



Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Universidad del Perú. Decana de América

Dirección General de Estudios de Posgrado
Facultad de Derecho y Ciencia Política
Unidad de Posgrado

Problemática del uso de la Cámara Gesell en los delitos de violación sexual de menores como medio de prueba

TESIS

Para optar el Grado Académico de Doctor en Derecho y Ciencia
Política

AUTOR

Carlos Alfredo ESCOBAR ANTEZANO

ASESOR

Dr. Silfredo Jorge HUGO VIZCARDO

Lima, Perú

2021



Reconocimiento - No Comercial - Compartir Igual - Sin restricciones adicionales

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

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

Referencia bibliográfica

Escobar, C. (2021). *Problemática del uso de la Cámara Gesell en los delitos de violación sexual de menores como medio de prueba*. [Tesis de doctorado, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Unidad de Posgrado]. Repositorio institucional Cybertesis UNMSM.

Metadatos complementarios

Datos de autor	
Nombres y apellidos	Carlos Alfredo Escobar Antezano
DNI	06117328
URL de ORCID	“_”
Datos de asesor	
Nombres y apellidos	Silfredo Jorge Hugo Vizcardo
DNI	08377880
URL de ORCID	https://orcid.org/0000-0002-6996-2721
Datos de investigación	
Línea de investigación	E.1.2 INVESTIGACIÓN EN DERECHO PÚBLICO
Grupo de investigación	No aplica.
Agencia de financiamiento	Sin financiamiento.
Ubicación geográfica de la investigación	Lugar País: Perú Departamento: Lima Provincia: Lima Distrito: La Molina Calle: Santa Cruz de Tenerife 384 Coordenadas geográficas: 12° 06' 12.5460 "S 76° 56' 38.1912" O -12.103485, -76.943942
Año o rango de años en que se realizó la investigación	2014 -2018
URL de disciplinas OCDE	5.05.02 -- Derecho penal https://purl.org/pe-repo/ocde/ford#5.05.02 5.05.01 – Derecho https://purl.org/pe-repo/ocde/ford#5.05.01



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

ACTA DE EXAMEN DE GRADO DE DOCTOR EN DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

En la ciudad de Lima, a los veinte días del mes de mayo del año dos mil veintiuno, siendo las diecisiete horas, bajo la Presidencia del Dr. José Félix Palomino Manchego, con la asistencia de los Profesores: Dr. Pablo Wilfredo Sánchez Velarde, Dr. Germán Small Arana, Dr. Silfredo Jorge Hugo Vizcardo y Dr. Víctor Mario Amoretti Pachas, Jurado Examinador y el postulante al Grado Académico de Doctor en Derecho y Ciencia Política, **Mg. Carlos Alfredo ESCOBAR ANTEZANO**, procedió a hacer la exposición y defensa pública virtual de su tesis titulada “**PROBLEMÁTICA DEL USO DE LA CÁMARA GESELL EN LOS DELITOS DE VIOLACIÓN SEXUAL DE MENORES COMO MEDIO DE PRUEBA**”.

Concluida la exposición, se procedió a la evaluación correspondiente, habiendo obtenido la siguiente calificación:

Aprobado con calificación de bueno con la nota de dieciséis (16)

A continuación, el Presidente del Jurado recomienda a la Facultad de Derecho y Ciencia Política se le otorgue el Grado Académico de Doctor en Derecho y Ciencia Política al **Mg. Carlos Alfredo ESCOBAR ANTEZANO**.

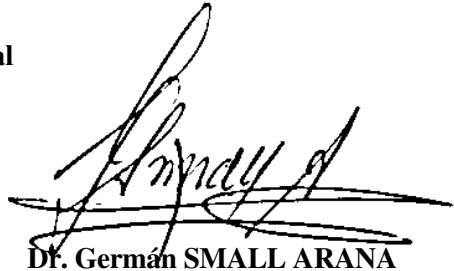
Se extiende la presente Acta en dos originales y siendo las dieciocho horas con veinte y cinco minutos, se dio por concluido el acto académico de sustentación virtual.



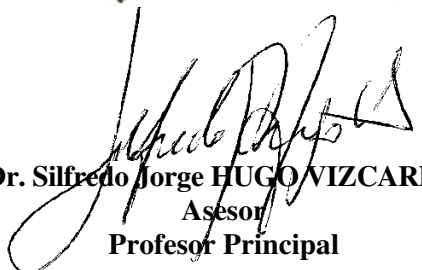
Dr. José Félix PALOMINO MANCHEGO
Presidente
Profesor Principal




Dr. Pablo Wilfredo SÁNCHEZ VELARDE
Jurado Informante
Profesor Principal



Dr. Germán SMALL ARANA
Miembro
Profesor Principal



Dr. Silfredo Jorge HUGO VIZCARDO
Asesor
Profesor Principal



Dr. Víctor Mario AMORETTI PACHAS
Jurado Informante
Profesor Emérito

Dedicatoria:

A mi familia por impulsar seguir estudiando

Agradecimiento:

A la función de juez que te obliga a buscar la verdad

Palabras clave: Problemática Cámara Gesell violación sexual menores

Resumen: La experiencia de magistrado, ha permitido apreciar que la mera instalación de la “Cámara Gesell”, como fundamental “mecanismo” de recaudación del testimonio del menor de edad, víctima de abuso sexual no “garantiza” la disminución de las posibilidades “revictimizantes”, que puedan afectar de manera perniciosa y aflictiva al menor agraviado. La Cámara Gesell, como se viene aplicando, resulta “un proceso formalista o protocolar del proceso penal”, concebido para mejorar el sistema legal y no se vulnere “los derechos fundamentales”, afectando el respeto a la “dignidad de la víctima”. Desde el punto de vista jurídico, se requiere la adecuación a la realidad nacional, implementación e interpretación normativa que permita, de manera idónea, “la actuación profesional del psicólogo forense, así como la implementación del ambiente, la dinámica en la aplicación del protocolo y la construcción de más Cámaras Gesell en el país”.

Este es el marco en el que desarrollamos nuestra investigación, que tiene por finalidad establecer si el Estado Peruano ha cumplido con incluir debidamente, dentro de su normatividad interna, la “implementación de la Cámara Gesell”, como un “instrumento técnico” especializado, para la toma de declaración de los menores afectados por violación sexual, dentro de un marco garantista y protector, de conformidad con los estándares internacionales, determinar cuál es la naturaleza jurídica del aporte probatorio, que emana su utilización en el contexto de la actividad probatoria dentro del proceso penal peruano, si es efectiva para evitar o reducir

eficazmente su revictimización, así como también identificar las condiciones que dificultan y/o impiden un adecuado nivel de éxito en la implementación y utilización de la Cámara Gesell, como un efectivo medio especializado y técnico, para la investigación de delitos sexuales contra menores”.

Key words: Trouble Chamber Gesell rape minors

Abstract: The personal experience as a magistrate has allowed me to appreciate that the single installation of the Gesell Chamber, as the main judicial instrument for the collection of information, does not guarantee the reduction of the “revictimizing” consequences, since they still persist perniciously, determining that the Gesell Chamber is, much to our dismay, “only a formalistic or protocol process of the criminal process”, and instead of improving the legal system, the fundamental rights continue to be violated, transgressing the respect for the dignity of the victim. From the legal point of view, the adaptation, implementation and regulatory modification is required that allows, in a more timely and appropriate manner, the professional performance of the forensic psychologist, as well as the environment, infrastructure, dynamics in the application of the protocol and the establishment of more Gesell Chambers in the Peruvian country and thus avoid "revictimización", with a view to disappear or at least minimize its effects, and tend to a healthy balance between the need of the victim and those of the judicial system as a whole.

