de Porres y Pontificia Universidad Católica del Perú, Juez de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema-Altos Funcionarios de la República.

Precisamente, me enfocaré en los momentos de actuación probatoria testifical de presuntas víctimas de delitos de abuso sexual en mujeres adultas, en adolescentes y menores de edad, para demostrar el problema en general y sus posibles causas. Luego, planteo una hipótesis que pueda dar solución inicial a algunos de a estos problemas.

Según el Observatorio de criminalidad del Ministerio Público del Perú, la tasa de “denuncias” por delitos a la libertad sexual se incrementó entre el 2016 al 2019, (de 21 614 hasta alcanzar 34 344). Fecha en que la tasa fue disminuyendo. Así, en el 2020, ingresaron 25 120 denuncias; en el 2021, un total de 33 903 y, en enero de este año, se obtuvieron 2 452 denuncias (Fiscalía de la Nación, 2022).

La propuesta de este trabajo ayudará al psicólogo facilitador de la entrevista, juez, fiscal, al abogado defensor del investigado y de la víctima, a saber que en las declaraciones personales pueden existir elementos que conllevan que el sujeto perciba situaciones como reales, a pesar de que no lo fueron. También, daré conocer que las directrices (llámese Guía o Protocolo de investigación criminal como el protocolo de entrevista Única en Cámara Gesell) elaboradas por las respectivas instituciones tienen problemas.

Primero, la declaración de menores presuntas víctimas de abuso sexual se practicaba en las comisarías por la policía y en los despachos fiscales por los fiscales o sus asistentes, sin psicólogo facilitador de declaración ni en cámara Gesell o sala de entrevista ni grabarse esta, pudiendo realizarse nuevamente en los despachos judiciales como ocurre por defectos de las primeras y por la intermediación judicial física de jueces del juicio oral que se exigía para ella. Esto revictimizaba al menor, por lo que en el 2006 se incorpora el uso de técnicas de obtención de declaración llamadas Cámara Gesell y salas de entrevista a través de un psicólogo forense facilitador o tamizador, instrumentos forenses que permite que se obtenga una información de calidad a través de un especialista en entrevistas como el

psicólogo forense que tamiza o facilita preguntas de las partes y si es del caso juez, evita que la presunta víctima tenga contacto directo con el presunto agresor, y permite obtener una sola declaración de forma inmediata, evitándose la re victimización, protegiendo la salud mental del entrevistado y garantizar el derecho de defensa del investigado, siendo un elemento que contribuye a proveer la respuesta más cerca de la verdad en el proceso penal y aunque se trate de un delito cometido bajo clandestinidad debe ser corroborado. Y es en el 2011 en que la Corte Suprema valida la utilización de la Cámara Gesell [Acuerdo Plenario 1-2011, párrafo 38].

En noviembre del 2015 entra en vigencia la Ley 30364 “Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar” señalando en su artículo 19 que, en caso de violación sexual a niños, niñas y adolescentes, se obtendrá el testimonio mediante Cámara Gesell y como prueba preconstituida. Así, con la Resolución de la Fiscalía de la Nación 3963-2016-MP-FN, de fecha 11 de setiembre de 2016, se exige a los Fiscales aplicar la Guía de procedimientos de entrevista única a víctimas en el marco de la Ley N° 30364 acompañados de UDAVIT, este procedimiento consiste en una entrevista realizada por un psicólogo en un espacio físico con 2 ambientes compuesto por una sala de entrevistas adecuada para menores y psicólogo entrevistador, y para que el menor no sea afectado con la presencia física de los siguientes, otra sala donde están observando el fiscal, abogados de investigados y víctimas quienes formulan preguntas bajo la dirección del primero a través de intercomunicadores.

Sin embargo, con la puesta en vigencia del artículo 19 del Decreto Legislativo 1386, de 4 de setiembre del 2018, la declaración de la presunta víctima cambia de procedimiento de prueba preconstituida a Prueba anticipada bajo la técnica de entrevista única debiendo aplicarse el artículo 242 Código Procesal Penal y el artículo 28 del TUO de la Ley N°

30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar.

Actualmente, el testimonio de la presunta víctima sea niño, niña adolescente se obtiene con psicólogo como facilitador o tamizador de preguntas de partes y en Cámara Gesell, y de la mujer adulta en sala de entrevista. La cámara Gesell es un espacio bicameral donde se tiene la sala de entrevista y la sala de observación. En la primera, el psicólogo entrevista al menor y en la otra sala, se va a realizar la prueba anticipada dirigida por el Juez de la Investigación preparatoria con presencia de fiscales y abogados de investigado y víctima observan siendo las partes que realizan preguntas que si el juez admite traslada al psicólogo para que las adecúe y las comprenda el menor y responda sin afectar su salud mental. Todo se graba en audio y video por equipo técnico, quedando en actas la conformidad u observación de las partes que intervienen. Como a solicitud de partes se pueden practicar en diligencias preliminares, el juez de investigación preparatoria la dirige y controla la legalidad del procedimiento, pudiendo suspenderse si la salud del menor no permite su realización o continuación o solicitar que concurra personalmente al juicio oral siempre que se justifique por la parte una ampliación, precisión o complementación y serán las partes quienes propongan que la prueba anticipada se visione y escuche grabación y que partes saquen conclusiones sobre esta ante el órgano judicial del juicio, quien la valorara. Sin embargo, veremos a continuación que la práctica de pruebas testificales de menores presuntas víctimas de violación sexual presenta problemas, así como la funcionalidad del procedimiento de Cámara Gesell.

## **2. Testimonio de víctimas de abuso sexual en el Código Procesal Penal y la jurisprudencia**

Para empezar, nuestro Código Procesal Penal da parámetros para la obtención del testimonio de las víctimas y testigos a partir de los artículos 163 al 171. De ahí, se pueden distinguir dos clases de testimonios: generales y especiales. Las generales son las reglas de la prueba testimonial de víctimas y testigos que no requieren de trato especializado por la condición que ostentan, es decir, son aplicables a víctimas y testigos comunes. En cambio, los testimonios especiales son reglas de prueba testimonial de víctimas y testigos que sí requieren de tal trato por la condición que ostentan como la edad, capacidad, cultura, sexo.

Sobre los testimonios especiales, como los de los niños, niñas y adolescentes presuntas víctimas de abuso sexual y otros tipos de violencia, se practican con técnicas de entrevista especiales para evitar revictimizaciones. Es así como se exige que se practiquen en Cámara Gesell a cargo de un psicólogo forense quien hará las preguntas adecuadas al menor para esclarecer los hechos materia de investigación y no revictimizarlo. Lo particular de estas salas es que los ambientes son adaptados para que el menor no sea revictimizado con la presencia de personas que lo interroguen que no conoce y que no utilicen el lenguaje necesario para obtener la mejor información y evitar afectar su salud mental, sienta confianza con psicólogo forense tamizador o facilitador ;así como que las partes puedan formular las preguntas desde su teoría del caso para acreditar sus proposiciones fácticas y todos estén sujetos al control judicial, sobre la base de un protocolo de entrevistas de menores víctimas de delitos sexuales del Poder Judicial, espacios que tienen sistema de grabación con micrófonos y cámaras desde el inicio hasta el final de la entrevista.

También, que dichas declaraciones se practican como prueba anticipada según artículo 242, inciso 1, literal d del CPP:

Durante las diligencias preliminares o una vez formalizada la investigación preparatoria, a solicitud del fiscal o de los demás sujetos procesales, podrá instarse al juez de la investigación preparatoria la actuación de una prueba anticipada, en los siguientes casos:

[...]

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

Las declaraciones de las niñas, niños y adolescentes serán realizadas con la intervención de psicólogos especializados en cámaras Gesell o salas de entrevistas implementadas por el Ministerio Público.

Las declaraciones y entrevistas serán filmadas y grabadas a fin de evitar la revictimización de los agraviados.

Sobre la prueba anticipada, fue incorporada mediante el Decreto Legislativo 1386 del 04 de setiembre del 2018, que modifica el artículo 19 de la Ley 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, que establecía la entrevista de única en Cámara Gesell como prueba preconstituida.

¿En qué se diferencia la prueba anticipada del testimonio del menor de edad, de la prueba preconstituida?

Como lo señalé, antes del 5 de setiembre del 2019, la entrevista Única en Cámara Gesell se realizaba como prueba preconstituida. A partir del 5 de setiembre del 2019, con el Decreto Legislativo 1386 es como prueba anticipada. Dicho cambio se debe a:

- La denominación de prueba preconstituida es una denominación errada, tal como lo señalo la Corte Suprema en la Casación 21-2019 Arequipa, puesto que están referidas a pruebas materiales y documentada o documental pública (actas de constatación, decomiso, incautación, hallazgo, pesaje, detención, intervención, de allanamiento, de registro, de control de comunicaciones, etcétera), mientras que la anticipación probatoria comprende exclusivamente la prueba personal.
- Sobre las pruebas preconstituidas, por razones de urgencia o necesidad alta, estas son practicadas por el fiscal o los policías, mientras que con la prueba anticipada, al ser menor la urgencia o necesidad, debe ser dirigido por el juez y practicadas por las partes.
- El Decreto Legislativo 1307, de 30-12-2016, estableció que las pruebas anticipadas también pueden realizarse durante las diligencias preliminares, porque antes solo era durante la investigación preparatoria. Reforma que contribuye a que no se revictimice a la menor presunta víctima de delitos sexuales con varias declaraciones previas, que sea una sola en fecha próxima a la fecha, no afectándose su memoria, ni haber tiempo para contaminaciones por terceras personas o redes sociales o medios de comunicación, distorsionando su declaración o que no declare y que quien la dirija sea un tercero imparcial el juez de la investigación preparatoria y no el fiscal que dirige la investigación a cargo de la prueba, que puede contar con sesgos cognitivos y por ello falta de objetividad.

Ahora bien, para solicitar al juez de investigación preparatoria (así se llama en Perú al de garantías) prueba anticipada, se deben cumplir con presupuestos como: a) petitorio fundamentado, precisando el medio de prueba anticipada y su ámbito específico, b) legitimidad de las partes que harán su intervención en la entrevista (San Martín Castro,

2020, pág. 845). El Ministerio Público concurre obligatoriamente y exhibe el expediente fiscal para su examen inmediato por el juez en ese acto (artículo 243, incisos 1 y 2 del CPP).

Esta se realiza con las garantías que el juez observará, aunque excepcionalmente, el Juzgado Penal Colegiado de juicio, a solicitud de parte o de oficio, podrá disponer la realización de un examen a la supuesta víctima cuando estime que tal declaración o exploración pre procesal: a) no se ha realizado según las exigencias formales mínimas que garanticen su derecho de defensa; b) resulte incompleta o deficiente; c) ella misma lo solicite o cuando ésta se haya retractado por escrito; d) ante lo expuesto por el imputado y/o la declaración de otros testigos sea de rigor convocarla para que incorpore nueva información o aclare sectores oscuros o ambiguos de su versión; e) evitarse el contacto entre el/la menor y procesado, salvo que el proceso penal lo requiera (Acuerdo plenario 1-2011, fundamento 38). Es decir, se exceptúa la norma general del artículo 96° del CPP (deber de agraviado de declarar en actuaciones de investigación y en juicio) por los arts. 171 y 242, inciso 1, literal “d” CPP. Además, el artículo 19 de la Ley 30364, de 23 de noviembre del 2015, permite que la ampliación de declaración se pueda realizar en juicio oral si existen razones legalmente autorizadas (defecto interno trascendente): aclaración, complementación y precisión.

También, se tienen posturas sobre la práctica de prueba anticipada de las declaraciones de menores presuntas víctimas de abuso sexual y de mujeres en cuanto a la intervención del juez. Así, De Romaña, sostiene que la entrevista única no tramitada como prueba anticipada no afecta la regularidad del proceso, por lo que no habría de ser una causal de nulidad según art. 150°, inciso d del Código Procesal Penal puesto que en atención al “principio de

trascendencia de las nulidades, no se puede declarar la nulidad de una sentencia condenatoria en la que se valore la entrevista única no tramitada como prueba anticipada, pues la inobservancia de dicho trámite únicamente podría afectar los intereses” (pág. 159). El autor sostiene que la entrevista única tiene como finalidad básicamente para evitar la revictimización secundaria de la persona que se ve afectada por las consecuencias traumáticas de participar como agraviada en un proceso penal, por lo que no sería trascendente que el condenado solicite la nulidad de una sentencia condenatoria si es que su abogado participó en dicha audiencia anticipada ya que el perjuicio recae únicamente en la víctima y no en el condenado, es decir, que no se puede declarar la nulidad de un trámite que afecta los intereses de la víctima si es que la sentencia fue condenatoria por la prueba que el Ministerio Público produjo contra el imputado más allá de una duda razonable. Por último, sustenta el autor, siguiendo la misma línea del TC (Expediente N° 02079-2009-PHC/TC, que el anular la prueba anticipada de la declaración del menor víctima de abuso sexual contravendría el principio del interés superior del niño puesto que hacer de nuevo entrevista al menor en Cámara Gesell generaría revictimización, por lo tanto, “no toda inobservancia de alguna norma genera automáticamente la declaratoria de la nulidad de un acto, siendo necesario analizar si dicha inobservancia afectó la regularidad del procedimiento judicial, y si existe posibilidad de subsanación” (pág. 162).

Lo anterior referido al modo de cómo se debe llevar a cabo una prueba testifical, preciso que la cámara Gesell es un instrumento, solo un espacio que permite la eficacia probatoria. El artículo 171, inciso 3 del CPP señala que puede existir la posibilidad de que se practique la prueba testimonial sin Cámara Gesell, pero no que se vulnere la integridad emocional del testigo y que se entreviste sin un perito psicólogo (en general).

Lo que también considero importante reflexionar en este punto, es que hay abundante doctrina con las que no concuerdo cuando señalan que los criterios de valoración son los que señala el Acuerdo Plenario 2-2005 de 30 de setiembre del 2005 “Requisitos de la sindicación de coacusado, testigo o agraviado”.

La Corte Suprema ha establecido criterios o presupuestos para valorar las declaraciones de los agraviados tales como: ausencia de incredibilidad subjetiva, verosimilitud y persistencia en la incriminación.

**Ausencia de incredibilidad subjetiva**, es una garantía de certeza<sup>2</sup> (sic) que consiste en que no existan relaciones entre agraviado e imputado basadas en el odio, resentimiento, enemistad y otras que pueden incidir en la parcialidad de la deposición que prenden en actitud para generar certeza. Al respecto, se tiene que por experiencia y por sentido común, que un agraviado va a tener un grado de aversión sobre el presunto agresor, por lo que resulta cuestionable analizarlo de manera individual, considero, y detallaré en párrafos posteriores, que una valoración individual no es suficiente con este tipo de pruebas, sino que requiere de una valoración conjunta.

Así, la STS español 265-2010 del 19 de febrero del 2010, sostiene lo siguiente:

1. **Sus propias características físicas o psicoorgánicas**, en las que se ha de valorar su grado de desarrollo y madurez (no es lo mismo un mayor de edad que un menor, o un niño) y la incidencia que en la credibilidad de sus afirmaciones pueden tener

---

<sup>2</sup> Como señalan actualmente sentencias de la Corte Suprema:

- Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala Penal Transitoria de 08/07/2021 (Expediente: 001205-2019)
- Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala Penal Transitoria de 01/07/2021 (Expediente: 000214-2020)
- Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala Penal Permanente de 19/07/2021 (Expediente: 000740-2020)

Sin embargo, más que garantías de certeza, el término correcto debe ser “garantías de fiabilidad”.

algunas veces ciertos trastornos mentales o enfermedades como el alcoholismo o la drogadicción.

2. **La inexistencia de móviles espurios** que pudieran resultar bien de las tendencias fantasiosas o fabuladoras de la víctima, como un posible motivo impulsor de sus declaraciones, o bien de las previas relaciones acusado-víctima, denotativas de móviles de odio o de resentimiento, venganza o enemistad, que enturbien la sinceridad de la declaración haciendo dudosa su credibilidad, y creando un estado de incertidumbre y fundada sospecha incompatible con la formación de una convicción inculpatoria sobre bases firmes; pero sin olvidar también que aunque todo denunciante tiene por regla general interés en la condena del denunciado, no por ello se elimina de manera categórica el valor de sus afirmaciones (Sentencia de 11 de mayo de 1994 ).

**Verosimilitud**, que no sólo incide en la coherencia y solidez de la propia declaración, sino que debe estar rodeada de ciertas corroboraciones periféricas, de carácter objetivo que le doten de aptitud probatoria.

A propósito, el Tribunal Supremo español se pronuncia sobre este criterio, señalando.

1. La declaración de la víctima ha de ser lógica en sí misma, o sea no contraria a las reglas de la lógica vulgar o de la común experiencia, lo que exige valorar si su versión es o no insólita, u objetivamente inverosímil por su propio contenido.
2. La declaración de la víctima ha de estar rodeada de corroboraciones periféricas de carácter objetivo obrantes en el proceso; lo que significa que el propio hecho de la existencia del delito esté apoyado en algún dato añadido a

la pura manifestación subjetiva de la víctima [...]. Exigencia que, sin embargo, habrá de ponderarse adecuadamente en delitos que no dejan huellas o vestigios materiales de su perpetración, puesto que, [...] el hecho de que en ocasiones el dato corroborante no pueda ser contrastado no desvirtúa el testimonio si la imposibilidad de la comprobación se justifica en virtud de las circunstancias concurrentes en el hecho. Los datos objetivos de corroboración pueden ser muy diversos: lesiones en delitos que ordinariamente las producen; manifestaciones de otras personas sobre hechos o datos que sin ser propiamente el hecho delictivo atañen a algún aspecto fáctico cuya comprobación contribuya a la verosimilitud del testimonio de la víctima; periciales sobre extremos o aspectos de igual valor corroborante; etcétera.

**Persistencia en la incriminación**, está relacionado a la coherencia, solidez del relato incriminador y a la persistencia de sus afirmaciones.

Nuevamente, el Tribunal Supremo español señala:

1. Persistencia o ausencia de modificaciones en las sucesivas declaraciones prestadas por la víctima sin contradecirse ni desdecirse. Se trata de una persistencia material en la incriminación, valorable "no en un aspecto meramente formal de repetición de un disco o lección aprendida, sino en su constancia sustancial de las diversas declaraciones" (STS español de 18 de junio de 1998). b) Concreción en la declaración que ha de hacerse sin ambigüedades, generalidades o vaguedades. Es valorable que especifique y concrete con precisión los hechos narrándolos con las

particularidades y detalles que cualquier persona en sus mismas circunstancias sería capaz de relatar.

2. Coherencia o ausencia de contradicciones, manteniendo el relato la necesaria conexión lógica entre sus diversas partes.

He leído investigaciones sobre estos criterios de certeza, señalando que es determinante “que al momento de analizar la declaración se pueda apreciar la claridad y la espontaneidad en la narración circunstanciada a efectos de detectar que no existan incompatibilidades entre la condición o vínculo previo y la postulación de un relato incriminatorio en contra del agresor sexual” (López Ruiz & Alemán Yactayo, 2022, pág. 14).

A propósito, ¿qué pasa si preparan al agraviado(a) o testigo a mentir? La preparación de la declaración es otro problema que también puede suceder. Una declaración puede ser coherente con su relato (declaración de guion) generando confianza al juez al valorarlo, pudiendo adaptar o modificar los hechos. ¿Se debe presumir que el que va a declarar ha sido preparado sobre lo que debe decir? Para evitar presunciones, debe realizarse una toma espontánea de la declaración (tablas de preguntas) para disminuir la falsedad del relato de manera parcial o completa (Nieva Fenoll, 2010, pág. 240). Claro, en persona adultas y no solo para agraviados. Además, que siempre deberá corroborarse con otras pruebas

La excepcionalidad a varias reglas es el relato de una menor víctima de violación sexual. Una menor puede dar una declaración incoherente, independientemente de razones como estrés, presión familiar, etc. mostrando dificultades para poder contextualizar lo sucedido o incluso esgrimiendo frases que pudiesen entrar en contradicción, no siendo así, como sí podría suponerse de una persona adulta. Estas dificultades pueden generar que el juez estime que el relato tiene poco grado de fiabilidad o “menor fuerza probatoria” y como

consecuencia no tomarlo en cuenta. No debe ser así, pues un testigo que en general no sea fiable en una circunstancia específica puede haber dicho la verdad, y un testigo, que sea usualmente fiable, puede haber mentido, inventado, olvidado o haber sido objeto de presiones y sugerencias, y por ello haber producido en esa situación específica un testimonio no fiable (Mazzoni, 2019, pág. 90).

También se debe tener en cuenta que, en casos de menores, la persistencia en la incriminación es contingente debido a que puede ser por presión de uno de los padres, o podrían modificar sus versiones por distintas razones, (manipulación, económicas, familiares, afectivas, etc.), conllevando a que el juzgador acoja una de las versiones narradas en razón de la solidez, la coherencia y la contundencia que tuvo lugar (Lopez Ruiz & Aleman Yactayo, 2022, pág. 13).

Es imposible que el juez sepa que la supuesta víctima es sincera: vimos que se puede preparar a la víctima para dar un testimonio absolutamente coherente, dando la creencia al juez de la exactitud de lo que declara, sin embargo, no ser verdadera. Se tiende a creer más a una persona que dice que está segura de lo que dice que a quien dice que no sabe, que duda, que no presenta manifestaciones de confianza o seguridad. Ya se ha dicho reiteradamente que un menor de edad puede equivocarse o mentir, incluso en este tipo de circunstancias. Si es mentiroso, se podría, aunque sean escasas pruebas periféricas, considerar que se cumplió con los presupuestos del Acuerdo Plenario 2-2005 y dar como resultado una condena o una absolución errada, peor aún si los juzgadores se dejan llevar por la intuición y por el lenguaje corporal, como señala Herrera Guerrero (2012, pág. 257). Que son subjetivos y es irracional asignarle mayor fiabilidad a las declaraciones personales por la expresión oral o corporal del declarante, pues no está probado científicamente que

alguien sea juez, fiscal, defensor o policía incluso entrenado, sobre esas bases pueda determinar la fiabilidad. Respecto a estos tres presupuestos del Acuerdo Plenario 2-2005, Ramírez Ortiz (2020) ha resaltado una preocupación sobre la valoración de estas pruebas testimoniales ya que en España muchos jueces han considerado que estos (sin otra corroboración periférica) son suficientes para desvirtuar la presunción de inocencia o que la ausencia de algunos de estos presupuestos invalida el testimonio. Mala interpretación, porque con estos presupuestos se pretende “evaluar el grado de credibilidad personal y de sinceridad del testigo y no la validez del testimonio” (pág. 211). Como también ocurre en Perú por jueces, fiscales, abogados y operadores jurídicos.

Debemos actualizar nuestros criterios de valoración y de estándar de suficiencia probatoria como presupuesto de un determinado umbral, más que a la presunción de inocencia como regla de juicio<sup>3</sup> en el proceso penal reforzando la práctica de las pruebas (fortalecimiento o exigencia de corroboración probatoria) y motivando las resoluciones objetivamente, especialmente cuando se trata de delitos más graves como el de violación sexual a menor de edad. Estas exigencias deben ser parte de las reglas de oro del proceso penal peruano. Se entiende a la presunción de inocencia como una obligación derrotable (es objetivo) ligada al principio de *favor in rei o in dubio pro reo* (es subjetivo) que consiste en “superar la duda para determinar la culpabilidad en un proceso penal (Mora Sánchez, 2020, pág. 87)”. También se debe entender que “la suficiencia no se refiere a la cantidad de pruebas incriminatorias, sino a la entidad y cualidad que deben reunir estas” por lo que, a falta de

---

<sup>3</sup> Sobre la presunción de inocencia, ya lo dice Ferrer, esta sería inaplicable si se tiene el estándar *más allá de toda duda razonable* porque ni se sabrá cuándo hay prueba suficiente y por tanto no se sabrá cuándo se debe absolver y cuándo no, por tanto, son cuantitativamente imprecisas. La suficiencia probatoria debe derivarse de los estándares de prueba que suponen un carácter gradual de la corroboración de una hipótesis. Estos estándares son diferenciados con distintos niveles de exigencia, de acuerdo con una agenda política determinada y los valores que se estime pertinente resguardar (Ferrer, 2021).

pruebas, o porque es insuficiente (*presunción de inocencia*), según el entender del juez, genera duda de la culpabilidad del acusado (*in dubio pro reo*), por tanto, debe absolverse en dicha sentencia (STC 728-2008-PHC/TC LIMA, fundamento 37).

En realidad, la práctica de la prueba testifical debe ser como una escena del crimen donde los peritos tratan de obtener y proteger todos los indicios materiales posibles para conocer con exactitud los hechos ocurridos. Las declaraciones, que contienen indicios subjetivos inmateriales, son elementos relevantes para conocer el evento delictivo. Así, los recuerdos se conforman en aquellos indicios que pueden llegar a ser como pruebas de cargo o descargo (Gonzales & Manzanero, 2018, pág. 13).

### **3. La Cámara Gesell y sala de entrevista única practicado a presuntas víctimas de abuso sexual**

La entrevista en Cámara Gesell es una técnica en donde un psicólogo forense (bien hubiera sido experimental y no clínico que, comúnmente, lo son) realiza preguntas al menor presunta víctima de abuso sexual acordes a la edad. Para ello, se debe tener en cuenta la Ley 30364<sup>4</sup> que presenta una Guía de entrevista única a menores víctimas de abuso sexual infantil y también al Protocolo de entrevista única a menores de edad propuesta por el Poder Judicial.

La Guía de entrevista única del Ministerio Público indica que las preguntas planteadas al menor serán pertinentes respecto al rango de edad cronológica. Dicho estándar ha sido

---

<sup>4</sup> La Ley 30364 conceptualiza la violencia contra la mujer e integrantes del grupo familiar. Estas han sido precisadas y ampliadas por los Decretos Legislativos N° 1386 y Ley 30862, así como su Reglamento, Decreto Supremo N° 009-2016-MIMP.

obtenido del Protocolo Satac del 2010<sup>5</sup> para conocer qué tipo de preguntas están dentro de su capacidad de comprensión.

- **3 años:** Se espera que los niños puedan dar respuesta de preguntas como ¿Quién...? y ¿Qué...? porque suelen presentar recuerdos abreviados a los hechos o las experiencias relevantes, escaso dominio del lenguaje, no entienden parentescos y porque su perspectiva egocéntrica impide darse cuenta de los actos de los demás.
- **4-6 años:** Se espera que los niños también puedan dar respuesta de preguntas ¿Dónde...? porque suelen presentar noción de ubicación geográfica (v.gr. ¿en qué lugar de tu cuerpo tocó?).
- **7-8 años:** Se espera que los niños puedan dar respuesta de preguntas ¿Cuándo...? porque pueden dar información concreta de episodios que pueden reconstruir secuencias, así como tener noción del tiempo conociendo los días de la semana, estaciones o las horas del reloj, mas no necesariamente conocen la importancia del tiempo y su medición.

Sobre las preguntas abiertas, se ha explorado que son más eficaces con niños de 12-14 años, pero no de los menores de 5 años por limitaciones verbales.

Ya el Protocolo del 2019 puesto en vigencia por el Poder Judicial no cita el Protocolo Satac de Cornerhouse, como el rango etario para hacer preguntas.

Cabe señalar que existen varias diferencias entre la Guía de entrevista Única a víctimas del MP y el Protocolo de entrevista única para Niñas, Niños y Adolescentes en Cámara Gesell del Poder Judicial, que aparecen en el presente cuadro:

---

<sup>5</sup> Para más información, ver: [https://www.mpfj.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/3318\\_sustento\\_protocolo\\_satac\\_cornerhouse.pdf](https://www.mpfj.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/3318_sustento_protocolo_satac_cornerhouse.pdf)

	<p>Guía de procedimiento de entrevista Única a víctimas del Ministerio Público</p>	<p>Protocolo de entrevista única para Niñas, Niños y Adolescentes Poder Judicial</p>
<p>Procedencia</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>● Elaborado por el Instituto de Medicina Legal adscrito al Ministerio Público el 2016. Comisión integrada por Psicólogos y Fiscales.</li> <li>● Su creación se debe a 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.</li> <li>● Su procedimiento es por prueba preconstituida</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>● Elaborado por el Poder Judicial el 2021, Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de personas en condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad</li> <li>● Su creación se debe al Plan Nacional de Acceso a la Justicia de Vulnerabilidad 2016-2021</li> <li>● Su procedimiento es por prueba anticipada</li> </ul>

Medio de prueba	<ul style="list-style-type: none"> <li>● Prueba testifical</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>● Prueba testifical</li> <li>● Para solicitar la entrevista: Se presume que NNA ha sido víctima de violencia sexual o familiar; Se presume que NNA ha sido influenciada por sus padres, tutores, en los casos en que se discute su custodia o régimen de visitas; se requiere de opinión de víctima para la adopción de alguna medida de protección, etc.</li> </ul>
Estructura de documento	<ul style="list-style-type: none"> <li>● Compuesto de 44 páginas</li> <li>● Marco jurídico compuesto de 24 normas (nacionales e internacionales)</li> <li>● Presenta enfoques</li> <li>● En su anexo 5 señala sobre técnicas de dibujos</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>● Compuesto de 48 páginas</li> <li>● Marco jurídico compuesto de 32 normas (nacionales e internacionales)</li> <li>● Presenta enfoques y principios</li> <li>● Tiene un capítulo sobre la gestión de las Cámaras Gesell</li> </ul>
<p>Sobre el marco jurídico, solo tienen en común 10 normas (entre nacionales e internacionales). El protocolo contiene más vasos comunicantes (correlación con normas relacionadas a violencia contra la mujer, código del Niño y adolescente, personas mayores y con discapacidad).</p>		

<p>Sobre el psicólogo</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>● El psicólogo del IML debe estar capacitado en técnicas de entrevista forense y contar con la experiencia necesaria para realizar el procedimiento de entrevista única. Tamiza o facilita preguntas de las partes al entrevistado evitando revictimizarlo y que los últimos puedan acreditar sus proposiciones fácticas</li> <li>● El psicólogo informa al entrevistado sobre los usos, procedimientos y fines de la entrevista única</li> <li>● Si los sujetos procesales han solicitado la presencia de un perito psicólogo de parte y fue admitido, se limitará a observar la entrevista desde el ambiente de observación.</li> <li>● El psicólogo puede direccionar el relato con preguntas sencillas de acuerdo con la edad.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>● El psicólogo entrevistador deberá estar capacitado en técnicas de psicología forense y psicología del desarrollo, de acuerdo con la edad y circunstancias personales de la NNA.</li> <li>● Es responsable de informar a NNA sobre sus derechos y el significado, motivo o importancia de la entrevista única.</li> <li>● Tamiza o facilita preguntas de las partes al entrevistado evitando revictimizarlo y que fiscal y defensa del investigado puedan acreditar sus proposiciones fácticas</li> </ul>
---------------------------	--	---

Sobre el juez	<ul style="list-style-type: none"><li>● No participa por que dirige la entrevista el fiscal provincial penal</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>● Conduce y controla la diligencia</li><li>● Informa sobre los derechos de los participantes</li><li>● Da a conocer el motivo e importancia de la entrevista única</li><li>● Admite preguntas de las partes, Formula preguntas y las traslada al psicólogo entrevistador</li><li>● Verifica la transcripción</li><li>● Garantiza evitar contacto entre víctima y agresor</li></ul>
---------------	--	--

Sobre el fiscal	<ul style="list-style-type: none"> <li>● Conduce y controla la diligencia de entrevista única. Que defensa del investigado y psicólogo cumplan con su rol</li> <li>● Protege el derecho y garantías de las víctimas y del investigado</li> <li>● Formula las preguntas y declara la admisibilidad de las del defensor del investigado</li> <li>● Verifica la calidad de la transcripción</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>● Realiza las preguntas por medio del juez</li> </ul>
-----------------	---	--

¿Qué tanta importancia tiene las declaraciones de las presuntas víctimas de abuso sexual infantil?

Considero que la importancia tiene varios caracteres, primero, ayuda a que no se revictimice la dignidad del menor. Se sabe que el menor puede declarar que ha sido abusado sexualmente en muchas ocasiones, al profesor de escuela, a los directores de escuela, padres de familia, policías, fiscales y jueces, por lo que es importante evitar que el menor brinde sus declaraciones muchas veces. Se entiende como revictimización a lo señalado por Dupret y Unda (2013):

[R]esultado de la implementación de procedimientos de atención inadecuados que trazan una ruta llena de obstáculos, y que no respetan la vivencia penosa de la

víctima, reactivando emociones negativas en relación con el delito y propiciando una repetición de la experiencia de violencia. La otra causa muy inquietante de revictimización es la falta de coordinación interinstitucional, de modo que nadie se hace responsable de lo que está ocurriendo a lo largo del proceso, y menos aún de los sentimientos del sujeto infantil y de sus familiares, ni tampoco de los problemas que atraviesan a consecuencia de la intervención (pág. 102).

También lo señalado por De Romaña (2021) que la revictimización se distingue por dos situaciones, la primaria que es generada por el ataque a la víctima; la revictimización secundaria que es “un innecesario sufrimiento de la víctima por enervarse a denunciar y activar un proceso penal en contra de alguien” (pág. 158).

Por lo tanto, es necesario tomar medidas que eviten revictimización en los menores. Como el implemento de la entrevista con psicólogo facilitador en Cámara Gesell que se graba en audio y video para su exhibición en juicio oral, que evita que el menor declare en muchas ocasiones y del procedimiento de prueba anticipada.

En segundo lugar, la entrevista con psicólogo en Cámara Gesell en prueba anticipada es una externalidad positiva respecto de la credibilidad de las declaraciones, justamente, la forma en cómo se obtiene una declaración es un factor importante para determinar que el análisis del contenido de la declaración sea creíble (credibilidad).

Sobre la credibilidad, Nieva (2010), sostiene:

[D]epende por completo de lo que le parezca al juez, que tampoco tiene criterios precisos para valorar esa credibilidad, [...] simplemente utiliza lo más sesgado de su sentido común más cotidiano, intentando adivinar expresiones faciales que personalmente, sin criterio científico alguno, le parezca que expresan mentira. O en el

mejor de los casos deduciendo a través de la declaración que el relato que realiza el declarante es o no coherente, sin darse cuenta de que la mayoría de incoherencias de un testimonio no evidencian que una persona esté mintiendo, sino que en realidad no recuerda lo que ocurrió, y es incapaz de darse cuenta de que en realidad no lo recuerda (pág. 155).

La conformidad de los jueces de solo tener credibilidad de las pruebas personales ha generado que la interpretación de las declaraciones testimoniales se valore de manera errónea, puesto que, si bien la finalidad de la utilización de las pruebas es el esclarecimiento de la verdad de los hechos, los métodos y criterios que los órganos judiciales aplican, no necesariamente son los correctos y lo que se pretende es la honestidad de la declaración. Sin embargo, una declaración puede ser expresado honestamente y ser falsa, o viceversa, una declaración puede ser dicha de manera deshonesto y ser verdadera. Por otro lado, la verdad se obtiene cuando se ha cuestionado la declaración y pese a ello, la declaración es creíble porque se ha seguido una serie de acreditaciones respecto de la realidad de los hechos (Gonzales & Manzanero, 2018, pág. 14) (v.gr. una persona que ha sido víctima de un asalto con una pistola puede estar seguro que dicha arma es verdadera y hasta se atrevería de dar otras características, incluso los testigos pueden ratificar lo afirmado por la víctima; sin embargo, en el momento de la detención el arma que portaba dicho sujeto es de juguete).

Algo que se debe tener en cuenta es que existe una distinción entre la fiabilidad de la credibilidad, siendo la primera un método independiente de la creencia del sujeto, como sí lo es la credibilidad (Vázquez Rojas C., 2022, pág. 279). La credibilidad depende de los criterios propios particulares de una persona.

Por lo tanto, debemos trascender la brecha de valoración a la fiabilidad y no conformarnos con la sola credibilidad. A propósito, lo señalado por la Corte Suprema con la Casación N.º 1952-2018 AREQUIPA, del veintiocho de octubre de dos mil veinte, que “mediante la sana crítica racional, el juez debe determinar la credibilidad (sic) y el grado de eficacia probatoria de los medios de prueba, en particular las declaraciones testimoniales” (subrayado es mío), es preferible denominar “fiabilidad” por credibilidad puesto que la credibilidad de los testimonios no promueve la sana crítica racional, sino la limita; por la sana crítica racional debe promoverse la aplicación de los aportes científicos fiables como la psicología del testimonio. No solo se tendría un testimonio creíble, sino también fiable.

Ahora bien, señalé que, además de evitar la revictimización a los agraviados, la Cámara Gesell puede aportar mayor credibilidad a la práctica. De manera superficial, el hecho que sea en un ambiente adecuado y con un psicólogo forense no es suficiente ni ser de “alta fiabilidad” como señala el Recurso de Nulidad 577-2019 Lima Sur, del 18-08-2020, denominada Cámara Gesell. Porque dependerá que el psicólogo aplique el protocolo, que juez y las partes lo conozcan y estas últimas también el caso para que formulen las preguntas adecuadas y el juez admita las que no revictimicen y permita que las partes acrediten sus proposiciones fácticas y todos ellos controlen el trabajo del psicólogo entrevistador bajo el protocolo citado.

La práctica de la prueba testifical tiene un fin epistémico: que la prueba sea fiable, es decir, tener alto grado de exactitud (o precisión) de la declaración (Vázquez Rojas C., 2022, pág. 246). Ahora bien, para poder saber cuándo una declaración es fiable, no basta con el mero informe de algún documento, como las actas de entrevista que se realizan en Perú donde se detalla la participación de las partes involucradas, así como las observaciones que se

presentan; o la transcripción de la entrevista que puede presentar problemas<sup>6</sup>. Ya se sabe que es la práctica de la prueba la que debe suplir este problema. Por ende, nuestros jueces deben saber las herramientas que usarán las partes para cuestionar la fiabilidad de la prueba testifical.

Además, nuestro país no es el único que tiene un protocolo de entrevista única. A continuación, presento los países que aplican un procedimiento de entrevista a menores víctimas de abuso sexual.

### **3.1. Países que utilizan Protocolos de entrevista a víctimas de abuso sexual**

Existen características en común en todos los protocolos de entrevista única con psicólogo entrevistador o facilitador en Cámara Gesell y son las estructuras compuestas por etapas, la compenetración o Rapport, que debe haber entre el psicólogo y la víctima, las técnicas de preguntas abiertas y el cierre. Además, cada protocolo que analicé presenta características particulares.

#### **3.1.1. Chile**

El 20 de enero del 2018, se regulan las entrevistas grabadas en video y otras medidas de protección a menores víctimas de abuso sexual mediante la Ley 21057 que previene la revictimización de los NNA y evitan daños psicológicos que pueden sufrir en cualquier etapa del proceso penal. Para ello, los testimonios que brinden las víctimas tendrán que ser grabadas con un entrevistador que deberá seguir un protocolo. El procedimiento de obtención de declaración es en Cámara Gesell.

---

<sup>6</sup> Las transcripciones son gramaticalmente problemáticas porque: i) presentan errores de sintaxis en el sentido que las oraciones pueden verse desordenadas y, ante la ausencia de comas hiperbáticas y otros tipos, generen un meollo lingüístico difícil de interpretar; ii) la ausencia de conocimientos básicos de gramática por parte de los transcriptores genera problemas cuando estos interpretan a su modo lo que ha dicho el menor, escribiéndolo sin usos de comas, puntos, puntos y comas, etc. Estos problemas pueden estar referidos a la interpretación puesto que se pueden generar ambigüedades.

Esta Ley contiene una serie de protocolos tales como a) derivación de denuncias que da las indicaciones de cómo se puede llevar a cabo una denuncia del menor, quiénes la reciben y quiénes pueden hacerla, b) medidas de resguardo de la salud física y psíquica de NNA que inicia con la recepción de la denuncia y que el fiscal dispone del traslado del menor a un Centro de Salud para darle debida atención física y psíquica, existen factores para considerar la gravedad de la situación, c) Coordinación de medidas de protección para NNA que paralelamente se efectúa con el inicio de la investigación penal, d) medidas de resguardo para la seguridad y privacidad de NNA, e) Medidas de resguardo para la seguridad y privacidad de NNA, f) Medidas de resguardo del ejercicio pleno de sus derechos conforme al desarrollo de sus capacidades, I) Procedimiento de la entrevista investigativa e intermediación.

Cabe resaltar, que la Ley obliga al entrevistador a señalar en audiencia de juicio por qué decidió optar por una técnica o metodología y las preguntas que se realicen al entrevistador son exclusivamente para revisar su metodología (art. 18, inciso “d”). Por otro lado, también presenta un proceso de formación de entrevistadores.

Esta Ley no presenta cuáles son las metodologías que debería conocer un psicólogo; sin embargo, Chile ha realizado la Evaluación pericial psicológica de credibilidad del Testimonio (2008) un Documento de Trabajo que aporta científicamente a la investigación pericial de los testimonios de víctimas de abuso sexual y que ayuda al juez a obtener resolución a cuestiones como: ¿dice la verdad un menor cuando relata haber sido víctima de tocamientos?, ¿pudo haber sido objeto de influencias para denunciar?, ¿por qué denunció ahora y no antes?, ¿se observa un menor afectado psicológicamente por los hechos que

resalta?, etc., que será objeto de debate en el juicio oral, desde una perspectiva psicológica y que aporte al juez en su decisión como elementos de prueba más sólidos.

### **3.1.2. Argentina**

La Ley 25.852 (Código Procesal Penal) establece que menores víctimas de abuso sexual menor de 16 años solo pueden ser entrevistados por un psicólogo especialista en NNA y que no puede ser interrogado en ningún caso por el Tribunal (art. 250 bis). Además, mediante DOVIC (Dirección de Orientación de Víctimas) se ha realizado un Protocolo de actuación del programa especial para la atención de niñas, niños y adolescentes víctimas de maltrato y abuso sexual de la dirección de orientación, acompañamiento y protección a víctimas del Ministerio Público que pretende evitar la revictimización secundaria y realizar actuaciones interdisciplinarias, especializadas y de calidad. A fin de evitar la necesidad de repetición de la declaración del menor en forma personal, se observarán las exigencias del Art. 274 del CPP disponiendo la video-filmación u otro medio de similares características de registración del acto, para su eventual incorporación ulterior al debate oral.

El Protocolo de actuación de los programas especiales (2015) señala que, para el procedimiento de entrevista, se busca obtener los antecedentes de la situación denunciada (se debe tener los documentos del caso), se pone especial atención a todas las declaraciones previas de la víctima y de la persona denunciante para evitar de reiteración de relatos y se recaba información del estado procesal actual con relación a las denuncias (pág. 25). Se evalúa cada caso de manera particular atendiendo necesidades específicas para posteriormente ofrecer la posibilidad de asistir a una entrevista con profesionales del equipo. Para ello, se realiza un diagnóstico situacional de la víctima teniendo en cuenta su

estado emocional, su entorno, y características de la dinámica familiar para proponer líneas de acción si el caso lo requiere.

Sin embargo, Argentina presenta problemas similares al Perú: ausencia de psicólogos y Cámaras Gesell que producen retrasos en su implementación. No hay un protocolo que determine que el juez califique las preguntas y la admita o rechace, aunque si dicha pregunta (generalmente del defensor) es impertinente, el fiscal (o auxiliar fiscal), o juez o funcionario autorizado puede oponerse a la misma. Si hay incidencia, la misma quedará reflejada en el Acta que se realizará en ese sector apartado de la sala donde se encuentra la menor.

### **3.1.3. Colombia**

Sobre las declaraciones de menores de edad víctimas de abuso sexual, señala un defensor público de Medellín:

En Colombia el trámite para escuchar al menor es con la ley 1652 que en cierta forma es un disfraz de una prueba anticipada porque no se hace en el juicio, pero se le hace un tratamiento de una prueba de referencia, es decir, se admite como prueba de referencia excepcional del artículo 438 de la ley 906 de 2004. El problema jurídico fuerte es que la ley 1652 del 2013 no regula propiamente la contradicción en la entrevista que se le hace a la menor, no es ante un juez de control de garantías, es ante un funcionario del CTI (Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación) que debe ser especializado en el tema. Entonces, aun así, si se le hace la entrevista con la ley 1652 del 2013, puede también ser llevado a juicio y allí es en donde sí opera la contradicción porque el menor puede deponer conforme a la Cámara Gesell, con preguntas que le realiza la fiscalía y una defensora de familia le hace la entrevista en presencia de un

juez, es decir, la menor con la defensora de familia en la cámara Gesell. Ella no observa los que están allá, al juez ni a la defensa, al Ministerio Público ni al presunto victimario, sino que está en la cámara Gesell dando respuesta a ellos, de todas formas se le pueden objetar las preguntas, también contra interrogar de ser necesario y entonces la conclusión que yo veo es que en Colombia el tratamiento como prueba anticipada disfrazada de la entrevista no lo es tal sino que más bien es una sesión de una prueba de referencia que puede ingresar al juicio sin necesidad de que haya una contradicción, lo que vulnera los derechos del acusado en su momento.