And this is precisely the framework in which we carry out our investigation, which aims to establish whether the Peruvian State has complied with properly including, within its internal regulations, the implementation of the

Gesell Chamber, as a technical and specialized instrument, for the declaration of minors affected by sexual rape, within a guarantee and protective framework, in accordance with international standards, determine what is the legal nature of the probative contribution, which emanates its use in the context of the probation activity within the process Peruvian criminal law, if it is effective in preventing or effectively reducing its revictimization, as well as identifying the conditions that hinder and / or prevent an adequate level of success in the implementation and “use of the Gesell Chamber, as an effective specialized” and technical means, to the investigation of sexual crimes against minors ”.

INDICE

Dedicatoria

Palabras claves – Resumen

Key words – Abstract

**TITULO: “PROBLEMÁTICA DEL USO DE LA CAMARA GESELL EN LOS
DELITOS DE VIOLACIÓN DE MENORES COMO MEDIO DE PRUEBA”**

“INTRODUCCIÓN”

PARTE UNO – DISEÑO METODOLÓGICO

1. “EL PROBLEMA”
 - 1.1 *“Descripción de la realidad problemática”*
2. “FORMULACIÓN DEL PROBLEMA”
 - 2.1 *“Problema general”*
 - 2.2 *“Problemas específicos”*
3. “FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS”
 - 3.1 *“Hipótesis general”*
 - 3.2 *“Hipótesis específicas”*
4. “OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN”
 - 4.1 *“Objetivo general”*
 - 4.2 *“Objetivos específicos”*
5. “JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN”
 - 5.1 *“Justificación teórica”*
 - 5.2 *“Justificación práctica”*
6. “CONTRIBUCIÓN A RESOLVER EL PROBLEMA”
7. “METODOLOGÍA Y TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN”
 - 7.1 *“Metodología de la investigación”*
 - 7.2 *“Técnicas de investigación”*

PARTE DOS - MARCO TEÓRICO

1. MARCO DE INVESTIGACIONES PREEXISTENTES

1.1 Antecedentes Nacionales

1.2 Antecedentes Internacionales

2. DETERMINACIÓN Y ELECCIÓN DE LAS PRINCIPALES CORRIENTES TEÓRICAS EXPLICATIVAS DEL PROBLEMA

2.1 Derecho constitucional

2.2 La coerción procesal penal

2.3 Política criminal

2.4 La teoría del delito

2.5 La teoría de la pena

3. MARCO NORMATIVO

PARTE TRES - ESTRUCTURA DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN

“CAPITULO I”

“FUNDAMENTOS GENERALES DEL DERECHO PENAL, EL DELITO Y LA IMPUTACIÓN”

- 1. “Concepto, fines y legitimación del Derecho penal”.*
- 2. “El Derecho penal y sus perspectivas futuras”*
- 3. “Modernización y el expansionismo punitivo”*
- 4. “El delito y su conceptualización”*
- 5. “La aplicación de las penas y su finalidad”*
- 6. “La instrumentalización política del Derecho penal”*
- 7. “El Derecho penal y su óptica valorativa y finalista”*
- 8. “El Derecho penal y su carácter represivo y preventivo”*
- 9. “La imputación penal: El encuadramiento típico”*

“CAPITULO II”

“EL DERECHO PENAL Y LA PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUAL”

1. *“Violación: Antecedentes históricos”*
2. *“Concepto de violación”*
3. *“El bien jurídico protegido: Evolución”*
4. *“Libertad e indemnidad sexuales: Conceptualización”*
5. *“Marco de protección jurídico-penal”*
6. *“El abuso sexual como manifestación de la violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar”*
7. *“El abuso sexual como expresión de la violencia contra los menores”*
8. *“Revictimización de la menor víctima de abuso sexual”*
9. *“Procedimientos especiales en caso de violación sexual”*
10. *“Imprescriptibilidad de la respuesta penal en los delitos sexuales”*
11. *“Cadena perpetua en los delitos sexuales”*
12. *“Revisión de la Pena de Cadena Perpetua”.*

“CAPITULO III”

“EL PROCESO PENAL: PERSECUCIÓN Y PRUEBA DE LOS DELITOS SEXUALES”

1. *“Conceptualización y fines del Proceso Penal”*
2. *“La función jurisdiccional y su concepto”*
3. *“Características y poderes que emanan de la jurisdicción”*
4. *“Derecho al debido proceso”*
5. *“Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva”*
6. *“La acción penal y su concepto”*
7. *“Titular de la acción penal y sus clases”*
8. *“La imputación necesaria”*
9. *“La actividad probatoria en materia penal”*
10. *“La prueba penal: conceptualización”*
11. *“Conceptos aplicados a la prueba”*
 - 11.1 *“Objeto de prueba”*
 - 11.2 *“Elemento de prueba”*
 - 11.3 *“Órgano de prueba”*
 - 11.4 *“Medios de prueba”*

- 11.5 *“Fuentes de prueba”*
- 11.6 *“Finalidad de la prueba”*
- 11.7 *“Valoración de la prueba”*
- 12. *“Principios probatorios”*
 - 12.1 *“Principio de necesidad y libertad de la prueba”*
 - 12.2 *“Principio de originalidad, unidad y pertinencia de la prueba”*
 - 12.3 *“Principio de comunidad de la prueba”*
 - 12.4 *“Principio de contradicción de la prueba”*
 - 12.5 *“Principio de publicidad de la prueba”*
 - 12.6 *“Principio de inmediación en la actividad probatoria”*
- 13. *“Prueba anticipada y prueba preconstituida”*
- 14. *“Apreciación de la prueba en materia sexual”*
- 15. *“Actuación de la prueba científica del ADN”*
- 16. *“Valoración de la prueba pericial en materia sexual”*

“CAPITULO IV”

“INSTRUMENTALIZACIÓN DE LA CAMARA GESELL COMO MEDIO DE PRUEBA EN LOS DELITOS SEXUALES CONTRA MENORES”

- 1. *“Proscripción de la violencia sexual contra menores”*
- 2. *“Conceptualización: Utilidad de su instrumentalización”*
- 3. *“Antecedentes de su implementación normativa”*
- 4. *“Naturaleza jurídica”*
- 5. *“El menor como víctima y testigo”*
- 6. *“La entrevista única “*
- 7. *“Valor probatorio de la entrevista”*
- 8. *“Ventajas y desventajas de la utilización de la Cámara Gesell”*
 - 8.1 *“Aseguramiento del interés superior del niño”*
 - 8.2 *“Protección de la integridad y dignidad del menor”*
 - 8.3 *“Protección del menor contra la revictimización”*
- 9. *“Problemática de su implementación”*
- 10. *“Análisis de la Sentencia de Casación N° 21-2019/Arequipa”*

PARTE CUATRO TOMA DE POSTURA Y CONSECUENCIAS

- 1) “Contrastación de las hipótesis: Toma de postura”
 - 1.1 *“Hipótesis general”*
 - 1.2 *“Hipótesis específicas”*
- 2) “Conclusiones”
- 3) *“Propuesta de solución del problema: Recomendaciones”*
- 4) *“Consecuencia de la implementación de la propuesta”*
- 5) *“Beneficios que aporta la propuesta”*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANEXO 1: Datos recabados del Ministerio Público y del Poder Judicial.