#### **3.1.4. México**

En México hay dos tipos de entrevista: una entrevista normal en donde no se graba y quien la realiza es el Ministerio Público mediante el fiscal y quienes acompañan al menor son sus padres y el psicólogo, pero solo para darle contención y no tamiza preguntas. La otra entrevista que sí se graba es un dictamen pericial realizado por un psicólogo forense experto en psicología del testimonio y realiza una valoración de credibilidad y confiabilidad del testimonio, en juicio se analiza la grabación en CD.

El código procesal penal mexicano no regula la prueba anticipada ante menores ni se graba la entrevista a menores, solo se graba la pericia psicológica. Para anticipar la prueba testifical del menor, se acude a la interpretación de los tratados y al derecho del interés superior del niño, no se debería acudir a este tipo de herramientas porque el Código debió preverlo. Cabe resaltar que en México se ha publicado el Amparo en revisión 3797/2014 que señala que para la valoración del testimonio se debe apoyar de expertos en psicología del testimonio (Para más información ver: <https://fb.watch/bsG-pss2Vu/>).

### **3.1.5. Puerto Rico**

En Perú, la declaración de menor con psicólogo en Cámara Gesell, víctima de abuso sexual, generalmente exceptúa la concurrencia de la declarante para la contradicción en juicio oral, puesto que la declaración es única para evitar su revictimización. En Puerto Rico es diferente (sistema acusatorio adversarial o anglosajón) donde prevalece el derecho al careo que es parte esencial del derecho a la confrontación incluso en casos de delitos de agresión sexual debido a que “contribuye significativamente a la búsqueda de la verdad y a un juicio justo” y que “es más difícil mentir frente a una persona o perjudicada con la mentira, que lo que sería de espaldas o ausencia de esa persona” (Chiesa Aponte, 2018, págs. 82-83). Escogiendo el imputado quien lo juzga, mayormente ante jurados populares por la naturaleza de la decisión, si hay prueba más allá de una duda razonable producida por la fiscalía en el juicio oral, para que pueda ser condenado. Prueba que solo se produce en el juicio oral a través de órganos de prueba, no hay prueba anticipada, no se oraliza declaraciones personales, no hay actos de investigación en actas escritas, para ellos prima la inmediación física, la expresión oral y corporal, “el papel no habla no se ruboriza, no se conainterroga”.

### **3.1.6. Ecuador**

Ecuador tiene el Protocolo de entrevista forense mediante escucha especializada para niños, niñas y adolescentes las cuales está compuesta de dos etapas y contiene características particulares como, por ejemplo:

- No se deben realizar lecturas de la denuncia, no incorporar ningún tipo de información documental (fotografías, documentos, grabaciones, etc.) al niño, niña o adolescente, ya que esto implica una alta probabilidad de insertar falsas memorias y de inducir su relato y testimonio.

- Las preguntas deben ser adaptados a la capacidad de lenguaje del entrevistado y al nivel del desarrollo cognitivo y emocional conforme al interés superior del mismo.
- Los entrevistadores son psicólogos especializados con entrenamiento específico
- Existen dos etapas en la entrevista: Una etapa introductoria destinada al establecimiento de la empatía; y otra segunda etapa (realización de entrevista) que se busca conversar sobre los posibles hechos ocurridos, es la parte central de la entrevista. Se establece el Rapport, se realizan estrategias de transición de preguntas (de preguntas abiertas, a más enfocadas) y estrategias de realización de dibujos para una descripción detallada del lugar de un acontecimiento o dibujar una figura o un mapa del sitio.

### **3.1.7. Costa Rica**

En Costa Rica se tiene el manual Reglas prácticas para reducir la revictimización de las personas menores de edad en procesos penales (mediante circular N° 92-2005. Posteriormente mediante sesión N° 1-2020 del 7 de enero del 2020 publicada en el Boletín Judicial N° 67 del 1 de abril del 2020 mediante circular N° 30-2020 del 28 de febrero del 2020) regula el procedimiento de la obtención de la entrevista a menor víctima de abuso sexual. El procedimiento es pericial sin Cámara Gesell y quien hace la entrevista es el perito que canaliza las preguntas de las partes. Sin embargo, el menor es asistido por un psicólogo del Poder Judicial y una trabajadora social para sobrellevar la audiencia de debate las cuales evitan el contacto directo entre menor y acusado. Se pueden crear espacios adecuados para que el menor tenga un ambiente tranquilo y acogedor. En un mismo peritaje se recaben pruebas periciales corporales y testimoniales. No existe etapas de entrevista.

La finalidad común con nuestro procedimiento es evitar la revictimización y las características, proteger la identidad, la brevedad de obtener la declaración, la anticipación de la prueba.

En consulta a juez superior de Costa Rica sobre el procedimiento en Cámara Gesell, señala:

En el caso de los delitos sexuales, tradicionalmente se toman las denuncias en cámara Gesell; participa un psicólogo o participan todos los peritos que deben, necesariamente, realizar algún tipo de pericia, participa también la fiscalía y allí se le toma la denuncia penal. La idea, es no revictimizar y que todos los peritos que deban cumplir alguna diligencia lo hagan en ese momento. En esos casos, ese niño o niña que declara ante una cámara Gesell, sí están obligación de venir a juicio a rendir una declaración en debate, por lo que el privilegio es hacia el sistema acusatorio garantista, no que una denuncia tomada en cámara Gesell genera el hecho de que la víctima no deba presentarse a debate. Esto porque no se realiza con la participación del imputado y la defensa, primero que todo no se realiza mediante la posibilidad de un anticipo jurisdiccional de prueba y que la noticia criminal debe servir únicamente de noticias y no un anticipo jurisdiccional de prueba. Es obligación de la víctima acudir a juicio al rendir su declaración y es la única vez en que lo realiza de manera en contradictorio ante el tribunal de juzgamiento en participación de la fiscalía.

### **3.2. Problemas en la funcionalidad**

Nuestro ordenamiento jurídico peruano ha hecho su esfuerzo por reforzar la práctica de la prueba testifical; sin embargo, considero que falta mayor orientación epistémica. Pues bien, los factores de funcionalidad de la práctica de prueba testifical son “trabas” para que sea

correcta. Mientras que los problemas en la práctica estricta se refieren al modo de la realización.

A continuación, indicaré cuáles son los problemas que suceden en algunas Cortes Superiores de Justicia. Para ello, hice encuestas a jueces, fiscales, abogados litigante y psicólogos para tener un panorama más amplio y de quienes intervienen en tal prueba personal. Pondré como ejemplo a Loreto y otras jurisdicciones para reforzar mi tesis.

### *3.2.1. Ausencia de psicólogos, médicos o profesional de entrevista forenses especializado en psicología del testimonio.*

Actualmente, en el Perú, según el Colegio de Psicólogos del Perú, se tiene 46110 psicólogos colegiados a nivel nacional dedicados a distintas disciplinas. Sin embargo, toda esta población de profesionales está enfocada en distintas ramas de la psicología, pero muy escasamente en la forense. Por dicha escasez, algunos psicólogos deben ocupar cargos cuya especialidad no la tienen<sup>7</sup>. Ahora bien, la población se reduce más al momento de encontrar la específica especialidad que se requiere para la obtención de la declaración del menor presunta víctima de abuso sexual: la psicología del testimonio, que estudia el conocimiento de la memoria, conforme lo establecen últimos estudios altamente científicos de español Antonio Manzanero (Manzanero, 2010) e italiana Giuliana Mazzoni (Mazzoni, 2019), que no se enseña en las facultades de psicología de nuestro país. Aunado a este problema, el salario que percibe un psicólogo forense en una entidad pública (que es donde más se necesitan) no es lo suficiente como para que genere incentivo a estudiarla. Esta especialidad se aplica en entidades como Ministerio Público, Poder Judicial, Policía

---

<sup>7</sup> Para más información: "En el Perú hay un mercado laboral importante para los psicólogos". En Andina. Agencia peruana de noticias. 8 de mayo de 2020. Lima. <https://andina.pe/agencia/noticia-en-peru-hay-un-mercado-laboral-importante-para-los-psicologos-750790.aspx>

Nacional, Centro de emergencia mujer, donde salarios no son los que merecen si no menores y tienen mucha carga laboral, por lo que no incentiva la inversión en estudiarla. No existe enseñanza de psicología del testimonio en pre ni posgrado de facultades de psicología en universidades. Menos en las de derecho o AMAG (Academia de la Magistratura) en esta última solo hay curso electivo, para que las partes hagan las preguntas idóneas y conjuntamente con jueces puedan controlar al psicólogo que tamiza preguntas, que puede hacerlo incorrectamente y/o aplicar métodos que se aleje de Guía-Protocolo o seleccionado el mejor no aplicarlo totalmente.

En Loreto, el Poder Judicial cuenta con un equipo de 06 psicólogos que solo atienden casos en materia de familia - civil (tenencia, divorcio, régimen de visitas, etc.), familia – tutelar (violencia contra la mujer para el otorgamiento de medidas de protección), y familia – penal (menores infractores). Mientras que el Ministerio Público, cuenta con un equipo de 07 profesionales dentro del área de psicología, quienes son distribuidos por turnos (mañana - tarde), encargándose de las atenciones de entrevistas psicológicas y Cámaras Gesell (entre ellas las solicitudes para prueba anticipada). Respecto a las atenciones de esta área en las demás Provincias, al no contarse con psicólogos designados por la UML – Loreto, las diligencias en las Salas de Entrevista Única, se realizan con el apoyo de los psicólogos asignados al Centro de Emergencia Mujer (CEM) y/o Centro de Salud de la zona.

Debido a los fenómenos de ocultación y acomodación, [...] es vital que ésta [la entrevista] se lleve a cabo por expertos. El profesional que entreviste a un niño debe tener conocimiento especializado en psicología infantil, desarrollo psicoevolutivo - en especial con lo cognoscitivo-, técnicas de recuperación de memoria, protocolos de entrevista, procesos de la revelación y teoría del abuso sexual, entre otros. El

objetivo de llevar a cabo una entrevista es obtener información veraz, en tiempo, modo y lugar de los hechos motivos de investigación. Esto debe llevarse a cabo dentro de un contexto conversacional en un ámbito de respeto y dignidad, entendiendo la prioridad que tienen los derechos de los niños. El entrevistador debe conducir la entrevista teniendo en cuenta el nivel de desarrollo cognoscitivo, lingüístico, nivel de razonamiento, nivel de conocimiento y emociones del niño. Esto hace que la información obtenida del menor sea de mayor confiabilidad. También es imperativo que quien conduzca la entrevista entienda que la revelación es un proceso dinámico que el niño víctima atraviesa en forma progresiva y lenta (Polo & Cabarcas, 2013, pág. 76).

Por lo tanto, si existiese latente carencia de psicólogos forenses, puede optarse por otros profesionales especializados en entrevista como señalo en el párrafo citado.

Sobre la especialidad del psicólogo entrevistador, cabe resaltar una diferencia en la psicología forense: psicología forense experimental y la psicología forense clínica. Tanto el objeto, como el objetivo varían. Para un psicólogo forense clínico, su prioridad es evaluar los daños en la víctima y determinar la imputabilidad de los criminales manteniendo la estabilidad psicoemocional, aun cuando ello implique borrar recuerdos (tratamientos psicopatológicos). Para un psicólogo forense experimental, la prioridad es evaluar la exactitud de las declaraciones, y su credibilidad como también la identificación de sospechosos, son especialistas en los procesos cognitivos. Este último, además, tiene dos roles principales en el proceso penal, evaluar las pruebas testificales como perito y asesorar al juez para que este comprenda la práctica pericial (Manzanero Puebla A., 2008, págs. 221-222). En un primer momento, la Psicología del Testimonio estudia la Psicología de la

Memoria y la Percepción en entornos cotidianos conllevando un desarrollo paralelo de la Psicología Experimental. La Psicología del testimonio se encuentra en esta última especialidad.

Psicología Forense	Clínica	<ul style="list-style-type: none"> <li>● Inimputabilidad</li> <li>● Evaluación de daños a víctimas</li> <li>● Competencia.</li> </ul>
	Experimental (de los procesos cognitivos)	<ul style="list-style-type: none"> <li>● Identificación de sospechosos.</li> <li>● Evaluación de la exactitud de las declaraciones</li> <li>● Evaluación de la credibilidad.</li> </ul>

Cuadro parcial de psicología jurídica, según Manzanero (2008)

Si ampliamos la especialidad de la Psicología forense, esta, a su vez, es una rama de la psicología jurídica, las cuales se encuentran en la siguiente posición: cuadro.

Psicología Jurídica	Psicología forense, pericial o psicología aplicada a los tribunales
	Psicología penitenciaria
	Psicología criminalística o psicología jurídica aplicada a la función policial
	Psicología Jurídica aplicada a la resolución de conflictos
	Psicología del testimonio
	Psicología Judicial

	Psicología criminal o psicología de la delincuencia
	Psicología del trabajo y de las organizaciones aplicada al sistema de justicia

### ***3.2.2. Escasez de Cámaras Gesell***

Se tiene dato que, desde el 2008, fecha de la primera instalación de Cámara Gesell, hasta el 2019, se han establecido en el Ministerio Público 75 Cámaras Gesell estando 12 inhabilitadas (Barrenechea Arango, 2019) y para octubre de 2021, se registran 117 cámaras con 28 inhabilitadas. Además, según datos estadísticos, en el Perú ocurren 15 violaciones sexuales a menores, de manera diaria, aproximadamente.

Dicha escasez de cámaras Gesell en el Perú se ha vuelto tan latente que se ha declarado de interés público y prioridad nacional la implementación progresiva de cámaras Gesell en todas las fiscalías provinciales penales, de familia o mixtas de las provincias de los distritos fiscales y juzgados de familia de los distritos judiciales del país, mediante Ley 30920, publicado el 07 de marzo del 2019. Además, la pandemia de COVID 19 agudizó más la situación, porque hubo distritos fiscales que no contaban con presupuesto para poder instalar una cámara Gesell, incluso para el 2021, del total de cámaras Gesell, el 23.9% estaban inhabilitadas<sup>8</sup>.

En Loreto, el Poder judicial cuenta con 02 cámaras Gesell, uno para uso en materia de familia, y otra para el área penal; sin embargo, esta última al 2021 no se encontraba en funcionamiento. Mientras que el Ministerio Público, cuenta con dos Cámaras Gesell en la Provincia de Maynas –capital de la región Iquitos-. En ésta se atienden todos los casos que

---

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

derivan de las fiscalías provinciales Penales Corporativas de Maynas y de la fiscalía provincial Penal Corporativa de Loreto – Nauta, así como algunas diligencias de prueba anticipada que soliciten otras provincias.

### ***3.2.3. Programación de entrevistas tardías***

Las programaciones de entrevistas en Cámaras Gesell varían dependiendo de lo siguiente: si el proceso es común (no hay flagrancia) o si el proceso es inmediato (hay flagrancia). Si el proceso es común, es decir, pasa por todas las etapas del proceso, como son: investigación preparatoria y etapa intermedia, varía dependiendo de los factores anteriormente indicados (ausencia de psicólogos, técnicos de cámaras Gesell y sobrecarga de solicitudes), pudiendo demorar hasta de seis meses y a veces más de realizada la solicitud de audiencia de prueba anticipada. Por otro lado, cuando el proceso es inmediato – flagrancia- o porque el hecho punible no tiene más de 48 horas de haberse producido, se realiza la entrevista de manera inmediata, dándosele prioridad.

Por ejemplo, un juez de Pucallpa-Ucayali señala que la realización de la entrevista puede llevarse a cabo, luego de 10 meses de dicha solicitud, mientras en la provincia del Callao, tres días como máximo.

### ***3.2.4. ¿Vulneración del derecho de contradicción?***

Cuando se obtiene la declaración del menor con psicólogo en Cámara Gesell por ser presunta víctima de abuso sexual, se exceptúan y se omiten proteger algunas garantías procesales. En España, en un primer momento, el TC español señaló la relevancia de la contradicción en situaciones donde se practiquen las pruebas antes de juicio oral, que se respetan no solo cuando el investigado (o su abogado) interviene en la contradicción, sino también cuando este se ausenta “por motivos o circunstancias que no se deben a una

actuación judicial (STC 187/2003, de 27 de octubre, FJ 4). Entonces, la contradicción también se debe cumplir cuando el investigado está ausente previo a juicio oral por haberse negado a presentarse, huido o encontrado en rebeldía (STC 115/1998). Si no suceden estas circunstancias, no se admitían las pruebas testificales.

Sin embargo, posteriormente señala que, más que la prohibición de la prueba por ausencia de contradicción en etapas previas a juicio oral, se debería evaluar aquellas actuaciones por el hecho de obtener una información más fiable. Es decir, si se va a practicar una prueba testifical, previo a juicio oral y sin la presencia del investigado, esta debe realizarse para obtener una mayor información y de la forma más fiable posible. Para ello, se deberán compensar dichos déficits con criterios de valoración de prueba más exigentes. Por lo que se deben considerar los criterios que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha establecido en su sentencia *Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido*, especialmente en situaciones en donde la declaración previa de la víctima o testigo de cargo no ha sido interrogada por la defensa del investigado o es la única prueba que determina la culpabilidad del acusado. Esta sentencia “ya no exige medidas que compensen los déficits de defensa que permitan un grado de confrontación, sino medidas que permitan asegurar por otras vías la fiabilidad del testimonio” (Alcácer Guirao, 2013).

En el Perú, para la obtención de una declaración sin la intervención de una de las partes, se han seguido los lineamientos del TEDH siguiendo tres criterios de comprobación, en su Recurso de Nulidad N° 420/2018 Cajamarca, fundamento séptimo<sup>9</sup>:

---

<sup>9</sup> También en otras resoluciones como Acuerdo Plenario 1-2019, fundamento 33, de 22-05-2018; RN 1556-2017 Puno, 1-10-2018.

- (i) *si había un motivo justificado para la no contradicción en la actuación del acto de aportación de hechos;*
- (ii) *si la declaración de la víctima y de los testigos serían el fundamento único o determinante para la decisión; y,*
- (iii) *si había elementos de compensación, principalmente sólidas garantías procesales suficientes para contrarrestar las dificultades causadas a la defensa y asegurar la equidad del procedimiento –a más importancia de las declaraciones sin contradicción más sólidos los elementos de compensación[...]. Esta doctrina ha sido correctamente seguida por la STSE 182/2017, de veintidós de marzo.*

La declaración de la presunta víctima de delito sexual debe practicarse con psicólogo en cámara Gesell a través de la prueba anticipada, bajo la dirección del juez de investigación preparatoria, participación del fiscal, con intervención obligatoria del abogado defensor del investigado, siendo estos 2 últimos quienes formulan las preguntas al juez, que las admite y dispone que psicólogo tamice y formule a la menor y también controlan labor del psicólogo, por lo que en esta etapa inicial del proceso –diligencias preliminares o investigación preparatoria y posteriormente en el juzgamiento porque una de las partes ofreció en la etapa intermedia y fue admitida la exhibición de la grabación de tal prueba anticipada, oferente la práctica, saca sus conclusiones y refuta la contraparte. Así se garantiza contradicción (Casación 21-2019 Arequipa Sala Penal Permanente fundamento de derecho quinto, cuarto párrafo)

Aunque si estuviéramos en el juicio oral ya se contaría con todos los actos de investigación que se convertirían en pruebas y por lo tanto la posibilidad de contradicción es más amplia

al conocer la máxima información posible para refutar entrevista de la menor después de la exhibición y con otras pruebas que se produzcan y en el alegato de clausura.

En todo caso si se considera que habría una excepción a la contradicción en términos amplios, en los casos señalados, en primer lugar, siempre debe haber corroboración del contenido de la entrevista de la menor con las distintas pruebas posibles (examen médico legal, psicológico a la menor y al imputado, testimoniales y otros) al ser un delito cometido bajo clandestinidad, y en segundo lugar debemos saber cómo obtener fiabilidad probatoria de la citada entrevista. ¿Nuestro ordenamiento jurídico garantiza que la prueba testifical obtenida con psicólogo en Cámara Gesell por prueba anticipada presente “fiabilidad probatoria”? ¿Cuáles son los problemas que tiene la práctica de prueba testifical, con psicólogo en Cámara Gesell? ¿La psicología del testimonio debe ser aplicada en estas diligencias para obtener mayor fiabilidad? ¿Por qué?

### **3.3. Problemas en la práctica**

Los juicios de credibilidad de las pruebas testificales con Cámara Gesell y con psicólogos forenses, presentan problemas como acabo de señalar que son un riesgo. Por ello, considero deben tenerse criterios más objetivos determinados en estándares de suficiencia probatoria (Ferrer Beltrán, 2021) y de manera helicoidal que muestre progresividad epistémica. Eso ha ocurrido tiempo antaño, y es lo que deviene ahora: trascender los juicios de credibilidad.

#### *3.3.1. Aplicación de técnicas y/o protocolos con alto margen de error*

Otro de los problemas en la práctica de la prueba testifical es el mal uso de la técnica de entrevista y de protocolos para el procedimiento de entrevista en Cámara Gesell. La Guía de entrevista puesta en vigencia por el MP en 2016, bajo la dirección del fiscal como prueba anticipada, utilizaba el protocolo SATAC de Cornerhouse, que recomendaba el uso

de dibujos y muñecos en la entrevista, dejándose de aplicar en este extremo. Por ser riesgoso en la toma de declaración puesto que distraería al menor y no podría entender la seriedad del asunto en que se encuentra. El año 2019 el Poder Judicial puso en vigencia un protocolo para adecuarlo a la prueba anticipada prevista para la entrevista de la menor víctima de delito sexual.

En el Perú, la técnica de entrevista se realiza mediante un protocolo con directrices que el psicólogo, juez y partes deben de seguir para evitar las victimizaciones secundarias al menor y obtener una información más amplia, de calidad de los hechos y sin repeticiones. El Protocolo de entrevista única para niñas, niños y adolescentes en cámara Gesell del Poder Judicial (en adelante PJ), por carencias humanas –falta de psicólogos- y logísticas – no existencia de cámara gesell y equipos de grabación - se está aplicando progresivamente en todos los juzgados del Perú, porque en algunos distritos judiciales, se continua realizando con el psicólogo y cámara gesell del Ministerio Publico y aplica su Guía de entrevista Única del Ministerio Publico, a pesar que ya no es prueba preconstituida bajo la dirección del fiscal si no prueba anticipada dirigida por el juez de investigación preparatoria donde el fiscal actúa como parte contra defensa del imputado. Tras la vigencia de la ley 30862, de 25-10-2018 (Ley que fortalece diversas normas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar), es claro que la necesidad de una sola declaración de la víctima solo autoriza a que se realice ,siempre bajo la técnica de entrevista única, que comprende psicólogo y la cámara Gesell, mediante la prueba anticipada realizada bajo dirección del juez, conforme a las reglas y principios del juicio oral [Casación 21-2019 Arequipa, fundamento quinto]. Sin embargo, dado el riesgo de privar de libertad a un presunto inocente, estas deben tener una exigencia probatoria: la

fiabilidad que permitan alcanzar suficiente grado de certeza (Taruffo M., 2005, pág. 1303). Pero no es suficiente lo que señala el Recurso de Nulidad 577-2019 Sala Penal Corte Suprema, que la dirección de un psicólogo en un ambiente amigable y adecuado sin la presencia de otras personas es de “alta fiabilidad y basta con una sola declaración de la víctima” (fundamento quinto).

La fiabilidad de dicha información obtenida mediante las técnicas señaladas depende de criterios y herramientas que permitan llegar a un grado de veracidad de la prueba. Los criterios que nuestro ordenamiento ha establecido son i) la ausencia de incredibilidad subjetiva, ii) la verosimilitud y iii) la persistencia en la incriminación, no significando que la prueba se descarte por la ausencia de alguno [Acuerdo plenario 2-2005], pese a ello, algunos jueces consideran que sí, erróneamente (Ramírez Ortiz, 2020, pág. 211). Además, en casos de menores de edad, estos criterios no se aplican debido a que el estado mental es más complejo pudiendo contradecir dichos criterios (Nieva Fenoll, 2012). Por ello, los criterios para valorar una prueba testifical dependen de factores más minuciosos tales como la edad, desarrollo, entorno, tiempo, presión, estrés, memoria y condiciones personales, pero una cosa es tener credibilidad con los criterios y otra es tener fiabilidad (Vázquez Rojas C. , 2022, pág. 279).

Por tanto, en situaciones donde se practique prueba testifical de menor de edad con psicólogo en Cámara Gesell, se debe tener en cuenta lo siguiente:

1) Las pericias psicológicas sobre la credibilidad del testimonio no es la labor que realizan psicólogos en Cámara Gesell (al menos en Perú), sino, solo como facilitadores o tamizadores de la entrevista, y, después, se practica una pericia sobre la credibilidad del testigo. Al respecto, sigo la misma línea de Gonzales y Manzanero, que la evaluación de

credibilidad del sujeto no es suficiente y que por ello deba realizarse una evaluación sobre la exactitud del testimonio (Gonzales & Manzanero, 2018, págs. 29-41);

2) El campo de estudio de los psicólogos forenses es amplia y no necesariamente todos los psicólogos forenses están especializados en analizar la credibilidad de la declaración de un menor. Si bien no podemos llegar a tener siempre una verdad absoluta, esta debe contener una probabilidad alta y exigente para determinar la privación de libertad u otros derechos de una persona (Ferrer Beltrán, 2021). Así, debemos quitarnos el sesgo cognitivo de representatividad al pensar que los niños son inocentes y, por tanto, no dicen mentiras. También, que una declaración sincera es verdadera puesto que una declaración mentirosa también puede conllevar a una verdad (De Paula Ramos, 2019).

3) Que, mediante métodos corroborativos fiables se puedan conocer los factores de verdad y falsedad de un relato. Por lo que el perito deberá analizar de manera sistemática todas las actuaciones, policiales, fiscales o judiciales, antes de realizar la entrevista.

#### **4. Roles del juez, Fiscal, defensor del imputado y psicólogo**

Al interrogar a menor, pueden cometerse errores metodológicos sobre la captación de información que proporcionan los adultos a través de cuestionarios de desajustes psicológicos infantiles. Los estudios han manifestado inconsistencias cuando se comparan datos obtenidos de fuentes adultas y del propio menor [cuando quieren proteger el honor de sus padres (Neyra Flores, 2020, pág. 81)], sobre todo, en las conductas internas. Mayor es la incidencia cuando el denunciado es uno de los progenitores “y el que aporta la información sobre el estado psicológico del hijo es el otro progenitor” (Teresa Scott, Manzanero Puebla, Muñoz, & Köhnken, 2014, pág. 59). Por esa razón, se debe tener en cuenta que i) los adultos que informan tienen sus expectativas y motivaciones lo que

condiciona la información que proporcionan (pág. 61), y también que, en el momento de hacer la denuncia, se debe considerar lo que dice la Ley.

Por ello, el fiscal debe preocuparse en proteger los indicios subjetivos evitando la contaminación del testimonio. Por ejemplo, que el menor se comunique con personas que también han estado presentes en el hecho delictivo para “confirmar su recuerdo” o que se hable de lo que se ha dicho en la entrevista única o qué dijo el testigo o la parte contraria (De Paula Ramos, 2019, pág. 52).

Para recibir las denuncias, existe el Protocolo de Actuación Interinstitucional Especifico de Trabajo y Coordinación entre el Ministerio Publico y la Policía Nacional del Perú, de Noviembre del 2018, que establece que en el proceso de diligencias preliminares existe coordinación para la recepción de las denuncias señalando lineamientos obligatorios sobre los actores (MP y Policía Nacional) y las siguientes actividades: “Cuando las denuncias sean recibidas en las dependencias policiales deberán consignarse los datos útiles para identificar y ubicar a los sujetos intervinientes en el hecho (denunciante, testigo y denunciado), de conformidad con el anexo 1 del presente protocolo; identificando al instructor a cargo y al jefe del Área de Investigación “ y si corresponde a una Unidad Especializada deben recibirla obligatoriamente los efectivos policiales de la Comisaria a donde se acudió . Cuando la denuncia sea verbal, se exige la comunicación inmediata de la policía con el fiscal Provincial de Turno, vía llamada telefónica sin perjuicio de la aplicación de los artículos 67° y 68° del CPP (pág. 11)<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> Para más información, ver dicho protocolo con el presente enlace: <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1526234/PROTOCOLOS-DE-ACTUACION-DE-INTERINSTITUCIONAL-VERSION-FINAL-2021.pdf>

Sobre lo anterior, de cómo manejar eficientemente las denuncias de las menores víctimas de abuso sexual sin revictimizar, se puede tomar en consideración protocolos para determinados rangos etarios en base a pruebas analizadas. Considero que, si se va a evitar revictimización en los menores de edad víctimas de abuso sexual o de violencia de cualquier tipo, debemos entrenar no solo a jueces, fiscales y psicólogos; sino también a policías para que el procedimiento de recepción de denuncias sean las menos revictimizadoras.

Óptimo sería incorporar en la Guía de entrevista procedimientos específicos para valorar, por parte de psicólogo, fiscal, defensa de imputado y juez, las capacidades para testificar del menor, como por ejemplo el Capalist que evalúa dos tipos de capacidades: primarias y específicas<sup>11</sup>. Las primarias, sobre la capacidad de memorias, perceptivas y atencionales. En las capacidades específicas, otras capacidades cognitivas como capacidades de comunicación, interacción social, identificación de estados mentales, capacidad moral, es decir, en la capacidad de distinguir la verdad de la mentira y lo bueno de lo malo, en sugestividad, en capacidad de generar representaciones mentales. Una declaración debe empezar permitiendo al testigo narrar libremente los hechos, sin interrupciones y, solo después, hacerle preguntas, grabándose, si es posible, la declaración (De Paula Ramos, 2019, pág. 175). De tal forma que se pueda comprobar el contexto en que se realiza la declaración y que no haya ninguna intervención ilegal que no obre en acta de transcripción de declaración, como que sean preguntas sugestivas, que no haya respondido de esa manera, que haya coacción, etc. Estas preguntas no deben ser improvisadas, y deberá anticiparse a la obtención de información de interés policial y judicial, “a fin de no olvidar

---

<sup>11</sup> Para más información, ver: [http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/tesisuned:ED-Pg-PsiSal-Easilva/SILVA\\_NOZAL\\_EVA\\_ANATOLIA\\_Tesis.pdf](http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/tesisuned:ED-Pg-PsiSal-Easilva/SILVA_NOZAL_EVA_ANATOLIA_Tesis.pdf)

el abordaje de ninguno de ellos, aunque no los buscará directamente (esperará que afloren espontáneamente) y estará abierto a nuevos datos inesperados”. También, los efectivos policiales que realicen este tipo de entrevistas deberán tener habilidades de escucha y habla para manejar situaciones con ligera carga emocional (llanto, ira, crítica, etc.), tener experiencias en la investigación criminal relacionados al procedimiento semiestructurado de entrevista indagatoria (Gonzales & Manzanero, 2018, págs. 18-19). En el Perú, los policías no están autorizados a realizar estas entrevistas, ni directamente los fiscales ni las partes y/o juez, que lo hacen a través de facilitador o tamizador de la entrevista psicólogo, que debe ser forense, sino es a través de prueba anticipada, donde el fiscal y defensa del imputado son quienes plantean las preguntas al juez de investigación preparatoria que dirige la prueba anticipada, que las admite y autoriza que el psicólogo las formule con su técnica y procedimiento previsto en la respectiva Guía del Ministerio Público y/o Protocolo del Poder Judicial para no revictimizar a menor y que partes puedan acreditar sus proposiciones fácticas que se grabara en audio y sonido.

En la entrevista, el juez debe realizar las siguientes acciones:

- a) Dar a conocer los derechos del NNA, contemplados en la Guía del MP o protocolo del PJ, con cuál se realice.
- b) Dar a conocer a los participantes el significado, motivo, importancia y finalidad de la entrevista única en la Cámara Gesell. Así como la seriedad de la obtención de la declaración. Además, que el niño tenga claro la seriedad de la entrevista evitando la informalidad y una entrevista lúdica (Mazzoni, 2019, pág. 112)

- c) Formular las preguntas cuando el psicólogo forense haya culminado de trasladar las preguntas de las partes. Para ello, deberá limitarse a plantear preguntas abiertas (De Paula Ramos, 2019, pág. 175).
- d) Dirigir la diligencia a fin de proteger el interés superior del niño y su integridad admitiendo preguntas de las partes que cumplan con ello y sean conducentes, pertinentes y útiles.
- e) Evitar que el NNA tenga contacto directo con el procesado por algún medio físico o electrónico.

El juez, primero, debe conocer el protocolo de entrevista, para que pueda interrumpir al psicólogo/a en caso no cumpla con dicha guía y protocolo<sup>12</sup>, además de transmitir las preguntas formuladas por las partes. Mínimamente debe conocerse protocolo y guía de entrevista con el que se realice en caso de entrevistas (mejor si complementariamente conocieran lo esencial de la psicología del testimonio), existiendo el del Ministerio Público que lo aplicará psicólogo de esa institución y el del Poder Judicial con su propio psicólogo (mayormente se realiza en el Ministerio Público porque en el Poder Judicial no se cuenta con suficientes profesionales ni cámaras gesell en funciones). Para que haya la mayor retroalimentación y contribución científica y práctica, el protocolo vigente del Poder judicial para prueba anticipada no solo debía ser hecho por las instituciones (PJ, MP), sino también representantes de Colegios de Abogados, de Facultades de Derecho, de Colegios de Psicólogos y Facultades de Psicología, Psicólogos Forense de la Policía Nacional, como hubo participación de algunos en la Guía de entrevista del Ministerio Público. Seguro que valdría la pena después de 3 años, hacer un pleno jurisdiccional nacional con jueces de todo

---

<sup>12</sup> Sin distorsionar la ilación de la entrevista. Ver: <https://www.youtube.com/watch?v=PKISeqo4e9I&t=7007s>  
min 1:52:25

el país que se pronuncien al respecto, previas exposiciones de psicólogos forenses y del testimonio, fiscales y jueces expertos y con ello evaluar el Protocolo del 2019 a fin de establecer si necesita reformas y cuáles para no revictimizar a menor, se obtenga la verdad en el proceso y las partes puedan acreditar sus proposiciones fácticas, con participación de todos ellos teniendo en cuenta el derecho comparado latinoamericano y España. Así, con un fin epistemológico (Vásquez Rojas, 2015, pág. 59), podría tenerse uno con la mayor confiabilidad científica proveyendo más información al entrevistador, fiscal, defensor y juez para cumplir debidamente con su rol en la prueba anticipada.

Respecto a la defensa del Investigado, su concurrencia a la prueba anticipada es obligatoria para que no se viole el derecho a defensa, controlando y cuestionando preguntas prohibidas que realiza el psicólogo, Fiscal o abogado de la agraviada, a la menor y/o formulando preguntas abiertas con un lenguaje claro, sencillo y entendible a fin de evitar la revictimización y obtener las respuestas para probar sus proposiciones fácticas.

El abogado del investigado debe evitar tener comunicación informal con los testigos para no influenciarlos de forma explícita o implícita (De Paula Ramos, 2019, pág. 177) y obviamente con la agraviada.

Si bien la declaración del menor no es una prueba pericial, considero que las regulaciones de fiabilidad que se han establecido a la prueba pericial mediante la Casación 1707-2019 Puno, de 30 de julio de 2021 (que amplía los del Acuerdo Plenario 4-2015 Valoración de la prueba pericial en los delitos sexuales), pueden aplicarse a pericias que se hagan sobre pruebas testificales en Cámara Gesell para que el juez pueda analizar el método que utiliza el psicólogo al realizar la entrevista. Debiéndose (i) analizar si usa y la aplicación correcta de del Protocolo del Poder Judicial para la entrevista única de niños y adolescentes víctimas de abuso sexual de los principios y los métodos de disciplina o área de conocimiento a los

hechos que son objetos de análisis e identificar el margen de fiabilidad de los resultados como la transcripción, el planteamiento de preguntas por las partes, apoyo emocional, interdisciplinariedad, la grabación audio video completa ,etc.; (ii) evaluar si la actuación del especialista es veraz y objetiva, así como la del fiscal, defensor y juez; como la admisión o no de preguntas de partes por el juez, la transmisión de preguntas al psicólogo para que sea facilitador o tamizador de entrevista, si partes y juez dejaron actuar a psicólogo facilitador; y (iii) advertir si la metodología es clara en cada uno de los aspectos que la sustentan.

Si bien la función del perito psicólogo forense consiste en certificar la condición del declarante (certificado de psicopatología grave, psicosis o una discapacidad intelectual que no permita distinguir entre realidad interna y externa) y manifestarse sobre la no fiabilidad de cualquier declaración que la persona pueda ofrecer sobre los hechos reales. En Perú, en la declaración en Cámara Gesell, el psicólogo no se manifiesta al respecto ni sobre la realidad de los hechos ocurridos ni sobre la fiabilidad del testimonio específico, menos sobre la fiabilidad genérica del testigo debido. El psicólogo entrevistador tiene solo la función de apoyar a que el menor no presente o controle alteraciones emocionales y canalizar que las preguntas de las partes no puedan generar daños psicológicos. No se ha tomado en cuenta algunos aspectos que la psicología del testimonio plantea, por ejemplo, la declaración de un mentiroso patológico puede no ser valorada y descartada de plano; sin embargo, en una circunstancia específica podría incluso haber dicho la verdad” (Mazzoni, 2019, pág. 90).

No se han tomado en cuenta que las funciones del psicólogo entrevistador puede tener gran relevancia en la práctica de la prueba testifical puesto que puede aportar al juez una prueba testifical fiable y corroborable, a comparación del fiscal que puede cuestionarse su

objetividad. Un psicólogo entrevistador debe ser uno especializado no solo en psicología forense sino en psicología del testimonio, ello es exigible si se quiere una prueba que pueda cumplir con la exigencia de superar el principio de inocencia mediante las actuaciones probatorias idóneas con la más alta confiabilidad científica y la motivación objetiva.

### **5. Aplicación de la Psicología del testimonio en la prueba anticipada declaración de víctima menor de edad de delito sexual con psicólogo en cámara Gesell en Perú**

La Psicología del testimonio se desarrolla propiamente en el siglo XIX con los escritos de A. Motet en 1887 que trató sobre los testimonios infantiles falsos originados por la sugestibilidad y la imaginación de los niños; así como del libro de H. Gross en 1897 *Kriminalpsychologie* que trató sobre la exactitud, percepción, imaginación, memoria y toma de declaración. Sin embargo, sus antecedentes trascienden de muchas décadas atrás, tales como el manual del inquisidor Nicolas Eymeric *Directorium Inquisitorum* publicado en 1536, o del libro *De los delitos y las penas*, publicada en 1764 por Cesare Bonessano, Marqués de Beccaria.

La importancia de esta área de la psicología forense se debe a que actualmente su campo de estudio se divide en dos: la exactitud y la credibilidad. En cuanto a la exactitud, estudia los factores atencionales, perceptivos y de memoria que influyen en la exactitud de las declaraciones y las identificaciones de los testigos (Manzanero Puebla A., 2010b, pág. 89). En cuanto a la credibilidad, trata de la discriminación del origen de la información aportada por los testigos (real, sugerida, imaginada, mentira...) (Gonzales & Manzanero, 2018, pág. 23).

En cuanto a la exactitud, las declaraciones pueden verse influenciada por factores, tales como:

Factores del suceso	Factores del testigo	Factores del sistema
Condiciones perceptivas	Género	Demora
Información especial	Edad: Menores	Recuperación múltiple
Familiaridad y frecuencia	Edad: mayores	Formato de recuperación
Violencia del suceso	Capacidad intelectual	Información Postsuceso
	Expectativas y estereotipos	
	Ansiedad y emoción	
	Implicación	
	Estado mental	

Así, por ejemplo, para el reconocimiento de los rostros, existe un modelo general propuesto por Bruce y Young en 1986 que consiste en dos fases: una de construcción de una representación facial y otra su reconocimiento. Es todo un proceso cognitivo complejo que involucra sensación, percepción, memoria e inteligencia. Para ello, la persona debe ver el rostro, percibe los rasgos faciales de dicha persona (codifica) y las almacena en la memoria. Para ello, la persona analizará el rostro y en paralelo de diferentes tipos de información facial a) de la apariencia facial o patrón facial que implica la identificación del estímulo visual como perteneciente a la categoría de las caras; b) características particulares de cada rostro que permitirán reconocer semejanzas o diferencias con otros; c) de las expresiones faciales; d) del lenguaje facial: movimientos orolingüofaciales, lectura labiofacial (Manzanero Puebla J. A., 2010).

Luego de la representación facial realizado por nuestra percepción, cada uno de los rasgos faciales se almacenan a modo de memoria semántica (ejemplo, cejas pobladas, nariz ancha, barba, labios gruesos, etc.). Cuando se vea nuevamente el rostro, el procedimiento será distinto. Se observa el rostro (codifica), y, mediante la memoria semántica se reconoce las características construidas. La inteligencia ayudará a comparar las características faciales de aquella persona con las de otras o a inducir un rostro ya conocido como, por ejemplo, reconocer el rostro de un pariente que no se le ha visto por décadas.

Al respecto, Manzanero y Gonzales (2018, pág. 64) ha señalado cuáles son dichos factores de exactitud para tener en cuenta:

Factores que se analizan	Ámbitos o circunstancias
Procedimientos de obtención de declaraciones	Recuerdo, reconocimiento, entrevista cognitiva, ayudas al recuerdo, etc.
De identificación	Fotografías, ruedas, retratos robots, etc.
Las diferencias individuales	Edad, sexo, implicación, ansiedad, etc.
La influencia de los procesos perceptivos en la interpretación de la información	Percepción de sonidos, conversaciones, formas, velocidad, colores, etc.
Falsas memorias	Memorias recuperadas, información

	post-suceso, sugestibilidad, etc.)
El efecto de las condiciones	Efecto del arma, detalles sobresalientes, distintividad, etc.
Otros factores de retención y recuperación	Recuperación múltiple, efecto de las preguntas, preparación, demora, etc.

En cuanto a la credibilidad “siempre será una inferencia, una estimación, nunca dejará de ser subjetiva. Sólo comparando las declaraciones con una grabación audiovisual de los sucesos podremos valorar objetivamente la realidad de estas últimas. Pero entonces no hablaríamos de la «credibilidad», sino de la «exactitud» o de la «validez» de esas declaraciones”.

El juez que actúa como psicólogo sin una adecuada formación específica, y que usa la psicología barata de los semanarios populares, corre riesgo de cometer errores burdos y sustanciales. Los estudios sobre la psicología de las declaraciones testificales muestran que se trata de un fenómeno extremadamente complejo y difícil de interpretar, y que la credibilidad del testigo puede ser evaluada sólo teniendo en cuenta una serie de factores relevantes relativos al funcionamiento de la memoria y las modalidades de reconstrucción de los hechos percibidos por el testigo. Por otro lado, es evidente que, si el juez se deja llevar por sus reacciones emocionales a la búsqueda de una "íntima" convicción inefable e inexplicable, no hace otra cosa que convertir su valoración en puro arbitrio (Taruffo M. , 2009, pág. 25).

Por otro lado, la memoria contiene tanta información que es imposible determinar cuánto. Son como fichas de un rompecabezas. Sin embargo, no solo es la memoria la que nos permite reconocer rostros o sucesos, sino que es un conjunto de procesos cognitivos los que contribuyen a ello.