“INTRODUCCIÓN”

En su esencia teórica, el Derecho penal es un conjunto normativo punitivo, que busca con la sanción del delito, prevenir, proteger y finalmente resocializar, conforme al postulado constitucional (art. 139.22 C.E.) y de conformidad con el principio general contenido en el art. I del Título Preliminar del C.P. Así, “Desde la perspectiva de un concepto general, el Derecho penal está constituido por un conjunto de normas que definen las conductas prohibidas, que se configuran como infracciones criminales y que imponen como consecuencia penas o medidas de seguridad”. De acuerdo con “García Pablos de Molina”, “El Derecho penal puede definirse, desde un enfoque dinámico y sociológico, como uno de los instrumentos del control social formal a través del cual el Estado, mediante un determinado sistema normativo (las leyes penales) castiga con sanciones negativas de particular gravedad (penas y otras consecuencias afines) las conductas desviadas más nocivas para la convivencia (delitos y faltas), procurando de este modo la necesaria disciplina social y la correcta socialización de los miembros del grupo” (“2009, p. 1”).

Al respecto precisa “Roxín” que, “el Derecho Penal se compone de la suma de todos los preceptos que regulan los presupuestos o consecuencias de una conducta conminada con una pena o con una medida de seguridad, las que se constituyen en el punto de referencia común a todos los preceptos jurídico-penales, lo que significa que el Derecho Penal en el sentido formal es definido por sus sanciones. Si un precepto pertenece al Derecho Penal no es porque regule normativamente la infracción de mandatos o prohibiciones <pues eso lo hacen también múltiples preceptos civiles o administrativos>, sino porque esa infracción es sancionada mediante penas o medidas de seguridad (por ello es que se propugna acuñar el nombre de: Derecho Penal y de medidas” (“T. I, 1997, p. 41”).

Apreciamos en consecuencia que el “Derecho penal” define materialmente y sanciona las “conductas prohibidas”, determinado mediante tipos penales la materialidad y subjetividad del evento delictivo, con miras a que con respeto al “principio de legalidad” y el “debido proceso”, como principios punitivos fundamentales, se aplique con justicia, equidad y proporcionalidad, “las consecuencias jurídicas derivadas de la comisión del delito”, sea la “pena o la medida de seguridad”.

Es así que, contemporáneamente se evidencia en nuestro medio social, tanto a nivel de la capital, como a nivel del interior, la proliferación de atentados contra la sexualidad, dentro de los cuales se revelan con especial gravedad, los que corresponden a los delitos de “violación de menores”, que constituye a no dudarlo, un ilícito execrable, absolutamente reprochable y mediante el cual se agravia fundamentales derechos humanos de los menores, que así ven lesionada su indemnidad sexual, con secuelas de orden psico-fisiológico, familiar, social y de toda índole que lamentablemente los deja “estigmatizados” y “recortados” en sus posibilidades de vida digna futura.

Esta situación determina como correlato, una efectiva respuesta del Estado, que debe proporcionar a la víctima en este caso, la seguridad de un tratamiento adecuado, acorde a su condición de menor, sobre la base de las normas internacionales sobre protección del “interés superior del niño y adolescente”; poniendo a disposición los más adecuados medios para la investigación y persecución penal del agente y velar por el debido tratamiento de la víctima, a la que debe asegurar y garantizar un adecuado acceso a la justicia, evitando innecesarios padecimientos, agravios, integridad y dignidad como efectos secundarios “revictimizadores”, que serían absolutamente contraproducentes y trastocarían la esencia protectora del “sistema penal”.

Es como consecuencia de la exigencia internacional, sobre todo la referida a la obligación estatal de la preservación de los “derechos fundamentales del niño y de los adolescentes”, que se hizo exigencia y

obligación por parte del Estado, de implementar la adopción y ejecución de estrategias y procedimientos investigatorios, que no atenten contra el derecho de defensa, pero que procuren la aplicación de procedimientos modernos y técnicos, dirigidos por profesionales idóneos para la toma de declaraciones de los menores víctimas de abuso sexual. Y es que el uso de la tecnología es esencial para la optimización de la captación de esta prueba, que resulta de suma importancia a los efectos investigatorios; la utilización de personal especializado, apoyado por medios audiovisuales e instrumentos idóneos, permite la realización efectiva y lo más cercano posible a la verdad de la declaración testimonial del menor. En este sentido, la implementación y la utilización de la Cámara Gesell constituye un gran avance para evitar la “revictimización” de los menores agraviados

Advertido así, la utilización de la Cámara Gesell denota sus ventajas por cuanto no desconoce los derechos del imputado, quien siempre goza de la “presunción de inocencia” y las garantías procesales a que tiene derecho; y con respecto a la víctima, el aseguramiento de sus fundamentales derechos. Sin embargo, nos percatamos que existen circunstancias negativas que van en contra de su utilización; la falta de condiciones adecuadas de infraestructura, carencia de personal calificado, deficiencia en las condiciones logísticas y de tecnología, se representan como circunstancias que determinan notorias dificultades no solo en Lima, sino en todo el territorio nacional.

La experiencia de magistrado, nos ha permitido apreciar que la Pericia Cámara Gesell, como “principal instrumento judicial de recaudación de información”, no asegura de ninguna manera la disminución de las “consecuencias revictimizantes”, siguen perniciosos, son la base de sentencias erróneas, muy a nuestro pesar, “tan solo un proceso formalista o protocolar del proceso penal”, y en lugar de mejorar el sistema legal, vulnera los “derechos fundamentales”, afectándose el respeto a la “dignidad de la víctima”. Desde el punto de vista jurídico, se requiere la adecuación, implementación y modificación normativa que permita, de manera más oportuna e idónea, la “actuación profesional del psicólogo forense”, así como

el mejoramiento de los ambientes, la infraestructura, la dinamicidad de la aplicación del “protocolo” y también la implementación de más “Cámaras Gesell” en el país y se evite así la “revictimización”, con miras a desaparecer o minimizar sus efectos, y propender a un adecuado equilibrio entre la “necesidad de la víctima” y las del “sistema judicial” en su conjunto.

El marco en el que desarrollamos nuestra investigación, tiene por finalidad establecer si el Estado peruano ha cumplido con incluir dentro de su normatividad interna, la “implementación” de la “Cámara Gesell”, como un instrumento “técnico” y especializado, para la “toma de declaración de los menores afectados” por violación sexual, con observancia del garantismo y protección del menor, de conformidad con los estándares internacionales, determinar cuál es la naturaleza jurídica del aporte probatorio, que emana su utilización en el contexto de la actividad probatoria dentro del proceso penal peruano, si es efectiva para evitar o reducir eficazmente su revictimización, así como también identificar las condiciones que dificultan y/o impiden un adecuado nivel de éxito en la implementación y utilización de la Cámara Gesell, como un efectivo medio especializado y técnico, para la investigación de delitos sexuales contra menores”.

Para ello, en una primera parte desarrollamos el tema del “planteamiento y descripción del problema y la realidad problemática”, pasando a postular el “problema general” y los “problemas específicos”, definiendo también la “hipótesis general” y las “hipótesis específicas”. Nos preocupamos también en precisar los “objetivos de la investigación”, tanto generales como específicos, la “justificación de la investigación”, la determinación del “marco teórico”, los “antecedentes del problema”, el “marco normativo” y la “metodología y técnicas de investigación”.