Vázquez (2022) señala tres cuestiones básicas sobre la memoria:

La primera es que la memoria es un proceso reconstructivo, no reproductivo y, por tanto, no es un registro literal de lo acontecido [...] al registrar información, interpretamos eso que hemos percibido; en tanto que retenemos información en la memoria, esos contenidos pueden ser distorsionados o hasta sugestionados, modificados por otros —deliberada o inconscientemente; y, además, decidimos qué contar de aquello que hemos interpretado y terminamos reteniendo. [...] La segunda cuestión básica es la diferencia entre que un testigo diga la verdad y que mienta. Esa actividad reconstructiva, y las influencias o interferencias que pueden ocurrir en ella, puede llevarnos a tener “recuerdos falsos”, es decir, a creer que sucedió algo que en realidad no sucedió y, por tanto, al contar lo que hemos vivido hacer aseveraciones falsas que creemos verdaderas [...] La tercera cuestión básica y es la distinción entre el testigo y el testimonio, la correspondencia del contenido del testimonio con los hechos realmente acaecidos es lo que será fundamental para atribuirle valor probatorio a una prueba testifical y no el testigo en sí mismo (pág. 266).

De manera simplificada, el procedimiento de reconocimiento de recuerdos se estructura del siguiente modo i) codificación, ii) almacenamiento y iii) recuperación, aunque también estos procedimientos pueden presentar errores en alguna de estas etapas del proceso:

errores de omisión y errores de comisión. La primera se da cuando “faltan detalles importantes en lo que cuentan los testigos de un hecho” debido a la comunicación interpersonal y al modo de la descripción del suceso. En un relato, siempre habrá detalles que se omitirán debido a la nula atención o al umbral de atención que se ha tenido sobre un objeto o sujeto. Los errores de comisión son informaciones falsas aportadas deliberadamente que es lo que llamamos mentira (Gonzales & Manzanero, 2018, pág. 63).

Ahora bien, cuando se pide narrar un suceso, lo que se quiere es una historia coherente y completa del suceso. Seguramente tratará de recordar todo lo que sucedió, por ejemplo, si se le pide que cuente cómo fue que obtuvo su primer trabajo, Ud. hará un recuento coherente y completo de ello. Sin embargo, dada la atención que nosotros ponemos sobre los objetos, no es posible que tengamos de manera completa los sucesos debido a que esta es selectiva, por lo que se llenan esos vacíos con conocimientos dados por experiencia previa o posterior a dicho suceso. Por lo que, no toda completitud será verdadera y serán llamados falsas memorias.

Las falsas memorias pueden generarse por informaciones postsuceso (que luego de un suceso, se plantea una hipótesis de la causa del hecho), la imaginación (más susceptible en menores de edad al contaminar los recuerdos con dibujos o animaciones fantasiosas), métodos inadecuados como la hipnosis o las recuperaciones múltiples. Manzanero, citando a Davies y Loftus (2006), señala que hay tres tipos de falsas memorias a) selectivas o fallos selectivos en la recuperación, b) memorias falsas sobre hechos que los sujetos no han vivido realmente, y c) distorsiones o alteraciones de la memoria de hechos vividos por los sujetos.

Por ejemplo, se pueden presentar memorias falsas cuando la persona declara muchas veces o es entrevistada antes del juicio oral. Lo declarado en ese primer testimonio puede llegar a ser fundamental, pero también las condiciones en que se recuperó el recuerdo y, por tanto, debería ser grabado todo el acto. Tal como señala Vázquez (2022):

Si se grabara esa primera y hasta sucesivas intervenciones, tendría dos consecuencias en la práctica de la prueba, una relacionada con qué información podemos tomar en cuenta para cuestionar las declaraciones que se rinden y otra con el mero uso de las declaraciones previas durante el juicio oral (pág. 272).

Y hay dos fuentes generadoras de estos fallos de memoria: a) procesos inferenciales y esquemáticos (ya explicados e incontrolables por el investigador criminal), y b) fuentes de información sesgada (donde el investigador puede hacer algo para evitarlas) (Gonzales & Manzanero, 2018).

Sobre estos fallos, la psicología del testimonio ha tenido a bien considerarlas para indicar credibilidad de la declaración. La credibilidad es la otra gran área que estudia la Psicología del testimonio y consiste en determinar si el testigo, víctima o imputado tiene capacidad para brindar una declaración. Una persona con estas limitaciones puede dar un relato parcialmente falso a pesar de que esta lo haga de manera sincera, por lo que se deberá “separar el trigo de la cizaña” discriminando información imaginada, sugeridas o fantasiosas. Por ejemplo, Manzanero (2010), citando a Loftus y Doyle (1992), expresa:

Loftus y Doyle (1992), sugieren que los niños son vulnerables a sugerencias cuando son más jóvenes, cuando son preguntados por sucesos vividos mucho tiempo atrás, cuando se sienten intimidados, cuando las sugerencias son fuertemente establecidas

y muy frecuentes y cuando varias personas hacen la misma sugerencia. Melnyk, Crossman y Scullin (2007) listan algunas de las variables que más influirían en la sugestibilidad de los menores: factores relacionados con la toma de declaración (preguntas cerradas, la repetición de preguntas e interrogatorios, estereotipos inducidos, uso de muñecos y dibujos, y la creación de una atmósfera emocionalmente sesgada), factores relacionados con las características de los niños (inteligencia, capacidad de lenguaje y auto-estima), y otros factores sociales y cognitivos (presión, figura de autoridad, memorias y percepciones débiles o inexistentes)<sup>13</sup> [s.n].

La credibilidad es relevante porque permite creer o no una declaración o testimonio. Mazzoni (2010), por ejemplo, hizo un trabajo de campo donde ha mostrado que es posible inducir a adolescentes (posteriormente confirmado en niños y también con adultos) un evento que no había vivido realmente, como, por ejemplo, haberse perdido en un centro comercial.

[S]e elegían adolescentes que mantenían que nunca se habían perdido en un centro comercial, cosa que confirmaban sus padres. Se pedía después al sujeto que imaginara la escena que hubiera podido suceder si realmente se hubiera perdido de pequeño en un centro comercial. Se le sugería que imaginara con quién estaba, dónde se encontraba, qué estaba haciendo y, después, que imaginara el momento en que se perdía, etc. Se les decía, además, y esto no era cierto, que su hermano/a mayor recordaban el hecho. Después de algún tiempo, se le preguntaba al sujeto si recordaba algo de cuando se había perdido de pequeño en un centro comercial. Pues

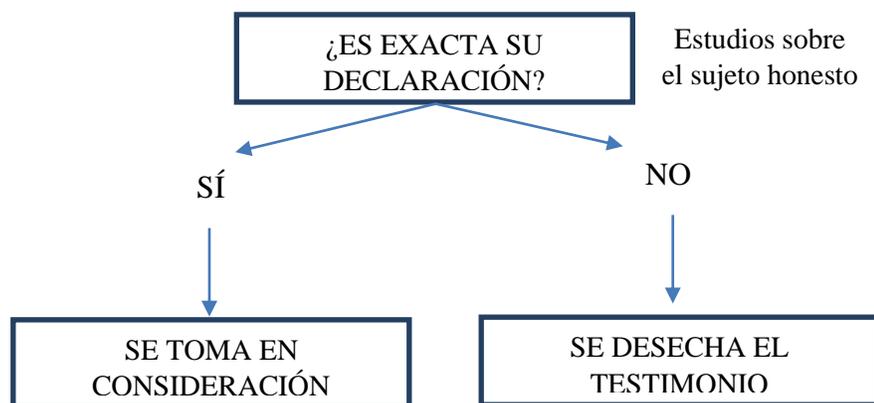
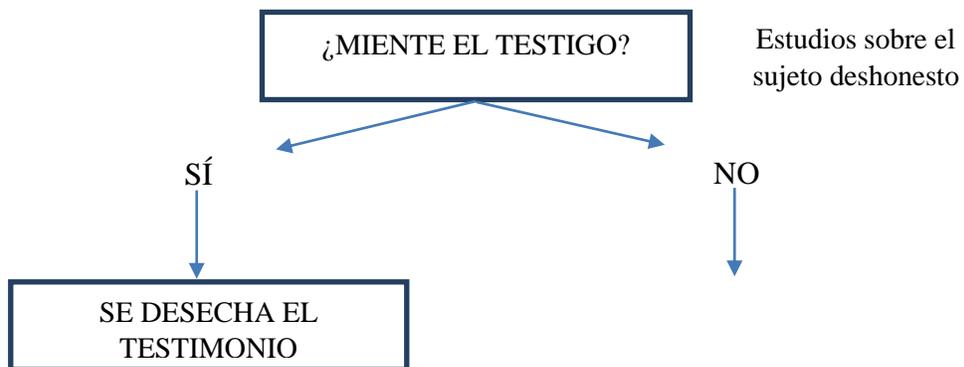
---

<sup>13</sup> En Manzanero, A.L. (2010): La exactitud de los testimonios infantiles. En A.L. Manzanero, Memoria de testigos: Obtención y valoración de la prueba testifical (pp. 201-225). Madrid: Pirámide

bien, los adolescentes entrevistados sobre este daban, además, algunos aspectos del evento, llegando incluso a enriquecer punto afirmaban que era muy probable que se hubieran perdido y recordaban la escena con detalles añadidos al suceso imaginado inicialmente. Estos datos indican que es muy fuerte la posibilidad de modificar la memoria mediante una intervención externa, y que con procedimientos inductivos se pueden crear fácilmente distorsiones en el recuerdo, produciendo, a veces, recuerdos totalmente falsos de episodios nunca acaecidos (pág. 91).

Según Vara (2020), “[e]n la evaluación de la credibilidad del testimonio, el psicólogo forense parte de una honestidad cuestionable del testigo y ha de aportar información específica e individual sobre las capacidades y limitaciones del testigo que proporcionó el relato” (pág. 63). Por tanto, mientras que para determinar la exactitud de una declaración se consideran las circunstancias de codificación, almacenamiento y recuperación (Contreras Rojas, 2015, pág. 161) a través de los procesos cognitivos (atención, sensación, percepción, memoria, inteligencia), en la credibilidad se emplean un conjunto de criterios para determinar si una declaración es producto de los hechos experimentados por la persona. Entiéndase credibilidad como la valoración subjetiva de la exactitud estimada de las declaraciones de un testigo, es decir, se emplea un razonamiento inferencial sobre las circunstancias y características del testigo y el delito.

Por tanto, la credibilidad es la estimación de que el relato corresponde con la realidad. Así, por ejemplo, Gonzales & Manzanero (2018, pág. 24) ilustran la credibilidad de la siguiente manera:



Ahora bien, para obtener credibilidad de las declaraciones, investigadores han presentado diversas técnicas que implican criterios. Así, podemos conocer las investigaciones como SVA (Statement Validity Assesment- Evaluación de la validez de la declaración) que se compone del “desarrollo de una entrevista semiestructurada, analizada mediante el CBCA (Criteria –Based Content Analysis -CBCA-In Statement Credibility Assesment -Análisis del Contenido basados en criterios en Evaluación de la Credibilidad del Testimonio ) y por una evaluación de los resultados a la luz de una lista de validez” (Contreras Rojas, 2015,

pág. 257), es decir, una evaluación de la credibilidad de las declaraciones que se basa en las declaraciones que la persona ha experimentado directamente. Este protocolo está compuesto de tres fases, 1) la entrevista semiestructurada con la víctima, 2) el análisis del contenido de la entrevista según determinados criterios (CBCA) y, 3) la integración del CBCA y los criterios correspondientes al Listado de Validez (Presentación, Medina, & Soriano, 2014, pág. 442).

Además, este protocolo se compone de cuatro categorías compuestas por criterios. Tales como:

Categorías	Criterios
Características psicológicas	Adecuación del lenguaje y conocimientos.  Adecuación del afecto.  Susceptibilidad a la sugestión
Características de la entrevista	Preguntas coercitivas, sugestivas o dirigidas.  Adecuación global de la entrevista
Motivación	Motivos del informe  Contexto del informe o declaración original  Presiones para presentar un informe falso

Cuestiones de la investigación	Consistencia con leyes de la naturaleza  Consistencia con otras declaraciones  Consistencias con otras pruebas
--------------------------------	--

Actualmente, no se realizan en Perú por ser considerados como exámenes periciales de fiabilidad del testimonio.

El SVA (*Statement Validity Assessment*) o Método de evaluación de credibilidad se desarrolló originariamente en Alemania y su primera descripción se debió a Undeutsch (1967); a la que siguieron otras hasta llegar a la formulación actual (Steller y Köhnken, 1989; Raskin y Esplin, 1991).

Según Günter Köhnken; Manzanero, Antonio; Scott, M. Teresa (2015) “un procedimiento de generación y falsación de hipótesis sobre el origen de una declaración [...] no es una prueba psicométrica” y no es aplicable a cualquier persona en cualquier circunstancia. Dicho análisis tiene un procedimiento los cuales comienza con:

El análisis de los datos que hay en la carpeta o expediente (edad, capacidades cognitivas, relación con el acusado), el hecho en cuestión (tipo de hecho, episodio único o reiterado), declaraciones anteriores (cuántas veces se ha interrogado al testigo, qué ha señalado, qué técnicas de entrevista se han utilizado) y cualquier otra información relevante del caso (tiempo transcurrido entre el evento y la denuncia, consistencia entre la declaración y otras pruebas, ocurrencia de otros elementos relevantes). Después de recoger estos antecedentes se planifican los métodos de

evaluación adecuados para poner a prueba las hipótesis, para posteriormente realizar una entrevista semiestructurada respecto del hecho en cuestión. Finalmente, estos antecedentes serán valorados integrando las categorías contempladas en el listado de validez (características psicológicas del menor, características de la entrevista mantenida con él, aspectos motivacionales que informan acerca de la posibilidad de que el menor tenga interés en proporcionar una declaración falsa y cuestiones relacionadas con la investigación) [pág. 13-19]

Con respecto al uso de los criterios de análisis de contenido (CBCA) como único elemento para decidir acerca de la credibilidad [sic] de una declaración de una menor supuesta víctima de agresiones sexuales, coincidiríamos con Manzanero y Gonzales, citando a Vrij, cuando afirmó que los análisis de credibilidad basados en el contenido de las declaraciones no son lo suficientemente exactos como para ser admitidos como evidencia científica en casos criminales, aunque puedan tener utilidad en la investigación policial<sup>14</sup> (Gonzales & Manzanero, 2018, pág. 28). Estas técnicas de credibilidad [sic] no cumplirían dos de los criterios Daubert (la menor tasa potencial de error y prueba de aceptación general)<sup>15</sup> para la admisión de pruebas en contextos forenses y también porque el porcentaje de errores es superior al tolerable, y no han sido ampliamente aceptadas por la comunidad científica (Gonzales & Manzanero, 2018, págs. 28-29). Para ello, deberían tomarse en cuenta otros factores como el desarrollo cognitivo, lingüístico y emocional del menor, sus motivaciones

---

<sup>14</sup> Para más información, ver: [Vitor de Paula Ramos: Psicología del testimonio, minuto 57:27. <https://www.youtube.com/watch?v=H4RleqVECqQ&t=3693s> ]

<sup>15</sup> Los criterios sirven de guía al juez para admitir una prueba pericial, no necesariamente se deben cumplir todos los requisitos. En otras palabras, la admisión de dichas pruebas no corresponde ya a la comunidad científica, sino al juez (Miranda Estrampes, 2012, pág. 143). Actualmente estos criterios son discutidos por la comunidad jurídica y científica en general al momento de aplicarlos al caso concreto (Vásquez Rojas, 2022, pág. 75).

y variables de entrevista (ahí su cualidad pericial que se requiere en su ejecución mediante lista de validez).

Aunque existen también otros protocolos además del CBCA-SVA, como son la entrevista paso a paso (step-wise), el memorándum de Good Practice, el procedimiento HELPT (Enfoque holístico de la evaluación de la prueba testifical), NICHD, MICHIGAN, SATAC, etc., el psicólogo entrevistador debe seleccionar el protocolo que ha pasado por un metaanálisis con muy bajo margen de error. Estos son de difícil aplicación porque tales estudios no se desarrollan dentro de la psicología forense ni en psicología del testimonio, que no se enseña en pre ni posgrado en las facultades de Psicología, ni en las de Derecho en las universidades del Perú, ni tampoco es obligatorio en la Academia de la Magistratura – Amag- para jueces ni fiscales, sino electivo y no lo debe enseñar profesor psicólogo del testimonio, porque no se conoce que haya uno en nuestro país porque, como dije, no se forma en tal especialidad en Perú<sup>16 17</sup>.

A pesar de ello, Manzanero consideró que es insuficiente el mero análisis de la presencia de los denominados criterios de credibilidad para discriminar las declaraciones reales de las que no lo son (Gonzales & Manzanero, 2018, pág. 29), tales como el CBCA-SVA que se basa en la hipótesis de Undeutsch (1967), sosteniendo que un testimonio basado en una experiencia real difiere en cuanto a su calidad y contenido de un testimonio basado en la imaginación. Esta hipótesis consiste en narrar un episodio vivenciado (recuerdos episódicos) que contiene una multitud de detalles, distinto de un testimonio basado en una

---

<sup>16</sup> Se confirma por la conferencia gratuita Psicología Forense y Psicología del Testimonio en Efaja Lima el 3-03-22, que organicé por la necesidad de capacitación a la comunidad nacional del tema de investigación. Ver: <https://fb.watch/chpjGdlWuh/> minutos 1:21:42.

<sup>17</sup> Psicología del testimonio se encuentra dentro de diplomatura de Psicología forense, ver: <https://psicologia.unmsm.edu.pe/index.php/diplomaturas/psicologia-forense>

mentira que contienen sólo datos generales de un evento. Sin embargo, esto último no distingue entre mentira deliberada y falsos recuerdos.

El CBCA se basa en criterios basados en análisis de contenidos que estimulan múltiples intentos de recuerdo (Juárez López, 2004, pág. 89), mientras más criterios se cumplan (19 criterios en dos partes: cognitivos y motivacionales), mayor credibilidad. Esta técnica analiza declaraciones de menores presuntas víctimas de abuso sexual para determinar si el relato es verosímil con la experiencia personal del menor o si está influenciado por otros factores que conlleven a la falsedad del relato. En el Perú no es obligatorio realizarlo de oficio, pero sí es posible de parte. Ver:

[https://www.facebook.com/watch/live/?ref=watch\\_permalink&v=517701139564369](https://www.facebook.com/watch/live/?ref=watch_permalink&v=517701139564369) min 1:17:35

Así, en el proceso penal podemos valorar una declaración habiendo realizado los siguientes pasos:

Obtener información del evento delictivo: Al momento de obtener la *notitia criminis* cuyos hechos serán materia de investigación. El Ministerio Público, recabará actos de investigación que permitan corroborar la imputación (art. 61 CP).

Entrevistar al testigo, víctima o imputado con la mínima interferencia: Mediante el uso de preguntas abiertas que permitan una amplia obtención de datos o detalles del suceso.

Valorar credibilidad (honestidad y exactitud) de la declaración para que el juez tome decisión al respecto.

El panorama que se presenta resulta interesante y tentativo para aplicarse en Perú; sin embargo, es importante tener algunas consideraciones. ¿Existen obstáculos que

dificultarían la aplicación general de la psicología del testimonio en los procesos penales para prácticas de las pruebas testificales?

El testimonio, es para la epistemología, una expresión cuyo contenido tiene información para el sujeto cognoscente (el juez). La epistemología en el derecho prescinde del elemento teleológico de la declaración. Así, De Paula (2019), señala que no todo testimonio puede ser ofrecido como prueba, que existen malos testimonios ofrecidos con una intención o interés. Por lo que es necesario, agrega, “que el contexto objetivo permita concluir que quien está haciendo una afirmación esté de hecho retratando un estado de cosas” (pág. 71-72).

Con la epistemología, los operadores jurídicos podemos saber qué clase de verdad interesa en un proceso judicial. Señala Gascón (2010) que si se tiene la expresión “A mató a B”, nos interesa saber si A mató o no a B, no mediante la coherencia “que pueda tener con otros enunciados, ni porque esté justificado aceptarlo sino mediante la correspondencia del resultado con los hechos suscitados utilizando como principal criterio la contrastación empírica”. Sigue diciendo:

[S]i se usa un concepto de verdad como correspondencia, el principal criterio de verdad de los enunciados ha de ser la contrastación empírica, lo que significa que la verdad de los enunciados que registran experiencias inmediatas se obtendrá por observación y la verdad del resto de los enunciados tendrá que comprobarse por medio de sus relaciones lógicas con éstos. Lo cual no impide que pueda recurrirse, por ejemplo, a la coherencia como criterio subsidiario de verdad cuando, por las razones que sea, el criterio principal se muestre insuficiente o inseguro; pero sólo como criterio «subsidiario» del principal de la contrastación empírica (pág. 67).

Se debe tener en cuenta, también, la distinción de testimonios en sentido amplio y en sentido estricto o jurídico. Los primeros son esgrimidos en la vida cotidiana y que prescinden si lo que se dice es verdadero o falso, lo puede dar cualquier persona. Los testimonios jurídicos requieren que el testigo sea presencial y que afirme presenciado el hecho de manera directa, por lo que aceptar un testimonio se requieren de estándares de exigencia probatoria (pág. 75).

La valoración de la prueba testifical es un análisis crítico del contenido y del resultado de las pruebas rendidas, dándose peso o valor de convicción a cada una de los testimonios o declaraciones como evidencias aportadas, y también en su conjunto. La valoración de una prueba en general es seria, razonada y coherente, que no se realiza en juicio, sino que se va “construyendo” en el proceso desde que el juez entra en contacto con ella. *A fortiori* (con mayor razón), la prueba testifical, no es arbitraria.

Para una adecuada apreciación de la prueba testifical, se ha recurrido a la epistemología y a la psicología para tener mejores resultados.

Lo segundo, la psicología del testimonio, se ha vuelto una ciencia inminentemente aplicable en nuestro proceso penal peruano debido a que aporta el fortalecimiento de la epistemología para poder motivar de mejor manera la validez de las pruebas testificales en las sentencias; para las partes, les será útil formular sus preguntas al testigo para obtener información de calidad a su estrategia del caso y cuestionar una práctica de prueba testifical al conocer los factores que distorsionan los recuerdos de una persona. Y para el psicólogo, que al tamizar o facilitar las preguntas de las partes al menor presunta víctima de delito sexual, le permitirá realizar un trabajo más fiable y exacto.

Debemos tener en cuenta que tanto la declaración del testigo (o agraviado) como la del imputado, son tratados de distinta manera.

Así, para poder valorar una prueba testifical, aparte de las garantías de certeza (sic), deben de tenerse en cuenta las pruebas periféricas, cuando las declaraciones son genéricas. Así lo señala el Recurso de Nulidad 1591-2018 San Martín, Sala Penal Permanente, de fecha 4 de marzo de 2019 sobre la base del Acuerdo Plenario 2-2005:

2.3°. (...) la única prueba (...) era la inicial versión de la menor agraviada [que resultó ser] demasiado genérica sobre la forma y que una policía que la interrogó le preguntó quiénes eran sus amigos y ella dio circunstancias del evento delictivo, pues únicamente refirió el año en el que supuestamente la violaron y que, a cambio, le daban S/ 5 (cinco soles). Dicha declaración, al ser valorada bajo las garantías de certeza del acuerdo plenario [N.º 2-2005], no cumple con ellas, pues su versión inicial no se encuentra rodeada de prueba periférica que la acredite y tampoco existe persistencia en la incriminación por parte de la agraviada, ya que en el juicio oral refirió que nunca sostuvo dicha imputación, sino esos nombres; todo lo demás es falso (El subrayado es mío).

Si bien la Psicología de testimonio ayuda que declaraciones como esta tengan un grado considerable de fiabilidad, depende de la información que se tiene, entre ellas, declaraciones, u otras pruebas periféricas, etc. Investigaciones sobre esta especialidad de la psicología han aportado en el conocimiento del procedimiento de información de sucesos que se encuentran en nuestras memorias.

La memoria es un proceso mental que “traen al presente fechas, acciones, personas, datos o informaciones que hemos aprendido en un momento pretérito” (Contreras Rojas, 2015, pág. 152), la memoria no solo es almacenamiento, también implica recuperación de lo vivido. Es todo un procedimiento que involucra a los sentidos, la percepción, la atención y la inteligencia (Manzanero, 2008, pág. 29). Ya Atkinson y Shiffrin en 1968 habían señalado que la memoria es como un sistema multi almacén. Para que se lleve a cabo, primero deben existir registros sensoriales que son muy fugaces y que canaliza la información a un almacén de corto plazo que codifica, almacena y recupera información del almacén de largo plazo. Sin embargo, el procedimiento es contingente y lo veremos a continuación. Nuestros sentidos captan un sinfín de información, es por ello, que no todo lo que captamos se almacenan, es decir, todos los estímulos que captan nuestros sentidos no serán recuerdo a menos que haya un factor importante: la atención. Cuando caminamos podemos oír muchos sonidos, pero será lo que nos llame la atención (un disparo cerca) el estímulo que se almacene en nuestras memorias. Si este estímulo (disparo) no lo mantenemos repitiendo el recuerdo, podemos olvidarlo, este recuerdo generalmente se registra en el almacén de corto plazo; sin embargo, puede registrarse en el almacén de largo plazo si este estímulo lo relacionamos con una información previa (por ejemplo, haber sido disparado hace unos meses).

El almacén a largo plazo contiene distintos tipos de memorias que se pueden clasificar como explícitas (o declarativas) e implícitas (o no declarativas). La memoria explícita o declarativa se puede dividir en dos tipos de memorias (memoria semántica y memoria episódica). Ambas memorias tienen relevancia al momento de obtener un testimonio. Primero, porque las memorias episódicas permiten conocer los recuerdos autobiográficos

de los testigos, los sucesos que directamente han vivido (lugar de los hechos, momento), son estos “los que se recuperan más frecuentemente y, por tanto, se distorsionan más” (Manzanero Puebla A. , 2010); segundo, porque las memorias semánticas permiten conocer conceptos y datos del testigo, por ejemplo, preguntar a la menor víctima de abuso sexual si conoce las partes de su cuerpo o qué entiende cuando dice “abusó de mí”. Por otra parte, no se debe dejar de lado, las memorias implícitas que son conductas automatizadas que no se expresan en palabras (por ejemplo, la secreción de ácido de nuestro estómago cada vez que son la 1:00 pm) debido a que permiten conocer las memorias procedimentales y las emocionales. Las primeras, pueden ayudarnos a conocer cómo usa un cuchillo, cómo se ata el pasador de la zapatilla, etc.; mientras que la memoria emocional, pueden ser respuestas emocionales almacenadas por sucesos vividos, por ejemplo, narrar hechos traumáticos puede producir que se generen las emociones que padeció o dolor (Manzanero Puebla A., 2010). Tener en cuenta que este tipo de memoria es muy importante al momento de entrevistar a una víctima o testigo porque nos ayudaría a usar técnicas que eviten revictimizarlas, así podríamos usar técnicas de preguntas abiertas, transitivas, prohibiendo las cerradas, sugestivas, etc. Así, señala respecto a los sucesos traumáticos:

La disminución de recursos cognitivos fruto de la ansiedad que se genera durante la ocurrencia de los hechos [traumático] generaría huellas de memoria débiles respecto a los detalles periféricos, pero fuertes con respecto a los detalles centrales. Se produce un estrechamiento del foco atencional y mucha información pasará desapercibida, de modo que nunca llegará a procesarse. Sin embargo, la reconstrucción posterior de los recuerdos para dotarlos de coherencia rellena de forma no consciente de los huecos que quedaron. Por esta razón, las memorias

autobiográficas sobre hechos traumáticos suelen ser más exactas en lo central que en los detalles (s.n.).

Al respecto, del uso de las técnicas de ayudas al recuerdo mediante entrevistas, la psicología del testimonio considera que el uso de procedimientos en las entrevistas facilita el recuerdo. El procedimiento de entrevista cognitiva ha dado resultados cualitativa y cuantitativamente superiores en comparación con las entrevistas estándar con poco menos margen de error. En el libro de Manzanero (2008), se analizan las propuestas de Memon y Köehnken que distinguen en tres pasos el procedimiento de la entrevista cognitiva: 1) Crear un espacio o ambiente propicio, 2) recuerdo libre y 3) aplicación de técnicas de recuperación de memoria.

La creación de un ambiente propicio permite que el testigo no presente tensión al momento de la entrevista. Puede aplicarse la técnica del Rapport que consiste en crear un vínculo o una conexión con el testigo para que este puede tener mayor confianza en dar respuestas; el testigo debe sentirse cómodo con el ambiente, así como de entender la seriedad de la entrevista y de las implicancias. Por lo que se le deberá instar a que trate de “recordar todo lo más posible informando de todo lo que recuerde crea o no que es importante, hasta el detalle más nimio”. Se debe generar un ambiente en la entrevista en el sentido que el testigo o víctima sienta que es el centro de ella y que la controla no limitándose por el lenguaje, la velocidad y orden de sus declaraciones, “debe dejarse al testigo que sea él mismo quien presente la escena” sin presiones e interrupciones. Para ello, se pide al testigo que cuente todo lo que “recuerde con el mayor detalle posible y con sus propias palabras” y podría preguntarse luego que haya terminado con preguntas abiertas, evitando las cerradas.

El paso a seguir es la aplicación de técnicas de recuperación de memorias que implica i) la reinstauración cognitiva del contexto que consistirá “poner al testigo mentalmente en la misma situación física y mental que cuando ocurrió los hechos” pidiéndole que se imagine el suceso que vivió intentando declarar todos los momentos (antes, durante y después del suceso); ii) la focalización de recuerdo, iii) recuperación extensiva mediante el uso de otras perspectivas (usando la perspectiva de otra persona o estando en otro lugar del evento) esto permite obtener más detalles y mediante el recuerdo de los hechos desde diferente punto de partida. Sin embargo, se debe tener cuidado con esto último (cambio de perspectiva) porque podría presionarse al testigo que llene “huecos de la memoria con material procedente de otros episodios y a realizar más inferencias, que afectarían a su vez a la calidad y cantidad de información recordada” (Manzanero, 2008, pág. 141-143).

Hice trabajo de campo encuestando a jueces, fiscales, defensores de imputado y psicólogos especializados de distintos lugares del país como a nivel internacional con 12 preguntas<sup>18</sup> (cuyas identidades no fui autorizado para revelarla, señalando sí cargo y lugar, que obra en la presente) seleccionando algunas de sus respuestas donde indican problemas que nos servirán para apreciar su aplicación y hacer retroalimentación.

Psicóloga de Distrito Fiscal y Judicial Lima Centro a pregunta “¿Estima que hay problemas en la aplicación y funcionalidad de la cámara Gesell?”, señala las coordinaciones que debe hacer el Instituto de Medicina Legal (IML) adscrita al Ministerio Público (MP) para realizar entrevistas únicas en sus instalaciones debido a que sus psicólogos no pueden realizar diligencias en otras Cámaras Gesell como las del Poder Judicial quedando estos espacios inhabilitados. Esto ocurre porque en muchos distritos judiciales no se cuenta con

---

18

psicólogos ni cámaras Gesell suficientes o habilitadas para tal prueba anticipada y se debe continuar recurriendo a los del Ministerio Público.

Otra psicóloga de Amazonas, respecto de la pregunta “¿Las declaraciones de menores víctimas de delitos sexuales son siempre en Cámara Gesell? ¿Son suficientes? ¿cuánto tiempo demora en programarse?” señala:

[...] los delitos (en agravio) de menores de edad siempre pasan en Cámara Gesell, pero a mi parecer no es suficiente ya que muchas veces los menores se niegan a pasar por temor al entrevistador y al ambiente. La programación de cámara Gesell muchas veces no es oportuna ya que se da después de tiempos muy prolongados, salvo los casos de flagrancia.

Una fiscal de Huánuco añade lo siguiente a las mismas preguntas:

[...] las cámaras Gesell están en medicina legal del Ministerio Público y no en el Poder Judicial (que no cuenta con estas) y al ser una prueba anticipada debería realizarse con las del Poder Judicial y así todo su personal debe grabar y transcribir las actas y no del Ministerio Público, ya que se ha recargado las divisiones medicolegales y eso no es correcto.

Una jueza de Áncash responde: “¿Cuál es el rol del juez, fiscal y defensor de imputado?”

Las partes hacen sus preguntas por intermedio del juez, en forma oral y el juez es el que califica, y el psicólogo escucha a todas las partes durante sus intervenciones, pero espera la autorización del juez para que formulen las preguntas al entrevistado(a).

Fiscal Provincial adjunto de Pucallpa responde a “¿Estima que hay problemas en la aplicación y funcionalidad de la cámara Gesell?”, señalando que la programación de entrevista era (antes de pandemia marzo de 2020) entre 8 y 10 meses y que en pandemia quedó inoperativo la Cámara Gesell produciendo que se reserven las investigaciones preliminares por delitos sexuales. Otro es la ausencia de psicólogos en el PJ y tienen que coordinar con psicólogos del MP, sin embargo, estos no pueden laborar fuera de su sede e ir a cámaras Gesell del PJ.

Juez Penal Superior en Arequipa, contesta “¿cómo se viene realizando la Cámara Gesell en Arequipa?”, que cuando el menor no ha señalado en el momento de la denuncia el nombre del abusador, un defensor público es requerido para que defienda a quien recién en Cámara Gesell se conocerá, esto afecta el derecho de defensa del investigado porque no se le transmite los cargos y la responsabilidad penal que podría tener y se afecta a su derecho a la libre elección de un defensor.

En la Región San Martín un juez superior, a la pregunta “¿Las declaraciones de menores víctimas de delitos sexuales son siempre en Cámara Gesell?” señala: “Algunas fiscalías no tienen cámara Gesell; y en ese caso los fiscales de familia o mixto toman su declaración en la cámara Gesell de los juzgados de familia”.

Jueza de Investigación preparatoria de Madre de Dios responde a pregunta “¿Son suficientes la Cámara Gesell?”: “En el día, solo se puede hacer dos o máximo tres [declaraciones en] Cámaras Gesell como prueba anticipada”.

En total, de los 25 encuestados, 2 son psicólogos; 7 son jueces; 6 son fiscales, 4 son abogados y 6 son del extranjero que respondieron encuesta sobre el procedimiento de entrevista a menores de edad.

De los 19 encuestados a nivel nacional, 14 (73.64%) estiman que hay problemas en la aplicación y funcionalidad de la cámara Gesell, 1 (5.26%) señala que no y 4 (21.04%) no responden ni dan detalle al respecto. Por ejemplo, 13 (68.38%) señalan que las Cámaras ni los psicólogos son suficientes, 2 (10.52%) señalan que sí son suficientes y 4 (21.04%) no respondieron; sobre el tiempo para programarse audiencia de prueba anticipada, varía según si es en caso de flagrancia (dentro de las 24 horas) y de investigaciones regulares. Sobre este último, varía el tiempo debido a la distancia, zona urbana/rural, administración y cantidad de cámaras, por ejemplo, en zonas alejadas de la capital como región selva (Amazonas, Iquitos, Ucayali, San Martín, Madre de Dios), en total 9 (47.34%) de los 19 encuestados, señalan que dura entre 15 días hasta 10 meses aprox.; en Trujillo y Lambayeque entre 2 a 4 meses; mientras que, en Lima, dura entre 1 día o más de 10; de la misma manera, Ancash, entre 1 a 7 días, Callao 3 días máx. De los mismos, 9 (47.34%) señalan que se utiliza la Guía del Ministerio Público en el ámbito donde desempeñan su profesión, 3 (15.78%) señalan que se utiliza el Protocolo del PJ, 7 (36.82%) no responden.

Además, 11 (57.86%) no responden si las partes saben formular preguntas al menor sin afectar la salud mental o si el juez califica o rechaza dichas preguntas teniendo en cuenta este factor, 2 (10.52%) señalan que sí, 6 (32.56%) señalan que no.

Sobre si el psicólogo, juez, fiscal y defensa del imputado están calificados profesionalmente para ello, 7 (36.82%) señalan que no, 7 (36.82%) señalan que sí, 5 (26.03%) no responden.

En cuanto a las encuestas que hice, las respuestas nos dan distintas versiones de jueces, fiscales, abogados y psicólogos sobre lo que estiman del estado actual del procedimiento de entrevista Única en Cámara Gesell, no conociéndolos exhaustivamente, como ocurre también con el Protocolo de entrevistas del Poder Judicial del 2019 e igual si se aplica la Guía de entrevista del Ministerio Público, mostrando poco o nulo conocimiento de la Psicología del testimonio, conclusiones que coincide con el análisis de grabaciones de cinco pruebas anticipadas anonimizadas<sup>19</sup>. Lo que me corresponde es analizar cómo resolver estos problemas mediante los aportes de la psicología forense y del testimonio.

#### **6. Aplicación de la Psicología del testimonio en la prueba anticipada declaración de víctimas mayores de edad de delito sexual con psicólogo en sala de entrevista única**

Otro tipo de casos, que tiene la misma relevancia de análisis es la violencia, principalmente sexual, sobre las mujeres. Existen leyes que tienen como finalidad proteger a la mujer durante todo su ciclo de vida por su condición de tal ante la violencia o agresión, así como a los integrantes del grupo familiar, por lo que los procesos tienden a ser especiales en la exigencia de la práctica y valoración probatoria. La ley 30364 da protección a la mujer ante cualquier forma de violencia producida tanto en el ámbito público como privado por su condición de tal. Así, el Acuerdo Plenario N.º 09-2019/CIJ-116, en su fundamento 20, sostiene que la “agresión contra una mujer por su condición de tal, es la perpetrada por el agente contra la mujer a causa del incumplimiento o imposición de estereotipos de género, entendidos éstos como el conjunto de reglas culturales que prescriben determinados comportamientos y conductas a las mujeres, que las discriminan y subordinan socialmente”. También, el numeral 3 del artículo 4 de la Ley 30364 define la Violencia

---

<sup>19</sup> Adjunto análisis y preguntas:

<https://drive.google.com/file/d/1wwtxRSIAmlrQg5tFA4Smus4sw0yk0f76/view?usp=sharing>

contra la mujer por su condición de tal, como una “manifestación de discriminación que inhibe gravemente la capacidad de las mujeres de gozar de derechos y libertades en pie de igualdad, a través de relaciones de dominio, de sometimiento y subordinación hacia las mujeres”.

En estos procesos se exige actuar de inmediato, para ello se toman medidas de protección basados en criterios como los cuatro tipos de violencia que pueden darse de manera física, psicológica, sexual y económica o patrimonial y el grado de riesgo que presenta la víctima. Este tipo de procesos se actúan desde la denuncia policial<sup>20</sup> en las cuales se debe realizar una ficha de valoración de riesgo<sup>21</sup> para determinar el peligro real en que se encuentra la víctima. Dependiendo el grado del riesgo, se optan medidas de protección sobre ellas.

De manera paralela, se tiene la declaración de la presunta víctima en una sala de entrevista, similar al de la Cámara Gesell, solo que es contingente el trámite de prueba anticipada, su finalidad es evitar revictimizar prohibiendo contacto con el presunto agresor. Sin embargo, el trato especial puede limitarse hasta la aplicación de los principios de inmediación y contradicción. Dichas diligencias son dirigidas por el fiscal y pueden prescindir de la presencia del juez, a menos que la víctima se vea afectada por la revictimización primaria o sea justificada.

---

<sup>20</sup> Según el artículo 15-C de la Ley 30364, incorporado por el Artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1386, publicado el 04 septiembre 2018, establece procedimiento del “Trámite de la denuncia presentada ante el juzgado de familia”, las cuales son lo siguiente: “El juzgado de familia de turno aplica la ficha de valoración de riesgo, cita a audiencia y, cuando sea necesario, ordena la actuación de pruebas de oficio.” Señala cuáles son las herramientas para poder realizar trámite de denuncia presentada: 1) que dicho despacho realice la ficha de valoración de riesgo, 2) que cite a audiencia y, 3) la actuación de pruebas (ello de manera contingente).

<sup>21</sup> Según el art. 4, literal 8, del Reglamento de la Ley 30364

## **7. Sobre la viabilidad de obtención de testimonios mediante pruebas periciales**

El acuerdo plenario 4-2015 se pronuncia, en su fundamento vigésimo octavo, sobre la evaluación pericial psicológica de la credibilidad de los testimonios. Para valorar dichas pruebas periciales, citando a De Gregorio Bustamante<sup>22</sup>, el juez debe conocer lo siguiente:

- a. El evaluado debe tener capacidad para testimoniar
- b. Si puede aportar un testimonio exacto, preciso y detallado sobre los hechos cuya comisión se estudia.
- c. Si puede ser sugestionado, inducido y llevado a brindar relatos y testimonios inexactos o por falsos hechos
- d. Si puede mentir sobre los hechos de violación sexual.
- e. Si tiene capacidad y discernimiento para comprender lo que se le pregunta.

Asimismo, para analizar la credibilidad del testimonio, el Acuerdo establece dos niveles:

- a. Nivel cognitivo de la persona, si redundan en su habilidad para relatar los hechos con precisión y exactitud. Considera de manera particular los factores generales que influyen en la adquisición, retención, recuperación y comunicación verbal de la información (exactitud).
- b. Al componente motivacional que se refiere a la voluntad para explicar los hechos de modo apegado o no a la realidad.

Vale la pena averiguar si estos criterios, luego de dieciocho años que lo público De Gregorio Bustamante, siguen vigentes o si deben cambiarse gracias a los avances de la ciencia. La doctrina y jurisprudencia internacional, que están en la misma línea de los avances científicos, es una brújula que nos pueden orientar en la corroboración:

---

<sup>22</sup> El Acuerdo Plenario cita: DE GREGORIO BUSTAMANTE: Abuso sexual infantil. Denuncias falsas y erróneas. Omar Favale Ed., Buenos Aires, 2004, p. 208.

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

Por un lado, la participación del menor en el proceso es relevante porque la comisión delictiva es clandestina y, por ende, con pocos medios probatorios. El menor, como sujeto pasivo del delito, vivió el hecho y es el más idóneo de contarlos, pero podrían existir problemas en la codificación de los hechos, específicamente, de información visual (Mazzoni, 2019, pág. 47).

La víctima es la única fuente de información restante. No queda, por lo tanto, sino atender a su declaración. Se plantean, no obstante, dos preguntas. Primera, ¿tiene el menor la capacidad suficiente para narrar el episodio? Quizás un niño con limitadas capacidades cognitivas, o muy sugestionable, no pueda narrar adecuadamente el episodio de abuso. Segunda, ¿tiene el menor la intención de narrar el episodio? Es posible que el niño conozca lo sucedido y esté capacitado para contarlos pero que, por una u otra razón, no quiera hacerlo y mienta deliberadamente. (Polo & Cabarcas, 2013, pág. 74)

Debemos tener en cuenta que en el almacenamiento o en su recuperación de los recuerdos de los niños podrían producir un relato falso o contaminado, por ejemplo, cuando se realizan varias entrevistas o comenta ello con otras personas que observaron el hecho o lo escucharon (De Paula Ramos, 2019, pág. 52). Por otra parte, el evaluador debe ser imparcial actuando sin influencia de estereotipos negativos (Mora Sánchez, 2020, pág. 74), y tener en cuenta las, sensaciones, percepción, atención, imaginación, creencias, necesidades y expectativas (Mazzoni, 2019, págs. 22, 53) y ser atento con las palabras que se esgrimen preguntando qué entiende por determinados conceptos como violencia, violación, abuso sexual, etc. (Vázquez Rojas C., 2022, pág. 77). Estos factores pueden

alterar los procesos cognitivos del menor, pero no solamente hay alteraciones generadas por el sujeto, sino que también hay factores externos que pueden generar que el menor oculte o mienta, por ejemplo, cuando quiera proteger el honor de los padres (Neyra Flores, 2020, pág. 81) o a uno de ellos, cuando el sujeto activo es uno de los progenitores (Teresa Scott, Manzanero Puebla, Muñoz, & Köhnken, 2014, pág. 59). ¿Existen protocolos que tomen en cuenta estos factores?