En una segunda parte definimos la “estructura del trabajo de investigación”, que hemos dividido en cuatro Capítulos. En el primero desarrollamos teóricamente los “fundamentos generales del derecho penal, el delito y la imputación”, donde, entre otros supuestos, realizamos el estudio del “concepto y fines del derecho penal”, su “legitimación social”, “el delito y

su conceptualización”, “el derecho penal y su óptica valorativa y finalista”, así como y la “imputación pena y el encuadramiento típico”. En el Segundo Capítulo procedemos al estudio del “Derecho penal y la protección de la libertad e indemnidad sexual”, donde, entre otros temas, desarrollamos la conceptualización de la “libertad e indemnidad sexuales”, el “abuso sexual” como manifestación de la “violencia contra la mujer, los menores y los integrantes del grupo familiar”, la “revictimización del menor víctima de abuso sexual”, los “procedimientos especiales en caso de violación sexual”, etc. El Capítulo III refiere al estudio del “Proceso Penal: persecución y prueba de los delitos sexuales”, estudiando así, lo referente a la “conceptualización y fines del proceso penal”, la “función jurisdiccional y su concepto”, el “derecho al debido proceso”, la “actividad probatoria en materia penal”, la “prueba penal su conceptualización” y su “valoración”, los “principios probatorios”, “actos de investigación y actos de prueba”, la “prueba anticipada y prueba preconstituida”, “apreciación de la prueba en materia sexual” y la “valoración de la prueba pericial en materia sexual”. El Cuarto y último Capítulo desarrolla el tema de la “instrumentalización de la Cámara Gesell, como medio de prueba en los delitos sexuales contra menores”, avocándonos al tratamiento de su “conceptualización y utilidad de su instrumentalización”, los “antecedentes de su implementación normativa”, su “naturaleza jurídica”, “la entrevista única y su problemática”, el “valor probatorio de la entrevista”, las “ventajas y problemas de la utilización de la Cámara Gesell”, la “problemática de su implementación”, “los límites del acta de entrevista” y los “criterios de exclusión para el uso de la sala de entrevistas”.

En la parte final del trabajo nos definimos en nuestra “toma de postura y consecuencias”, procediendo al trabajo de “contrastación de las hipótesis”, la determinación de las “conclusiones”, “propuesta de solución del problema a modo de recomendaciones”; especificando las “consecuencia de la implementación de la propuesta” y los “beneficios que aporta la propuesta”.

PARTE UNO – DISEÑO METODOLÓGICO

1. “EL PROBLEMA”

1.1 “Descripción de la realidad problemática”

La perpetración de un delito de naturaleza pública, como lo es el de violación sexual, determina como efecto necesario e inmediato, la “obligación persecutoria del Estado”, cuya “titularidad” y “representación” es asumida por el “Ministerio Público”. Es así que, conforme a nuestra normatividad, le corresponde al “fiscal en lo penal”, “constituirse en el titular de la acción penal y en razón de ello, asume la función de motivar la actuación jurisdiccional ejercitando la denuncia penal”. “Para ello, y en salvaguarda del fundamental principio constitucional de defensa y como celoso guardián de la legalidad, para hacer uso de tal atribución, deberá, en

primera instancia, realizar una labor de imputación adecuada, que ha de implicar una eficiente labor de tipificación; adjunto a ello, una efectiva y técnica labor de investigación que aporte al juzgador los elementos probatorios necesarios para la posterior determinación judicial de la responsabilidad penal”.

Posteriormente corresponderá al Poder Judicial, bajo la premisa del “principio del debido proceso”, la trascendental labor de constatar la culpabilidad del sujeto imputado; lo que sólo podrá realizarse, desde la óptica garantista, mediante una debida y adecuada actividad probatoria. Sobre todo en el caso de agresiones sexuales contra menores, en cuyos casos, el Estado tiene la doble misión de hacer valer su derecho y preservarlos de posibles “revictimizaciones”.

Y es que el “abuso sexual de menores” es actualmente la manifestación más grave del maltrato hacia los niños y niñas en nuestro país, que contemporáneamente se constituye en un serio problema social, que ha adquirido significativa vigencia en nuestra convulsionada y peligrosa realidad. Esta forma de “extremo maltrato infantil” resulta en suma mayormente reprochable, ya que revela su gravedad sobre todo por la traumática experiencia a la que es sometida la víctima, que además le ocasiona sufrimiento e inclusive la posibilidad de daño psicológico y el potencial recorte de su posibilidad de desarrollo social y familiar a futuro; y es que justamente, con respecto a ellos, lo que el sistema penal resguarda es la indemnidad sexual, entendida como el derecho que a futuro le debe ser asegurado al menor, para que pueda desarrollar su sexualidad de manera normal.

No obstante ello, la experiencia reciente de nuestro país, con respecto al tratamiento procesal de este delito, que violenta la esencia misma de los menores, demostraba un tratamiento no muy técnico y hasta a veces discriminatorio y lesivo a la identidad y humanidad de ellos. Y es que en el desarrollo del proceso penal, el menor era objeto de diversas pericias y formas de declaración, que más bien producían en él efectos

contraproducentes e inclusive traumáticos, generándose a sí una nefasta “revictimización”, ya que eran objeto de múltiples interrogatorios (sin la pureza técnica que requiere el tratamiento psicológico de los menores), afectándose en consecuencia, su intimidad, su integridad e incluso su personalidad, sometiéndolo al miedo, la zozobra y al trauma de revivir los eventos violentos por él sufridos. La deficiencia del tratamiento de los menores, para obtener de ellos los elementos probatorios necesarios, en muchos casos traía como consecuencia la negativa del menor a declarar, el no recordad debidamente, el mentir por vergüenza e incluso negar la agresión sexual por diversos motivos, como el temor con respecto a su violador o incluso la presión familiar, teniéndose en cuenta que en muchos casos, el agente agresor forma parte de su grupo familiar cercano.

Es como consecuencia de la exigencia internacional, sobre todo la referida a la obligación estatal de la preservación de los “derechos fundamentales del niño y de los adolescentes”, que se hizo exigencia y obligación por parte del Estado, de implementar la adopción y ejecución de estrategias y procedimientos investigatorios, que no atenten contra el derecho de defensa, pero que procuren la aplicación de procedimientos modernos y técnicos, dirigidos por profesionales idóneos para la toma de declaraciones de los menores víctimas de abuso sexual.

Tal exigencia necesariamente se asienta sobre la base de normativizar la utilización de la tecnología en la búsqueda e incorporación al proceso de las declaraciones que pueda aportar el menor agraviado como medio de prueba. Y es que el uso de la tecnología es esencial para la optimización de la captación de esta prueba, que resulta de suma importancia a los efectos investigatorios; la utilización de personal especializado, apoyado por medios audiovisuales e instrumentos idóneos, permite la realización efectiva y lo mas cercano posible a la verdad de la declaración testimonial, del menor, evitando su interrupción y de manera controlada, casi sin que el menor se de cuenta o perciba la presencia de los sujetos procesales participantes, quienes se constituyen en observadores externos, pudiendo realizar cualquier tipo de consulta u observación,

respetando el “principio de defensa” (lo ideal es que en la sala especial solo permanezca el menor y el profesional idóneo para tomar la declaración, ya que la presencia de otras personas podría condicionar o tergiversar el relato del agraviado). En este sentido, la implementación y la utilización de la Cámara Gesell constituye un gran avance para evitar la “revictimización” de los menores agraviados

Advertido así, la utilización de la Cámara Gesell denota sus ventajas por cuanto no desconoce los derechos del imputado, quien siempre goza de la “presunción de inocencia” y las garantías procesales a que tiene derecho; y con respecto a la víctima, el aseguramiento de sus fundamentales derechos. Sin embargo, nos percatamos que existen circunstancias negativas que van en contra de su utilización; la falta de condiciones adecuadas de infraestructura, carencia de personal calificado, deficiencia en las condiciones logísticas y de tecnología, se representan como circunstancias que determinan notorias dificultades no solo en Lima, sino en todo el territorio nacional.