En España, para obtener las pruebas testificales del menor cuando acude a centros policiales, se aplica un protocolo llamado CAPALIST que evalúa las capacidades de memorias, perceptivas y atencionales del menor (capacidad primaria) y capacidades cognitivas como comunicación, interacción social, identificación de estados mentales, capacidad moral, es decir, en la capacidad de distinguir la verdad de la mentira y lo bueno de lo malo, en sugestividad, en capacidad de generar representaciones mentales (capacidades específicas)<sup>23</sup>. En Perú, podría tomarse en cuenta aquel protocolo en la aplicación policial, en unidades de protección especial (UPE)<sup>24</sup>, Demunas o grabación de llamadas cuando denuncian por llamada telefónica para poder llevar a cabo denuncias de abuso sexual infantil. Lo importante y lo ideal, sería que el menor narre todo lo que recuerda en el tiempo más próximo al evento (con una debida grabación), no se le debe interrumpir y solo después hacerle preguntas adecuadas (De Paula Ramos, 2019, pág. 175) teniendo habilidades de escucha asertiva para poder establecer clima de confianza y controlar situaciones emocionales como llanto, ira, etc. (Gonzales & Manzanero, 2018, págs. 18-19).

---

<sup>23</sup> Para más información, ver dicho protocolo con el presente enlace: <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1526234/PROTOCOLOS-DE-ACTUACION-C3%93N-INTERINSTITUCIONAL-VERSI%3%93N-FINAL%20%281%29.pdf.pdf>

<sup>24</sup> <https://www.gob.pe/487-denunciar-la-situacion-de-riesgo-o-desproteccion-familiar-de-una-nina-nino-o-adolescente>

## 8. Conclusiones

- Los criterios de valoración de prueba testifical en NNA no pueden ser igual que los de un adulto. La declaración de un menor es más compleja y compuesta de factores como imaginación, sugestión y problemas cognitivos de atención, percepción, memoria, inteligencia, etc.
- Se deben recabar todas las declaraciones que el menor ha prestado incluyendo a nivel policial y de otras instituciones en las que el menor haya hecho su denuncia. Debiendo contener información mínima para abrir investigación preliminar y no se produzca contaminación para cuando corresponda su entrevista a través de prueba anticipada
- Se deben tener protocolos confiables científicamente que regulen los procedimientos de entrevista acorde al rango de edad (infantil, niñez y adolescente), al género y a las capacidades del menor y complementarlas o reformarlo en caso haya nuevos aportes científicos, debiéndose constituir una comisión revisora interinstitucional público y privada que haga saber propuestas de la comunidad científica u otra especializada al respecto.
- Se debe exigir que los psicólogos del MP que realicen la entrevista tengan las especialidades de Psicología forense y del testimonio.
- Se deben promover cursos sobre psicología del testimonio en el Perú e introducirlos en la enseñanza universitaria de pregrado y posgrado en las Facultades de Derecho, de Psicología, Colegios de Abogados y de psicólogos para Abogados, estudiantes de derecho y Psicólogos y en la Academia de la Magistratura para jueces y fiscales y en la Escuela del Ministerio Público para psicólogos y fiscales.

- El Ministerio Público (para psicólogos y fiscales) y Poder Judicial (para psicólogos y Jueces) deben realizar capacitaciones permanentes durante cada año sobre psicología del testimonio, haciendo talleres para la mejor práctica de la entrevista. Así como los Colegios de Abogados y de Psicólogos para abogados y psicólogos respectivamente.
- Deben existir roles definidos para Policía, Fiscalía y jueces que protejan la indemnidad sexual de las presuntas víctimas de abuso sexual evitando óbices burocráticos, “pase de balón” y contaminación de declaración, cuando no se atiende oportuna ni debidamente las denuncias.
- Se debe solicitar e invertir en la comunidad científica psicológica para que realice nuevos estudios especializados cada cierto tiempo para determinar el desarrollo psicolingüístico y otros factores vinculados a la memoria y aprendizaje de los NNA para la elaboración de nuevo Protocolo de entrevista o reformas de la vigente para que las partes pregunten adecuadamente, psicólogo las atienda o facilite idóneamente a la menor, jueces de investigación preparatoria la controlen y jueces de juicio lo valoren racionalmente y se establezca por la Corte Suprema Jurisprudencia con criterios de valoración de tales testimonios.
- Se deben dotar de psicólogos especializados en Psicología Forense y lo más pronto posible en psicología del Testimonio y de cámaras Gesell a cada corte superior de justicia según la carga procesal, para la inmediata realización de la prueba anticipada con sus profesionales, infraestructura y auxiliares (y no con los de parte procesal Fiscal que puede afectar imparcialidad por carencias del Poder Judicial que hace la prueba anticipada ) y se realice en el menor tiempo la entrevista al menor cumpliendo las garantías debidas de todo proceso.

- Corresponde al juez valorar la prueba testifical individualmente y en conjunto con las otras pruebas, decidir si está suficientemente probado el hecho o no con la motivación suficiente del razonamiento. Debiendo de tener en cuenta que los informes en la evaluación psicológica, realizados por los psicólogos que entrevistan a los menores, no hallan al culpable, solo captan información que pueden indicar hechos verosímiles y falsos y dar un porcentaje de credibilidad.
- Se debe revisar vigencia de la Guía del MP y Protocolo del PJ como máximo cada 5 años, salvo nueva información científica importante, por comisión interinstitucional MP, PJ, Colegios de Abogados, Colegios de Psicólogos, Facultades de Derecho y de Psicología, con la finalidad de adaptarlo a los nuevos avances científicos que proporciona la psicología del testimonio sincronizándose con el proceso penal de modo que las partes y psicólogo facilitador o tamizador formulen las preguntas idóneas y el juez, al valorarlos, pueda reconocer fiabilidad de la declaración, utilizando también las técnicas y/o metodologías aplicadas.
- No basta la credibilidad del testimonio por parte de un perito en psicología forense, sino que el perito emplee técnicas y/o metodologías para mostrar fiabilidad, para que la práctica de la prueba testifical se pueda cuestionar y tenerse con ello mayor valor epistémico. Por bien desarrollado que esté la entrevista, poco valor epistémico tendrá la práctica de la prueba si no se han aplicado protocolos corroborados por una comunidad experta que muestre que tal o tales protocolos presentan bajo margen de error.
- Se tenga en cuenta que la psicología del testimonio demuestra que las personas consideradas no fiables por presentar algún factor psicopatológico pueden esgrimir

enunciados sinceros en una entrevista, así como las personas consideradas fiables ausentes de factores psicopatológicos que pueden decir mentiras intencionadas.

- Los niños son esencialmente susceptibles a la influencia de preguntas sugestivas y engañosas, por lo tanto, se deben evitar. Sí se podría realizar excepcionalmente cuando no haya otra forma de obtener información por las características especiales del menor técnicas de transición de preguntas abiertas a cerradas o enfocadas.
- Se deben considerar los elementos situacionales que condicionan la percepción como el conocimiento presente en la memoria, las creencias, las necesidades y las expectativas, así como los estereotipos que actúan sobre la percepción y la memoria. A nivel policial, el procedimiento de recepción de denuncias por violación sexual a menor de edad debe tener una guía especial, ser grabada en audio y/o video con la información esencial, básica, que provean sus padres o terceros y, si es por el propio menor, no sea contenido de la audiencia de prueba anticipada o se confunda con esta, ni revictimice ni contamine la declaración.
- Se debe evitar una evaluación de credibilidad en base a la intuición.
- Previo a la entrevista, el psicólogo especialista debe evaluar las capacidades cognitivas del menor como: comunicación, interacción social, identificación de estados mentales, moral, es decir, distinguir la verdad de mentira y lo bueno de lo malo; en sugestividad y de generar representaciones mentales.
- Al culminar la entrevista, el psicólogo debería emitir un informe que señale datos profesionales sobre su idoneidad y el método científico y/o técnico aplicado para tamizar preguntas de las partes a menor indicando cuáles utilizó ante las capacidades del menor, adjuntando la grabación audio video y la digitación de la entrevista, por exigirlo el CPP de origen europeo continental, cuando se trata de una

prueba testifical, aunque podría bastar con la primera que registra fidedignamente todo sin los errores que presentan las transcripciones de la entrevista .

## 9. Bibliografía

Aguilera García, E. R. (abril de 2016). Jordi Ferrer y la tradición racionalista de la prueba jurídica: una mirada crítica. *ISONOMÍA*(44), 163-189.

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

Chiesa Aponte, E. L. (2018). *Procedimiento Criminal. Etapa Adjudicativa*. Puerto Rico: Ediciones Situm.

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

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

Dupret, M., & Unda, N. (julio-diciembre de 2013). Revictimización de niños y adolescentes tras denuncia de abuso sexual. *Universitas*, 19(XI), 101-128.

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

Fiscalía de la Nación. (2022). *Cifras Estadísticas de la Violencia de Género en el Perú*.

Informe Ejecutivo, Ministerio Público, Observatorio de Criminalidad, Lima.

Obtenido de <https://www.gob.pe/institucion/mpfn/informes-publicaciones/2803691-cifras-estadisticas-de-la-violencia-de-genero-en-el-peru>

Gascón Abellán, M. (2010). *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*

(tercera ed.). Madrid: Marcial Pons.

Gascón Abellán, M. (2021). Ideas para un "control de fiabilidad" de las pruebas forenses.

Un punto de partida para seguir discutiendo. En P. Rovatti, *Manual sobre derechos humanos y prueba en el proceso penal* (págs. 51-83). Ciudad de México: Suprema Corte de la Nación de México.

Gonzales, J. L., & Manzanero, A. L. (2018). *Obtención y valoración del testimonio*.

*Protocolo holístico de evaluación de la prueba testifical (HELPT)*. Madrid: Pirámide.

Köhnken, G., Manzanero, A., & Scott, M. T. (2015). Análisis de la validez de las declaraciones: mitos y limitaciones. *Anuario de Psicología Jurídica*(25), 13–19.

Obtenido de Análisis de la validez de las declaraciones: mitos y limitaciones | Revista de psicología (copmadrid.org)

Lopez Ruiz, J., & Aleman Yactayo, A. (Mayo de 2022). ¿La sola declaración de la víctima

es capaz de sustentar una condena en los delitos de violencia sexual? *Gaceta Penal & Procesal Penal*(155), 9-19.

Manzanero Puebla, A. (2008). *Psicología del testimonio. Una aplicación de los estudios*

*sobre la memoria*. Madrid: Ediciones Pirámide.

- Manzanero Puebla, A. (2010). Recuerdo de hechos traumáticos: de la introspección, al estudio objetivo. *Revista de psicopatología clínica, legal y forense*, 149-164.
- Manzanero Puebla, A. (noviembre de 2010b). Hitos de la historia de la psicología del testimonio en la escena internacional. *Boletín de Psicología*(100), 89. Obtenido de <https://www.uv.es/seoane/boletin/previos/N100-6.pdf>
- Manzanero Puebla, J. A. (2010). *Memoria de Testigos: Obtención y valoración de la prueba testifical*. Madrid: Ed. Pirámide.
- Mazzoni, G. (2010). *¿Se puede creer en un testigo?* Madrid: Trotta.
- Mazzoni, G. (2019). *Psicología del Testimonio*. Madrid: Editorial Trotta.
- Mora Sánchez, J. (2020). Estándares probatorios (¿diferenciados?) en delitos contra las mujeres. En D. A. (coordinador), *Prueba, verdad y razonamiento probatorio* (pág. 94 ss. ). Lima: Editores del Centro.
- Neyra Flores, J. A. (2020). Psicología del testimonio. En *La prueba testimonial en el proceso penal peruano* (págs. 8-104). Lima: Universidad San Martín de Porres.
- Nieva Fenoll, J. (Enero de 2012). La declaración de niños en calidad de partes y testigos. *Justicia: Revista de Derecho Procesal*(1/2012), 121-141.
- Presentción, J. A., Medina, J., & Soriano, L. &. (2014). Análisis de la validez de las declaraciones (Protocolo SVA) en un caso de abusos sexuales enre menores. Descripción de criterios y su aplicación. *Gaceta Internacional de Ciencias Forenses*(12), 69-79.

- Ramírez Ortiz, J. L. (2020). El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género. *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*(1|2020), 201-246. doi: 10.33115/udg\_bib/qf.i1.22288
- Taruffo, M. (Boletín Mexicano de Derecho Comparado XXXVIII, de 2005). El conocimiento científico y estándares de prueba judicial. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (14). Obtenido de <https://www.redalyc.org/pdf/427/42711413.pdf>
- Taruffo, M. (2009). *La prueba, artículos y conferencias*. (M. j. Universitas, Ed.) Editorial Metropolitana.
- Teresa Scott, M., Manzanero Puebla, A., Muñoz, J., & KÖhnken. (2014). Admisibilidad en contextos forenses de indicadores clínicos para la detección del abuso sexual infantil. *Anuario de revista jurídica*, 57-63.
- Vara Cilla, A. (2020). *Psicología del testimonio: Características de los casos de abuso sexual en víctimas*. Madrid: [Tesis para optar grado de doctora] Universidad Complutense de Madrid.
- Vázquez Rojas, C. (2015). *De la prueba pericial a la prueba testimonial*. Madrid: Marcial Pons.
- Vázquez Rojas, C. (2022). *Manual de prueba pericial*. Mexico: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Vázquez Rojas, C. (2022). Presentación de la traducción al castellano del informe del PCAST sobre la ciencia forense en los tribunales penales. (M. Pons, Ed.) *Quaestio*

*facti*. *Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*(N. 3. 2022), pp. 273-478.

Zaffaroni, E. R. (2012). *La cuestión criminal*. Buenos Aires: Planeta.

## Razonamiento probatorio y sesgos cognitivos

Marcial Eloy Páucar Chappa<sup>25</sup>

### 1. Introducción

Hoy vivimos de cerca un desarrollo cada vez más pronunciado sobre las reales exigencias de la garantía constitucional de la motivación de las resoluciones judiciales, principalmente en las sentencias y resoluciones en materia penal que resuelvan sobre medidas de coerción personal, tal como acaba de ocurrir recientemente, por ejemplo, en el Caso Jaime Yoshiyama sentencia recaída en el expediente N° 03248-2019-PHC/TC y la obligatoriedad de aplicar la denominada “debida motivación reforzada”. En ese sentido, esta garantía ha venido a convertirse en un parámetro para el razonamiento probatorio, pero también para definir los denominados estándares probatorios.

Aunado a ello, la importancia de la argumentación jurídica es resaltada por Atienza quien sostiene que es un mecanismo que asegura la tesis de la pretensión de corrección, o sea, que cuando la necesaria apertura del Derecho lleve a que las decisiones (en los casos difíciles) no puedan tomarse simplemente con los materiales autoritativos del Derecho, las premisas adicionales tienen que poder justificarse por medio de la argumentación práctica racional

---

<sup>25</sup> Doctor en Derecho con calificación máxima de *excelencia académica*, por la UNMSM. Fiscal Provincial Penal Titular de Lima – Fiscalía Corporativa Especializada en Ciberdelincuencia de Lima Centro. Profesor de derecho penal en la UNMSM (postgrado), y USMP (pregrado).

(Atienza: Robert Alexy y el giro argumentativo en la teoría del derecho contemporánea, 2015, p. 21).

En efecto, las juezas y los jueces de la República deben sustentar sus decisiones en razones normativas y fácticas relevantes para cada caso, esto es, considerando todas las normas que resulten aplicables a los casos que conocen y valorando las pruebas de cargo y descargo actuadas en cada el proceso. Ello también significa que, en el razonamiento de sus decisiones, no deben incurrir en *sesgos* o heurísticas. (Sala Penal Permanente de Lima de la Corte Suprema de Justicia de la República, Recurso de Nulidad N.º 760-2020, 2020, p. 3).

A partir de esta aproximación, verificamos que el razonamiento probatorio para la motivación de las decisiones judiciales, debe incluir además una rigurosa evaluación en la argumentación jurídica, donde se pueda evitar todo lo posible, que se incurra en la utilización de “sesgos cognitivos”. En adelante trataremos de desarrollar algunos criterios en torno a su aplicación dentro del razonamiento probatorio.

## **2. Los sesgos cognitivos**

En relación a los “sesgos cognitivos”, podemos mencionar que muchos de los estímulos que son expuestos en un juicio son en realidad ajenos o, bien, lejanos al bagaje epistémico y entender del derecho y, en efecto, la investidura del juez indica que es una persona docta en leyes, jurisprudencia, dogmática y filosofía del derecho, sin embargo, escapa a una gran gama de técnicas, metodologías, epistemologías y lenguajes utilizados por otras ciencias que sí utiliza a fin de emitir su juicio. Es así que cualquier estímulo visual o auditivo –como

la apariencia de la víctima o del acusado, las emociones, las conductas, la manera y emotividad con la que los participantes se expresan entre muchas otras cosas— pueden despertar o activar en el juzgador respuestas relacionadas con prejuicios, estereotipos, carencias o situaciones subconscientes de las que el funcionario judicial no tiene conocimiento y que pueden parcializar la decisión final a favor o en contra de algún participante (De la Rosa Rodríguez, P.I. y Sandoval Navarro, V.D. 2016. Los sesgos cognitivos y su influjo en la decisión judicial. Aportes de la Psicología Jurídica a los procesos penales de corte acusatorio. Derecho Penal y Criminología. 37, 102 (jun. 2016), 150).

Aunque normalmente se identifiquen los sesgos cognitivos como principalmente ligados a los prejuicios, consideramos que en la actualidad el incremento de casos se relacionan, por ejemplo, con los denominados “estereotipos de género”, es decir, se mantienen ideas preconcebidas que llevan a sostener que el sexo femenino es el “sexo débil”, o que es el grupo de tiene deberes y roles en la familia, a diferencia del sexo masculino, pero debemos también mencionar que dichas ideas preconcebidas se trasladan a otros ámbitos, tales como el social, laboral, educativo, entre otros.

Por otro lado, encontramos “las heurísticas”, que en palabras de Peer y Gamliel, son atajos cognitivos, o reglas generales, mediante las cuales las personas [y, naturalmente, los jueces] generan juicios y toman decisiones sin tener que considerar toda la información relevante, confiando —en cambio— en un conjunto limitado de señales que ayudan a su toma de decisiones. Dichas heurísticas surgen debido al hecho de que tenemos recursos cognitivos y

motivacionales limitados, y que debemos usarlos de manera eficiente para tomar decisiones cotidianas. Aunque tales heurísticas son, generalmente, adaptativas y contribuyen a nuestra vida diaria, la dependencia de una parte limitada de la información relevante a veces da como resultado sesgos sistemáticos y predecibles que conducen a decisiones sub-óptimas. (Sala Penal Permanente de Lima de la Corte Suprema de Justicia de la República, Recurso de Nulidad N.º 760-2020, 2020, p.4)

La doctrina nacional, en el marco del análisis del razonamiento de las decisiones de las juezas y los jueces de la República, advirtió la presencia de estos sesgos o heurísticas. Enrique Sotomayor Telles, por ejemplo, distingue sesgos en las audiencias, sesgos en el proceso de toma de decisiones y sesgos en el proceso de sentenciar, y detalla, entre otros muchos, los siguientes:

a. *El sesgo de confirmación:*

En este caso se seleccionan la información y las pruebas de acuerdo con si corroboran las preconcepciones de quien juzga, en detrimento de las hipótesis contrarias. De esto modo, los jueces solo seleccionan la evidencia que confirme su hipótesis del caso y omiten aquella que sea incompatible con esta decisión. Un ejemplo de este tipo de sesgo se presenta cuando los operadores jurídicos, en el razonamiento de sus decisiones, solo citan y valoran las pruebas de la decisión que adoptaron previamente (evalúan únicamente las pruebas de cargo o únicamente las de descargo, es decir, solo valoran una parte de las pruebas actuadas) y no hacen ningún análisis de las otras pruebas (contrarias a la decisión que previamente adoptaron). Este razonamiento es claramente sesgado e irracional y, por lo

tanto, carece de respaldo constitucional, pues también incurre en los vicios de motivación insuficiente y aparente.

### ***3. La incapacidad de ignorar pruebas inadmisibles:***

Este tipo de sesgo tiene que ver con la incapacidad de las juezas y los jueces de omitir el análisis y la valoración de la información o las pruebas inadmisibles, ilegales o prohibidas, pues antes de ignorarlas las revisan y con ello contaminan su razonamiento. Un ejemplo de este tipo de sesgo, que hace arbitrario el razonamiento judicial, se manifiesta cuando los operadores jurídicos analizan información que no fue válidamente incorporada a los procesos o valoran las pruebas de un juicio anulado o quebrado, entre muchos otros casos.

### ***2. El sesgo de decisión secuencial:***

Cuando los operadores jurídicos deciden un mismo tipo de caso de forma secuencial, durante un periodo de tiempo continuo (por ejemplo, una mañana), tienden a fallar más a favor de mantener el criterio o la decisión que vienen adoptando (continuar el statu quo de las cosas); por ejemplo, si durante toda una mañana dictan prisiones preventivas o emiten sentencias condenatorias por determinado delito, pueden incurrir en este sesgo y emitir decisiones en ese mismo sentido resolutive (estimatorio de los pedidos de prisiones preventivas en el primer caso y sentencias condenatorias en el segundo caso), lo cual es claramente arbitrario. Como es obvio, cada caso es único, pues está revestido de sus propias particularidades fácticas y jurídicas, por lo que deben ser así analizados, con la única limitación de que los operadores jurídicos están obligados a garantizar el derecho a la

igualdad en la aplicación de la ley de todos los justiciables, de modo que deben ser consecuentes con las interpretaciones que realizan de los hechos y las normas. (Sala Penal Permanente de Lima de la Corte Suprema de Justicia de la República, Recurso de Nulidad N.º 760-2020, 2020, p.4-6)

También en la jurisprudencia se ha señalado que no se trata de realizar una nueva valoración de la prueba en función a criterios propios, solo de examinar si la motivación de la sentencia presenta o no infracciones normativas -se realiza un juicio sobre el juicio del Tribunal Superior-; y, en el caso de la motivación fáctica, si el Tribunal de Mérito no incurrió en una vulneración de las normas del Derecho probatorio- sea en el campo de la licitud de la prueba, de la interpretación del medio de prueba y de la valoración del material probatorio relevante-. (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, Recurso de Casación N.º 1425-2018/TACNA, 2020, p. 6-7).

Desde el momento en que comienza una investigación hasta el instante de la imposición de la pena existen múltiples ocasiones en que *los sesgos* de los diferentes agentes judiciales, y *las heurísticas* que utilizan, interfieren negativamente en sus razonamientos y decisiones. No se trata únicamente de sesgos raciales, sexuales, sociales o religiosos, los cuales han sido ampliamente estudiados en el derecho. Se trata de sesgos implícitos propios del procesamiento de información, tanto sensorial como conceptual, que afectan a todos los seres humanos en todos los ámbitos de la vida, incluso cuando toman decisiones difíciles e importantes (Conlisk, 1996), incluyendo las decisiones judiciales (Guthrie et al., 2001).