Esto por cuanto el valor y la idoneidad de la información, que se pueda obtener, se ve minimizada en la medida que quien realiza la entrevista no acredite la experiencia, el conocimiento y la especialización profesional necesaria para obtener la declaración del menor afectado. De este modo, el éxito de la obtención de la prueba testifical, dependerá en principio, de la pericia del entrevistador; y entre otros factores, la “colaboración” del “entrevistado”, el tiempo transcurrido desde la realización del hecho delictivo, el “tipo de entrevista” y las condiciones logísticas y técnicas adecuadas, para que la “Cámara Gesell” cumpla con su cometido.

La experiencia personal como magistrado, nos ha permitido apreciar que la “sola instalación de la Cámara Gesell, como principal instrumento judicial de recaudación de información, no garantiza la disminución de las consecuencias ‘revictimizantes’, puesto que éstas aún siguen persistiendo perniciosamente, determinando que la Cámara Gesell sea, muy a nuestro pesar, tan solo un proceso formalista o protocolar del

proceso penal, y en lugar de mejorar el sistema legal, se siga vulnerando los derechos fundamentales, trasgrediendo el respeto a la dignidad de la víctima”. (opinión personal)

Desde un punto de vista estrictamente legal, resulta necesario que los “actuales dispositivos legales” sirvan para adecuar, implementar y modificar la “actuación profesional del psicólogo forense”; y en igual sentido, permitan optimizar los ambientes, la infraestructura, y dinamicidad en la “aplicación del protocolo”, así como la implementación de más “Cámaras Gesell” en todo el territorio del país, para de este modo disminuir en lo posible aquellos factores que puedan incidir en la “revictimización”, que debe ser necesariamente “minimizada”, a efecto de lograr un necesario “equilibrio” entre la necesidad de la víctima y las del propio “sistema judicial”.

2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

2.1 Problema general

¿” El Estado peruano ha cumplido con incluir dentro de su normatividad interna, la implementación de la Cámara Gesell, de conformidad con los estándares internacionales”?

2.2 Problemas específicos

¿”Cuál es la naturaleza jurídica de la utilización de la Cámara Gesell, en el contexto de la actividad probatoria dentro del proceso penal peruano”?

¿” La utilización de la Cámara Gesell como instrumento técnico, para lograr la declaración de los menores agraviados por violación sexual, resulta idónea a los efectos investigatorios y reduce eficazmente la revictimización”?

¿” La implementación y la utilización de la Cámara Gesell, como medio especializado y técnico para la investigación de delitos sexuales contra menores, ha demostrado un adecuado nivel de éxito en nuestro sistema penal”?

3. FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS

3.1 Hipótesis general

H. “El Estado peruano ha cumplido con incluir dentro de su normatividad interna, la implementación de la Cámara Gesell, como un instrumento técnico y especializado, para la toma de declaración de los menores afectados por violación sexual, dentro de un marco garantista y protector, de conformidad con los estándares internacionales”.

3.2 “Hipótesis específicas”

H.1. “La entrevista en Cámara Gesell, es una diligencia judicial que en los casos en que el menor haya sido agraviado por violación sexual, permite registrar su declaración referencial en calidad de prueba anticipada”.

H.2. “La entrevista en Cámara Gesell, es una diligencia judicial especializada y técnica, orientada a registrar la declaración o testimonio del menor

agraviado por violación sexual, que se constituye como un medio efectivo para esclarecer la verdad de los hechos y reducir eficazmente su revictimización”.

H.3. “En nuestro sistema, la implementación y la utilización de la Cámara Gesell, que debería constituirse como un efectivo medio especializado y técnico, para la investigación de delitos sexuales contra menores, adolece de una serie de problemas, que dificultan y/o impiden ostensiblemente un adecuado nivel de éxito como medio de prueba”.

4. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

a. Objetivo general

“Establecer si el Estado peruano ha cumplido con incluir debidamente, dentro de su normatividad interna, la implementación de la Cámara Gesell, como un instrumento técnico y especializado, para la toma de declaración de los menores afectados por violación sexual, dentro de un marco garantista y protector, de conformidad con los estándares internacionales”.

b. Objetivos específicos

- i. “Realizar un estudio de la evolución y fundamentos teóricos, de la utilización de la Cámara Gesell, como medio de obtención de elementos probatorios”.
- ii. “Determinar cuál es la naturaleza jurídica del aporte

probatorio, que emana de la utilización de la Cámara Gesell, en el contexto de la actividad probatoria dentro del proceso penal peruano”.

- iii. “Comprobar que la entrevista en Cámara Gesell, se constituye en una diligencia judicial especializada y técnica, orientada a registrar la declaración o testimonio del menor agraviado por violación sexual, como un medio efectivo para esclarecer la verdad de los hechos y reducir eficazmente su revictimización”.
- iv. “Identificar las condiciones que dificultan y/o impiden ostensiblemente, un adecuado nivel de éxito en la implementación y utilización de la Cámara Gesell, como un efectivo medio especializado y técnico, para la investigación de delitos sexuales contra menores.
- v. Proponer las modificaciones legislativas que resulten necesarias”.

5. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

a. Justificación teórica

“Nuestra investigación se justifica, ya que con ella pretendemos demostrar teóricamente, la pertinencia y necesidad de la utilización de la Cámara Gesell en nuestro sistema probatorio penal, para la averiguación técnica y oportuna de la realidad de los hechos de violentación sexual recaídos sobre menores, máxime si tenemos en consideración que nuestra realidad social nacional evidencia una preocupante realidad que tiene que ver con la proliferación aleva de atentados contra la sexualidad, dentro de los cuales se revelan con especial gravedad, los que corresponden a los delitos de “violación de menores”, que constituye, como ya lo dijimos, un

ilícito absolutamente reprochable mediante el cual se lesiona fundamentales derechos humanos de los menores, que ven así lesionada su indemnidad sexual, con secuelas de orden psico-fisiológico, familiar, social y de toda índole que lamentablemente los deja “estigmatizados” y “recortados” en sus posibilidades de vida digna futura.

Ante ello, se requiere necesariamente una efectiva respuesta del Estado, que no solo debe proporcionar a la víctima la seguridad de un tratamiento investigador adecuado, acorde a su condición de menor, sobre la base de las normas internacionales sobre protección del “interés superior del niño y adolescente”; poniendo a disposición los mas adecuados medios para la investigación y persecución penal del agente y velar por el debido tratamiento de la víctima, a la que debe asegurar y garantizar un adecuado acceso a la justicia, evitando innecesarios padecimientos, agravios, integridad y dignidad como efectos secundarios “revictimizadores”.

Así, la implementación y la utilización de la Cámara Gesell constituye un gran avance para evitar esa aludida “revictimización” de los menores agraviados, por lo que el uso de la tecnología es esencial para la optimización de la captación de esta prueba, que resulta de suma importancia a los efectos investigatorios; la utilización de personal especializado, apoyado por medios audiovisuales e instrumentos idóneos, permite la realización efectiva y lo más cercano posible a la verdad de la declaración testimonial del menor. “Sin embargo la realidad nos está demostrando que existen circunstancias negativas que van en contra de su implementación y utilización, que tiene que ver en esencia, con la falta de condiciones adecuadas de infraestructura, carencia de personal calificado, deficiencia en las condiciones logísticas y de tecnología, que conforme a nuestra experiencia personal como magistrado, se representan actualmente como circunstancias que determinan notorias dificultades no solo en Lima, sino en todo el territorio nacional”.

“En este sentido, nos planteamos como objetivos fundamentalmente el establecer si el Estado peruano ha cumplido con incluir

debidamente, dentro de su normatividad interna, la implementación de la Cámara Gesell, como un instrumento técnico y especializado, para la toma de declaración de los menores afectados por violación sexual, dentro de un marco garantista y protector, de conformidad con los estándares internacionales, determinar cuál es la naturaleza jurídica del aporte probatorio, que emana su utilización en el contexto de la actividad probatoria dentro del proceso penal peruano, si es efectiva para evitar o reducir eficazmente su revictimización, así como también identificar las condiciones que dificultan y/o impiden un adecuado nivel de éxito en la implementación y utilización de la Cámara Gesell, como un efectivo medio especializado y técnico, para la investigación de delitos sexuales contra menores”. Luego de este necesario estudio, procederemos a proponer las modificaciones legislativas que resulten necesarias”.

b. Justificación práctica

“También la investigación tiene justificación de carácter práctico, puesto que implicará analizar en su dimensión pragmática, diversos casos en los que se han instrumentalizado la utilización de la Cámara Gesell, para el registro de las declaraciones referenciales de los menores víctimas de violación sexual, como medio de prueba que se han dado en nuestro orden interno, que han determinado decisiones judiciales diversas y controvertidas, sobre la temática presentada y que es objeto de investigación, denotándose con ello una muestra clara de la necesidad de un estudio profundo, sobre los conceptos que asientan la necesidad de la normativización adecuada de la utilización de este instrumento técnico y especializado”.

“El análisis práctico nos permitirá también establecer, si el Estado tiene en el contexto de su política penal, los medios o recursos necesarios para lograr una adecuada protección de los derechos de los menores afectados por la violencia sexual, en el contexto de la investigación criminal,

con apego al debido proceso y a la protección de sus fundamentales derechos constitucionales”.

“En ese sentido, la presente investigación adquiere su justificación práctica, por la necesidad de requerirse una regulación adecuada sobre la implementación y utilización de la Cámara Gesell, que denote sus ventajas y posibles desventajas. Que permitan no desconocer los derechos del imputado, quien siempre ha de gozar de la ‘presunción de inocencia’ y las garantías procesales a que tiene derecho; y con respecto a la víctima, el aseguramiento de sus fundamentales derechos y la proscripción de los efectos revictimizantes”.

6. CONTRIBUCIÓN A RESOLVER EL PROBLEMA

“Como ya dejamos expresado, nuestra investigación, tiene por finalidad realizar un estudio de tipo dogmático teórico para determinar si el tratamiento normativo de la utilización de la Cámara Gesell como medio técnico y especializado, de obtención de una prueba tan importante para los fines investigatorios, como lo es declaración referencial del menor que ha sido objeto de violación sexual. Como ya expresamos, tal exigencia necesariamente se asienta sobre la base de normativizar la utilización de la tecnología en la búsqueda e incorporación al proceso de las declaraciones que pueda aportar el menor agraviado como medio de prueba”.

“Por ello, pretendemos la perspectiva de que el uso de la tecnología es esencial para la optimización de la captación de esta prueba, que resulta de suma importancia; Al efecto, se manifiesta sumamente relevante la utilización de personal especializado, apoyado por medios audiovisuales e instrumentos idóneos, que permitan la realización efectiva y lo más cercano

posible a la verdad, de la declaración referencial del menor agraviado, de manera técnica, controlada y especializada. Constatándose como consecuencia de ello, que la implementación y la utilización de la Cámara Gesell constituye un gran avance para evitar la ‘revictimización’ de los menores agraviados”.

“Advertimos así que la utilización de la Cámara Gesell denota sus ventajas, por cuanto asegura la intangibilidad de los menores y no desconoce los derechos del imputado, quien siempre goza de las garantías procesales que les son reconocidas por el ordenamiento legal. No obstante ello nos percatamos que existen circunstancias negativas que van en contra de su utilización; la falta de condiciones adecuadas de infraestructura, carencia de personal calificado, deficiencia en las condiciones logísticas y de tecnología, se representan como circunstancias que determinan notorias dificultades para su implementación y utilización”.

“La investigación proporcionara los datos necesarios para constatar que el valor y la idoneidad de la información, que se pueda obtener, de la declaración referencial de los menores agraviados, se vería afectada e incluso cuestionada, si quien realiza la entrevista no tenga la suficiente experiencia y la especialización profesional adecuada para tal efecto. De este modo, el éxito de la obtención de la prueba testifical, dependerá en principio, de la pericia del entrevistador; y entre otros factores, la colaboración del entrevistado, el tiempo transcurrido desde el evento delictivo, el tipo de entrevista y las condiciones logísticas y técnicas adecuadas, para que la Cámara Gesell cumpla con su finalidad. Todo ello para determinar los posibles vacíos y deficiencias normativas, con miras a proponer soluciones y posibles modificaciones legislativas”.

“Es así que teniendo en perspectiva los objetivos planteados como premisa de nuestra investigación, nuestro trabajo se fundamenta principalmente en la necesidad de reorientar y afianzar, el conocimiento teórico de la evolución y la realidad actual de la utilización de la Cámara

Gesell, basado en los más modernos principios penales orientados a la protección de los fundamentales derechos de los menores, de la persona humana y de la sociedad en general; para orientar la labor de la docencia, la producción legislativa, el conocimiento de la doctrina y la interpretación judicial, que por la trascendencia del tema en estudio, requiere una necesaria profundidad, para establecer un mejor conocimiento por parte de discentes, docentes y operadores legislativos y judiciales”.

“Por ello, los beneficios que aporta nuestra propuesta están directamente relacionados a contribuir con la labor docente y operativo-judicial, dando a conocer los logros de nuestro trabajo de investigación a efecto de determinar el necesario debate jurídico, que permita la posibilidad del mejoramiento de nuestra legislación y el aporte de nuevos conocimientos teóricos y de legislación comparada”.

7. “METODOLOGÍA Y TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN”

a. “Metodología de la investigación”

“En la presente investigación, que corresponde a una tesis de tipo jurídica no experimental, se utilizarán los siguientes métodos”:

- a) “El método comparativo, con la finalidad de establecer las identidades, similitudes y diferencias entre el delito en estudio, con respecto a nuestro país y aquellos en los que se tipifiquen formas delictivas similares”.
- b) “El análisis y síntesis, que permitirá apreciar las relaciones internas y externas del ilícito a fin de apreciar sus elementos constitutivos”.
- c) “El método descriptivo-explicativo, que será aplicado a los fenómenos socio jurídicos observables del delito en estudio”.

d) “El método inductivo-deductivo, a fin de manejar adecuada y objetivamente la información que se recopile para fundamentar la investigación”.

b. Técnicas de investigación

“Utilizaremos las siguientes técnicas de recolección de datos”:

- a) “Observación. Sobre la realidad y los sucesos sociales y jurídicos, relevantes con respecto a los problemas de investigación”.
- b) “Fichaje de libros y revistas especializadas en la materia de investigación”.
- c) “Búsqueda en internet, que permitirá la recolección de datos bibliográficos, doctrina internacional y derecho comparado”.