(Páez, Los Sesgos Cognitivos y la Legitimidad Racional de las Decisiones Judiciales, 2021, p. 189)

Frente a estas dificultades, una posible estrategia para disminuir el efecto nocivo de los sesgos es enfocarnos, no en modificar el comportamiento de los agentes judiciales, sino en moldear su entorno para que los sesgos tengan menos oportunidades de aparecer. En particular, se considera que es más provechoso concentrar nuestros esfuerzos en identificar aquellas reglas procesales que facilitan o limitan el efecto de los sesgos. (Páez, Los Sesgos Cognitivos y la Legitimidad Racional de las Decisiones Judiciales, 2021, p. 190)

A partir de lo señalado, podemos afirmar que un “*sesgo cognitivo*” es una desviación sistemática, involuntaria e inconsciente de una norma o de un estándar de racionalidad al emitir un juicio perceptual o conceptual, al recordar un evento o al hacer una predicción. No se trata de un simple error, sino de comportamientos que ocurren consistentemente bajo circunstancias similares, y que por lo tanto son predecibles y replicables. Son causados principalmente por el uso de heurísticas, atajos que utilizamos en el procesamiento de información, pero también son producto de las limitaciones de nuestra capacidad cerebral de procesar información, de influencias emocionales, morales y sociales, y de distorsiones en el proceso de almacenamiento y búsqueda de información en la memoria. (Páez, Los Sesgos Cognitivos y la Legitimidad Racional de las Decisiones Judiciales, 2021, p. 191)

## **4. Tipos de sesgos**

### **4.1. El sesgo de confirmación**

El primer sesgo que podemos discutir es quizás el más importante, no solo en el derecho, sino en cualquier razonamiento de índole inductiva en la ciencia o en la vida cotidiana. Se trata del *sesgo de confirmación*. Al evaluar una hipótesis favorecida por un agente, este mostrará una fuerte tendencia a buscar, recordar y darle más valor a la evidencia que confirme esa hipótesis. Por ejemplo, si un juez se forma rápidamente la idea de que el imputado es culpable, su creencia deformará su valoración de las pruebas presentadas durante el juicio. El sesgo es potenciado por factores emocionales como la rabia (Ask y Pina, 2011). Así, si un detective indignado cree firmemente que un sospechoso es culpable de acceso carnal violento, el sesgo de confirmación lo llevará a privilegiar fuertemente la evidencia que confirme la culpabilidad de esa persona, desechando otras posibilidades. Existe evidencia de que los miembros de los jurados, en los países donde existe esta figura, adoptan muy rápidamente una posición acerca de la culpabilidad o responsabilidad del imputado. En experimentos con jurados simulados, la evidencia muestra que el sesgo de confirmación lleva a una rápida polarización en sus posiciones (Myers y Lamm, 1976). Una consecuencia adicional de este sesgo es el exceso de confianza que genera en las decisiones que se toman con base en la evidencia confirmatoria. (Páez, Los Sesgos Cognitivos y la Legitimidad Racional de las Decisiones Judiciales, 2021, p. 191-192)

### **4.2. El sesgo retrospectivo**

Un segundo sesgo que ha sido objeto de numerosos estudios es el *sesgo retrospectivo* (Fischhoff, 1975). Cuando se tiene conocimiento de un hecho, existe la tendencia a pensar que este era mucho más predecible de lo que en realidad era posible inferir en el momento con la información disponible. En términos más técnicos, es la tendencia a sobreestimar ex post las probabilidades ex ante. El resultado es que los jueces tienden asignarle mayor responsabilidad de la debida a un imputado por negligencia. El ejemplo más infame del sesgo retrospectivo es el de una Corte de Nueva Jersey que condenó a los ejecutores de un testamento en 1931 por no haber previsto el desplome de la bolsa en 1929 (In re Chamberlain's Estate, 1931). Hoy en día en Estados Unidos los corredores de bolsa y las personas que toman decisiones financieras no pueden ser demandadas por los inversionistas si los resultados no son los esperados, pues se considera que cualquier sentencia judicial al respecto necesariamente va a ser afectada por el sesgo retrospectivo (Rachlinski, 1998: 619). El sesgo es muy común en casos de negligencia médica y de responsabilidad por fallas en el desempeño de un producto. También ocurre en las disputas sobre patentes. Cuando hay una disputa acerca de los derechos de autor de un invento, se puede caer en la tentación de pensar que no es sorprendente que diferentes personas hayan llegado a él de manera independiente. En el caso *Graham v. John Deere Co.* (1966), la Corte Suprema de Estados Unidos previno justamente acerca del sesgo retrospectivo y aclaró el sentido en el que un invento patentado puede ser obvio y evidente. Finalmente, en los casos de negligencia se ha detectado que la gravedad del daño, y tener conocimiento de que el demandado intentó remediar el daño causado, aumentan dramáticamente la probabilidad de que el sesgo influya en la decisión (LaBine y LaBine, 1996). (Páez, Los Sesgos Cognitivos y la Legitimidad Racional de las Decisiones Judiciales, 2021, p. 192-193).

### **4.3. La heurística de representatividad**

Un tercer sesgo es el resultado de la llamada *heurística de representatividad* (Kahneman y Tversky, 1973). En la vida diaria a menudo debemos decidir a cuál categoría pertenece un evento o una persona. Es muy frecuente que en el proceso de categorización nos dejemos guiar por alguna propiedad sobresaliente y superficial de los eventos o las personas, saltando rápidamente a la conclusión de que estos pertenecen a una categoría sin tener en cuenta evidencia que puede apuntar en la dirección opuesta. Veamos un ejemplo adaptado de uno originalmente propuesto por Tversky y Kahneman (1982). Considérese la siguiente descripción: “José es una persona que siempre está dispuesta a ayudar. Le encantan los niños y es muy organizado y sensible”. Si asumimos que José es colombiano, ¿qué es más probable, que José sea un chofer de taxi o un profesor de preescolar? La mayoría de la gente responderá que es más probable que sea un profesor de preescolar porque se concentra en características como la sensibilidad y el amor por los niños como rasgos representativos de un profesor de preescolar. La persona que escoge esta opción está usando la heurística de representatividad. El problema es que la respuesta está equivocada porque ignora la tasa base de hombres colombianos que trabajan como taxistas, que es muy alta, y la de hombres colombianos que trabajan como profesores de preescolar, que es extremadamente baja. Con la información proporcionada, la respuesta es que es mucho más probable que José sea un chofer de taxi. (Páez, Los Sesgos Cognitivos y la Legitimidad Racional de las Decisiones Judiciales, 2021, p. 193)

Asimismo, Muñoz Aranguen ha sostenido que “En este tipo de errores de representatividad se incurre, a veces, en la valoración, por parte del Tribunal o los miembros del Jurado, de la veracidad del testimonio de los litigantes y testigos. Pondremos un ejemplo muy elemental: los estudios empíricos efectuados sugieren que, cuando los sujetos hacen juicios categóricos, - por ejemplo, ponderar la probabilidad de que un acusado sea culpable -, concluyen que la evidencia concreta analizada (por ejemplo, el comportamiento durante el juicio del acusado) es representativa de la categoría (culpabilidad o inocencia del acusado). Cuando la muestra o evidencia le parece al Tribunal representativa o similar a la categoría (por ejemplo, el acusado se muestra nervioso durante la vista), tiende a juzgar la probabilidad de la categoría en la misma medida – prueba de culpabilidad –“. (Muñoz Aranguen, La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación, 2011, p. 4).

De esta forma, se aprecia, entonces, que, en la elaboración de su resolución, el órgano de valoración puede fácilmente quedar expuesto a errores cognitivos y como se ha expuesto, factores extralegales como la edad, el género, si se trata de un juez severo o menos severo o si se inclina a favorecer las pretensiones de la Fiscalía, inevitablemente se proyectan en la toma de la decisión judicial, sin que refleje esta una aplicación rigurosa de la ley. de ello se deriva que existan sentencias diversas de casos idénticos (De la Rosa Rodríguez, P.I. y Sandoval Navarro, V.D. 2016. Los sesgos cognitivos y su influjo en la decisión judicial. Aportes de la Psicología Jurídica a los procesos penales de corte acusatorio. Derecho Penal y Criminología. 37, 102 (jun. 2016), 153).

El último ejemplo que se puede considerar es el del *efecto ancla* (Guthrie, Rachlinski y Wistrich, 2001). Al estimar una fecha o una cantidad, la exposición previa a un número cualquiera, absurdo o no, afecta la estimación. El ejemplo más cotidiano ocurre cuando intentamos establecer el precio de una vivienda. Los corredores de finca raíz intentarán plantar un ancla alto a partir del cual se negocie el precio, y el comprador limitará sus ofertas a un cierto porcentaje por debajo de esa ancla. En el derecho el efecto ocurre especialmente cuando un juez debe decidir la compensación monetaria a un demandante en un juicio de responsabilidad, o cuando debe decidir la duración de una pena privativa de la libertad. En el primer caso, el abogado del demandante exigirá una cantidad muy alta con el fin de anclar la disputa monetaria alrededor de esa cifra, y en el segundo, el fiscal pedirá una pena prolongada esperando conseguir una que se acerque lo más posible a la solicitada. En un estudio realizado en la Comunidad Autónoma Gallega se analizó el efecto ancla en 555 sentencias entre los años 1980 a 1995 con respecto a la imposición de la pena, y se encontró que en mayor o menor medida el 60% de las sentencias estaban guiadas por la solicitud de la fiscalía (Farina et al., 2002). (Páez, Los Sesgos Cognitivos y la Legitimidad Racional de las Decisiones Judiciales, 2021, p. 195).

##### **5. Criterios a adoptarse para reducir los sesgos cognitivos**

Frente a estas cuestiones, Muñoz Aranguren sugiere que exigir que los jueces y magistrados justifiquen sus decisiones puede ser un antídoto contra la aparición de sesgos:

La motivación de las resoluciones judiciales, al exigir una exteriorización razonada y razonable de los motivos que fundamentan el sentido del fallo, supone un freno a los impulsos decisionistas del juzgador, producto de meras conjeturas subjetivas y de sesgos cognitivos, permitiendo de igual forma la revisión por parte del órgano jurisdiccional

superior del correcto razonamiento lógico-jurídico de la sentencia (Muñoz Aranguen, La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación, 2011, p. 27).

Pero esta sugerencia difícilmente solucionará el problema. En primer lugar, el razonamiento ex post presentado en la sentencia no necesariamente describe fielmente el razonamiento real que se llevó a cabo en cada etapa del proceso. Es bien sabido que en muchos casos los jueces deciden y después encuentran la justificación de sus decisiones. En segundo lugar, la exposición de razones en las decisiones judiciales muchas veces no deja muy claro cómo se llega a una decisión y se limita a copiar apartes de los escritos de acusación y defensa. Por lo tanto, es difícil determinar si el razonamiento fue afectado por sesgos cognitivos. En tercer lugar, es implausible que las cortes superiores decidan aumentar su carga de trabajo para revisar el razonamiento de los jueces sin que medie una apelación, especialmente cuando dicha revisión probablemente no alterará en absoluto la decisión tomada durante el juicio. Y finalmente, esta sugerencia asume que los integrantes del órgano superior harán una evaluación de los hechos y del razonamiento del juez que sea inmune a los sesgos que puedan estar presentes en la resolución original. (Páez, Los Sesgos Cognitivos y la Legitimidad Racional de las Decisiones Judiciales, 2021, p. 196-197)

Se podría pensar que las decisiones tomadas colegiadamente tienden a disminuir el efecto del sesgo de confirmación, puesto que cada uno de los miembros del tribunal o del jurado se puede ver enfrentado a puntos de vista opuestos a los suyos. Sin embargo, las decisiones grupales dan pie a otra familia de sesgos que no garantizan que la decisión sea más ajustada a los hechos. *El sesgo grupal* más común en el derecho es el sesgo de polarización. Muchas veces los grupos toman conjuntamente decisiones más extremas que las que defendía

inicialmente cada uno de sus miembros. También se ha determinado que los grupos tienden a amplificar los errores de sus miembros individuales, y son presa del efecto cascada, en el que los miembros tienden a converger hacia las opiniones de los que hablaron o actuaron primero (Sunstein, 2007). El remedio, por tanto, resulta peor que la enfermedad. (Páez, Los Sesgos Cognitivos y la Legitimidad Racional de las Decisiones Judiciales, 2021, p. 198-199)

La única forma de contrarrestar los efectos negativos de los *sesgos cognitivos* en los jueces es a través de la creación de guías de práctica judicial que puedan servir de base para la creación de protocolos procesales que limiten en la medida de lo razonable sus efectos negativos. Esta es una tarea que requiere de un conocimiento profundo del derecho procesal y de la psicología cognitiva. Es una combinación difícil de encontrar, pero que se debe estimular en aras de mejorar la racionalidad de las decisiones judiciales. (Páez, Los Sesgos Cognitivos y la Legitimidad Racional de las Decisiones Judiciales, 2021, p. 214)

Un caso en la jurisprudencia que puede definir mejor este problema es el caso Abencia Meza, donde el Tribunal Constitucional señaló:

*“21. Este Tribunal observa que dicha conclusión judicial no se sostiene en grado de certeza suficiente a partir de las premisas de las que inicia. Si bien la Corte Suprema ha explicado la probanza de determinados indicios de la supuesta participación delictiva de la favorecida Abencia Meza, actividad probatoria que, por cierto, este colegiado no le corresponde revalorar, por ser una materia de competencia exclusiva del juez ordinario; no obstante los nexos causales que la sala asume en el razonamiento con la prueba indiciaria para acreditar el delito imputado a Abencia Meza son defectuosos hasta el punto*

*que vulneran el derecho fundamental a la debida motivación. (Tribunal Constitucional, Exp. N° 00485-2016-PHC/TC CAJAMARCA, 2019, p. 11)*

*25. Ahora, acerca de este primer hecho, de lo expuesto en la resolución cuestionada, no se aprecia que se haya explicado cómo se ha podido corroborar que estas llamadas entre dichos imputados se produjeron o qué llamadas recibió Pedro Mamanchura en la fecha que se indica o antes, pues además de señalar las presuntas fechas en que éstas se habrían producido, no se indica qué medio probatorio permite corroborar que efectivamente ello fue así. Es decir, no se ha explicado cómo se ha probado este indicio de la participación de Abencia Meza. Y si esto es así, quedaría únicamente el dicho de Pedro Mamanchura sin ninguna prueba periférica al respecto. (Tribunal Constitucional, Exp. N° 00485-2016-PHC/TC CAJAMARCA, 2019, p. 12)*

*26. Otro de los indicios utilizados por la Sala Suprema es la referida a las agresiones y amenazas que Abencia Meza le habría realizado a Alicia Delgado, refiriendo que, al tratarse de una relación mediática, era de público conocimiento las peleas que se había producido, entre ellas, incluso las agresiones físicas, y que conllevaron al fin de su relación sentimental y que posteriormente conllevaron a otras agresiones físicas hasta amenazas de muerte. (Tribunal Constitucional, Exp. N° 00485-2016-PHC/TC CAJAMARCA, 2019, p. 12)*

*28. Tomando en cuenta ello, se aprecia que se habría señalado los medios probatorios que permiten probar el hecho que Abencia Meza agredió a Alicia Delgado y la amenazó de muerte. Sin embargo, este Tribunal no advierte cómo es que, en base a ello, se puede llegar a que Abencia Meza convenció a Pedro Mamanchura de matar a Alicia Delgado. Del*

*hecho de amenazar de muerte a una persona no se sigue, necesariamente, el hecho efectivo de mandar a matar a esa persona. Existe, pues, aquí una motivación deficiente que debe ser reparado. (Tribunal Constitucional, Exp. N° 00485-2016-PHC/TC CAJAMARCA, 2019, p. 12)*

*35. Por lo tanto, la Sala Suprema puede verificar la falta de corrección lógica de las premisas o de las conclusiones, así como la carencia o incoherencia en la narración de los hechos; pero además puede verificar la deficiencia en la justificación externa, incluso para resolver sobre el fondo del asunto si es que los medios probatorios o la prueba indiciaria le genera convicción, solo que, en este último caso —como quedó dicho— deberá cumplirse con el imperativo constitucional de la debida motivación; es por ello que este colegiado considera que la demanda ha de ser estimada en parte, declarándose solamente la nulidad de la ejecutoria suprema, debiendo la Sala Suprema emplazada emitir nueva resolución, según corresponda. (Tribunal Constitucional, Exp. N° 00485-2016-PHC/TC CAJAMARCA, 2019, p. 14)”.*

*Además, como habrá podido observarse, en algunos de los supuestos señalados, el juzgador no solo puede, sino que debe prescindir de sus creencias para realizar la selección de los hechos probados que incorpora a su razonamiento. Ese deber viene impuesto por el sistema jurídico de referencia y es un elemento más para elaborar la distinción entre el hecho de que una proposición esté probada y el hecho de que esta sea tomada por probada por el juzgador del caso. En efecto, si en los supuestos en que el juez debe abandonar sus creencias acerca de los hechos del caso para determinar los hechos probados, este no las abandona, podrá decirse que el juez tuvo por probada una hipótesis H,*

pero que esta no estaba, en realidad, probada. (Ferrer, Prueba sin Convicción: Estándares de Prueba, 2021. p. 177).

Por su parte, Muñoz Aranguen ha afirmado “En primer lugar, si como es sabido, el sesgo retrospectivo interfiere en los sujetos, haciendo que el conocimiento del resultado ocurrido produzca la impresión de que era inevitable, un primer intento de *debiasing* ha sido forzar a esos sujetos a poner en cuestión la inevitabilidad del resultado conocido; es decir, intentar que el Juzgador se convenza de que el resultado podría haber sido distinto (FISCHHOFF, 1980). Sin embargo, como estudios recientes parecen demostrar, cuando a los sujetos de estos experimentos se les exhorta a producir muchas alternativas, se produce un efecto paradójico, de manera que el sesgo retrospectivo incluso se incrementa. Como señalan SANN y SCHWART (2002), esta estrategia se torna menos efectiva cuando el sujeto intenta con mayor fuerza convencerse a sí mismo de que quizá los hechos podrían haber ocurrido de otra manera, al percibir durante ese proceso que las razones de ese resultado alternativo son más difíciles de imaginar” (Muñoz Aranguen, La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación, 2011, p. 28).

Ahora bien, si esto es así, resulta que tener una determinada creencia acerca de un evento no puede justificarse en sí mismo puesto que solo los actos voluntarios admiten justificación. En otras palabras, si admitimos que el resultado que producen los elementos de juicio presentes en el expediente judicial es la producción de una determinada actitud proposicional acerca de la proposición que se pretende probar, entonces resulta que bajo la reconstrucción que se está analizando, el resultado se podría formular como 'Creo que p'. Y si el hecho de tener una creencia no es justificable en sí mismo, resultará que no hay

posibilidades de justificar ese resultado o, lo que es lo mismo, la valoración de la prueba realizada por el juez. En otras palabras: a quienes plantean que una hipótesis fáctica está probada si el juzgador alcanza un determinado estado mental (la convicción, la creencia, etc.) acerca de ella, la coherencia del razonamiento les lleva necesariamente a tener que sostener una concepción subjetivista de la prueba, donde la única motivación necesaria de la decisión adoptada es que esta se corresponda con el íntimo convencimiento del juez, que esa sea su creencia. (Ferrer, Prueba sin Convicción: Estándares de Prueba, 2021. p. 179).

La creencia, como actitud proposicional, tiene también una segunda particularidad, que es problemática si se usa la creencia del juzgador como condición necesaria de la prueba o como criterio para identificar el umbral de suficiencia probatoria a través de los estándares de prueba. Me refiero a la independencia del contexto. Esto es, nuestras creencias son causadas por una multitud de factores y de informaciones y pueden ir cambiando a lo largo del tiempo. (Ferrer, Prueba sin Convicción: Estándares de Prueba, 2021. p. 181).

El deber de motivar las decisiones judiciales, planteado como garantía secundaria del cumplimiento de interdicción de la arbitrariedad (que sería la garantía primaria), pierde todo sentido si la decisión sobre los hechos no está, a su vez, sujeta a criterios de racionalidad intersubjetivamente controlables. (Ferrer, Prueba sin Convicción: Estándares de Prueba, 2021. p. 197).

En conclusión, el juzgador primero decide y luego razona. Dicho sea de paso, en un sistema jurídico de corte acusatorio, el juez está obligado a indicarles a las partes las razones en las que sustentó su sentencia, es decir, cuáles fueron los criterios que lo llevaron a tomar una decisión. A manera de ejemplo, el juez señalará cuál litigante demostró sus planteamientos

y expondrá los argumentos fácticos y jurídicos que sustentan su decisión. En otras palabras, para fundamentar una resolución, es indispensable que esta se justifique racionalmente y que sea la conclusión de una inferencia o sucesivas inferencias formalmente correctas, y que sea también producto del respeto a los principios y a las reglas lógicas. Ahora bien, detrás de este proceso decisorio se ubican y se infiltran predisposiciones temperamentales, sentimientos de justicia e incluso el instinto. pocas veces se hace referencia a ellos, pero la toma de decisiones de todos los seres humanos involucra estos sesgos cognitivos (De la Rosa Rodríguez, P.I. y Sandoval Navarro, V.D. 2016. Los sesgos cognitivos y su influjo en la decisión judicial. Aportes de la Psicología Jurídica a los procesos penales de corte acusatorio. Derecho Penal y Criminología. 37, 102 (jun. 2016), 148).

## **6. Referencias bibliográficas**

Atienza, *Robert Alexy y el giro argumentativo en la teoría del derecho contemporánea*, 2015.

De la Rosa Rodríguez, P.I. y Sandoval Navarro, V.D. 2016. *Los sesgos cognitivos y su influjo en la decisión judicial. Aportes de la Psicología Jurídica a los procesos penales de corte acusatorio*. Derecho Penal y Criminología. 37, 102 (jun. 2016).

Páez, *Los Sesgos Cognitivos y la Legitimidad Racional de las Decisiones Judiciales*, 2021.

Ferrer, *Prueba sin Convicción: Estándares de Prueba*, 2021.

Muñoz Aranguen, *La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación*, 2011.