PARTE DOS - MARCO TEÓRICO

1. MARCO DE INVESTIGACIONES PREEXISTENTES

1.1 Antecedentes Nacionales

- a) Fuentes de búsqueda:

- Universidad Cesar Vallejo

- Universidad Nacional Daniel Alcides Carrión
- Universidad Inca Garcilaso de la Vega
- Universidad Alas Peruanas

b) Resultado de la Búsqueda: Se logró identificar cuatro Tesis vinculadas a nuestro tema de investigación

(2019) Autor: Estebes Castillo, Yoe Luis **Tesis:** “Tesis de Maestría”

Título: “Archivamiento de los casos por el delito de violación sexual y la existencia de Cámara Gesell en la localidad de la víctima, San Martín, periodo 2018”.

Universidad César Vallejo

Resumen: “La investigación titulada Archivamiento de los casos por el delito de violación sexual y la existencia de cámara gesell en la localidad de la víctima, San Martín periodo 2018; tuvo como como objetivo general determinar la relación entre el Archivamiento de los casos por el delito de Violación sexual y la existencia de cámara gesell en la localidad de la víctima, San Martín, periodo 2017. La muestra estuvo conformada por 127 expedientes; asimismo el instrumento de recolección de datos fue una guía de análisis documental. El aspecto metodológico el tipo de investigación fue básica, el nivel de fue correlacional y el diseño correspondió a no experimental. Los resultados demostraron que, de un total de 127 expedientes analizados, se observó que, en 56 de estos expedientes que fueron archivados por imposibilidad de incorporar nueva información, 53 expedientes fueron desarrollados sin la presencia de la cámara gesell, y en 3 de estos no, de igual manera, en 41 casos archivados por inculpabilidad, 37 fueron desarrollados sin la presencia de la cámara gesell y en 4 de estos no lo fueron. Se concluye que los archivamientos de los casos por el delito de violación sexual se relacionaron significativamente con la existencia de la cámara gesell en la localidad de la víctima, San Martín; afirmación que fue sustentado a partir de la aplicación de la prueba estadística Chi – Cuadrado; puesto que el valor de Significancia asintótica (bilateral) fue $0,000 < 0,05$; es

decir menor al margen de error. De esta forma se contrasta hipótesis de investigación. Existe una relación significativa entre el Archivamiento de los casos por el delito de Violación sexual y la existencia de cámara gesell en la localidad de la víctima, San Martín periodo 2018”.

Fuente:

<http://renati.sunedu.gob.pe/handle/sunedu/663237>

(2019) Autor: “Reyes Huaricapcha, Blanca Nieves”.**Tesis:** “Tesis de pregrado” **Título:** “La entrevista de menores por maltrato psicológico en cámara Gesell y su influencia en la eficacia del debido proceso, en la Corte Superior de Justicia Pasco-2018”.
“Universidad Nacional Daniel Alcides Carrión”

Resumen: “El presente trabajo de investigación tiene como propósito establecer la asociación entre las variables Entrevista Única en la Cámara Gesell y el Debido Proceso, sostiene que la Entrevista Única de Cámara Gesell deba discurrir en estricta observancia del Debido Proceso. Se deberá tener en cuenta que el Debido Proceso subsume varias garantías, esto es, se le otorga la categoría de un derecho continente, en razón que comprende diversos derechos fundamentales de orden procesal, como son el derecho a la presunción de inocencia, derecho a la información del estado del proceso, derecho de defensa , derecho a un proceso público, derecho a la libertad probatoria, derecho a la debida motivación de las sentencias o resoluciones, derecho a la cosa juzgada, derecho a ser oído. El trabajo fue de tipo descriptivo correlacional, la población de estudio fue de 50 y la muestra de estudio fue 50 y la muestra fue de 20 operadores de derecho respectivamente. Los instrumentos utilizados fueron: encuesta para establecer la correlación entre la Entrevista Única en Cámara Gesell y el Debido Proceso, diseñado por la autora de la tesis, del mismo modo, el cuestionario fue elaborado por la autora del trabajo de investigación con la contingencia de juicios de expertos. Los resultados fueron: existe un grado

de correlación significativa entre las variables de estudio con un coeficiente de contingencia de $C= 0,83$ y con una significancia estadística: Prueba de hipótesis de $T_n= 6.225$ ".

Fuente:

<http://renati.sunedu.gob.pe/handle/sunedu/429059>

(2019) Autor: Yip Avellaneda, Paolo Franco; **Tesis:** Tesis de pregrado:
Título: "Actuación deficiente del procedimiento de la entrevista única en cámara Gesell como prueba anticipada para evitar la victimización secundaria en los delitos contra la libertad sexual en menores de edad en la provincia de Piura".
"Universidad Inca Garcilaso de la Vega"

Resumen: "El presente trabajo de investigación esta direccionado a determinar y establecer ciertas deficiencias en la aplicación o en la utilización de la entrevista única en cámara Gesell, en delitos contra la libertad sexual en agravio de menores; con la finalidad de evitar la victimización secundaria, ya que, se da muchos de estos casos en la provincia de Piura; por otro lado se desarrolló la presente de acuerdo a la estructura con la información necesaria y complementaria teniendo como punto de partida el problema, los objetivos, las hipótesis, las variables, justificación y delimitación en la primera parte. En la segunda parte se desarrolló el marco teórico, recolectando diversos tipos de información relacionado con la prueba, los menores de edad, la retractación de menores de edad, los operadores de justicia (Poder Judicial, Ministerio Publico y Policía nacional del Perú), el procedimiento para uso de la cámara Gesell, la prueba anticipada y la prueba preconstituida; y la última parte es la metodología de la investigación. En definitiva, el núcleo del trabajo es la utilización correcta de la entrevista única en cámara gesell, para que pueda ser utilizada como prueba anticipada y así buscar no tener que revictimizar a los menores que sufren algún tipo de delito contra la libertad sexual".

Fuente:

<http://renati.sunedu.gob.pe/handle/sunedu/523274>

(2014) Autor: Chuis Grandes Hammer Yovani: **Tesis:** Tesis de pregrado
Título: “La cámara Gesell y las sentencias en los delitos violación de la libertad sexual - actos contra el pudor en menores de catorce años, en el distrito del Cono Norte en el año 2013”.
Universidad Alas Peruanas

Resumen: “La presente investigación denominada la cámara Gesell y las sentencias en los delitos de violación de la libertad sexual – actos contra el pudor en menores de catorce años, en el distrito Judicial del Cono Norte, en el año 2013, tiene como objetivo demostrar el grado de valoración de este medio de prueba y como es aplicado dentro de un proceso. Se ha evaluado aspectos legales en referencia a la aplicación de la cámara Gesell y aspectos técnicos de los que intervienen en este ambiente. El método de investigación es descriptivo, de diseño no experimental de corte transversal, descriptivo correlacional. La muestra estuvo constituida por los médicos del área de medicina legal, abogados litigantes y operadores del derecho. Mediante la técnica de la encuesta se elaboró y aplicó un cuestionario para recoger información sobre la cámara Gesell y las sentencias en los delitos de violación de libertad sexual- actos contra el pudor en menores de catorce años. El presente trabajo trata de establecer como se incorpora y analiza el medio de prueba (cámara Gesell) en los delitos violación de la libertad sexual – actos contra el pudor en menores de catorce años. Se pretende analizar problemas puntuales como por ejemplo si en los supuestos en los que el agraviado este inducido por una tercera persona y brinde un relato para perjudicar al imputado, se llegaría a determinar a través de los ex ams correspondiente si este menor está siendo inducido o no, dado que, en este tipo de delitos, se llega a tener como único elemento de cargo la declaración de la víctima. Finalmente, existe relación directa positiva alcanzando un

resultado del estadístico de prueba R de Ch2 el resultado de correlación se muestra con un índice de 0.977, es decir 97.7%, con un índice de libertad de, 023 ó 2.3% con lo que validamos nuestra hipótesis alterna que sugiere que los medios de prueba actuales son susceptibles de error para determinar la responsabilidad del imputado e los delitos de actos contra él pudo en menores de catorce año, en el distrito judicial del Cono Norte, en el año 2013, dado que es el medio de prueba sustancial que ayudara a formar convicción en el juez para determinar la culpabilidad o la inocencia del imputado”.

Fuente:

<http://renati.sunedu.gob.pe/handle/sunedu/705563>

1.2 Antecedentes Internacionales

a) Fuente de Búsqueda: Internet

b) Resultado de la Búsqueda: Se logró identificar.... Tesis vinculadas a nuestro tema de investigación

(2011) Autor: Erika Daniela Bravo Dueñas: **Tesis:** Tesis de pregrado

Título: “La implementación de la cámara de gesell como medio alternativo para la no revictimización en el proceso penal ecuatoriano”.

“Universidad Internacional Sek Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales”. Ecuador.

Resumen: “Este trabajo trata acerca de la Cámara de Gesell, que son dos habitaciones con una pared divisoria en la que un espejo unidireccional de gran tamaño, permite ver lo que ocurre en una de las habitaciones desde la otra, pero no al revés. Las habitaciones de la cámara de Gesell están

perfectamente acondicionadas para el efecto, y la persona que realiza las entrevistas en una de las habitaciones es un psicólogo quien tiene un micrófono para receptar las preguntas que le hacen el fiscal, o los abogados desde la otra habitación, a fin de que el busque la manera mas adecuada para preguntar a la víctima para que esta no se sienta interrogada. La implementación de la cámara de Gesell como medio alternativo para la no revictimización en el Proceso Penal Ecuatoriano, es un mecanismo de soporte del sistema procesal que genera garantías y derechos a las víctimas, en esta tesina la propuesta es que no sea solo para las víctimas de abuso sexual, como comúnmente se usa, sino para todo tipo de delitos que merezcan su uso como es el caso de testigos presenciales de un hecho delictivo, narcotráfico, pandillas y violencia intrafamiliar. Desde el punto de vista legal, lo que se pretende hacer con el uso de la cámara de Gesell, es evitar que las víctimas sean revictimizadas en el proceso penal, protegiendo su integridad y reservando su testimonio. La aplicación de la cámara permite que las víctimas por una sola vez rindan su testimonio, y que no tengan que enfrentarse con el agresor en el juicio, al tomar sus versiones libres de los hechos, de forma confidencial, adecuada y segura, se garantiza al afectado la no revictimización al no tener que comparecer a lo largo del proceso en reiteradas ocasiones. Lo cual ayudaría a una recuperación más pronta de las víctimas, como de sus familias, y poder reconstruir sus vidas nuevamente luego de tan duro golpe. La cámara de Gesell ya existe en el Ecuador, pero no se la utiliza como debería, muchos funcionarios de la fiscalía y policía judicial, no conocen que es la cámara de Gesell”.

Fuente:

<http://repositorio.uisek.edu.ec/bitstream/123456789/531/1/TESIS%20GRADO%20ERIKABRAVO.pdf>

(2017) Autor: Del Águila Blanes, Arantxa: **Curso Académico** [2016-2017]

Título: “Cámara gesell: una herramienta para reducir la victimización secundaria en menores víctimas de delitos sexuales”

“Universidad de Alicante España. Facultad de Derecho”

Resumen: “El presente trabajo fin de grado, nace tras el propósito personal de poder unir y complementar mis conocimientos en la rama de la educación social y los actuales en criminología, con la búsqueda de un equilibrio entre la eficaz labor del poder judicial en su función de aplicación de las normas jurídicas en la resolución de conflictos, y la petición de las víctimas de no aumentar más su sufrimiento con situaciones de victimización secundaria, tras su paso por el sistema judicial. En concreto de las víctimas más vulnerables, como son en este caso las menores víctimas de delitos sexuales. Siendo mi principal propósito, evitar los efectos de este tipo de victimización. Con ello se pretende poner de manifiesto la necesidad de crear un mecanismo en el cual el menor no tenga que pasar por ese proceso de victimización secundaria, realizándose así una primera y única declaración, con todas las garantías procesales (publicidad, contradicción e inmediación), además de no tener que pasar por el momento del juicio oral, el cual crea un gran impacto para los menores, ya que si para los mayores no familiarizados con el mismo nos resulta una situación estresante, más para un menor de edad; todo esto sin olvidar la posibilidad de verse con el supuesto agresor en el momento de la declaración. Es cierto que este trabajo está enraizado en la ciencia victimológica, pero en mi opinión, no es un asunto aislado, sino que son varias las disciplinas que deben estar implicadas en la prevención de la victimización secundaria en este ámbito. Y, sobre todo, deben de trabajar conjuntamente para poder conseguir una respuesta eficaz. La metodología empleada en el mismo ha sido la observación documental, la asistencia a las ciudades de justicia de Alicante y Elche, así como a las vistas y la realización de varias entrevistas semiestructuradas con Dña. Rosa Ruiz Gutiérrez (coordinadora de proyectos de la Asociación Vínculos Infantiles), D. Alberto Andrés Cánovas (psicólogo y coordinador del Punto de Encuentro de la Asociación Vínculos Infantiles) y varios operadores jurídicos de las citadas ciudades de justicia. Todo ello, para poder reflexionar sobre el fenómeno a tratar, conociendo la legislación que trata sobre ello, tanto a nivel internacional, como nacional. Y la utilidad de la herramienta que se empieza a emplear en España, para minimizar

dicha victimización, llamada Cámara Gesell o más común conocida en el territorio nacional como Sala Amigable. Asimismo, dar a conocer dos ejemplos de asociaciones que las utilizan, ADIMA en Andalucía y Vínculos Infantiles en Alicante”.

Fuente:

https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/67235/1/CAMARA_GESELL_UNA_HERRAMIENTA_PARA_REDUCIR_LA_V_DEL_AGUILA_BLANES_ARANTXA.pdf

(2015) Autor: Cadena Ramírez, María Belén: **Tesis:** Tesis de Maestría Derecho Procesal: **Título:** “Procedimientos y aplicación de la cámara de Gésell en el Ecuador, en relación al testimonio anticipado (urgente) en los delitos de violación”.

“Universidad Andina Simón Bolívar. Sede Ecuador. Área de Derecho”

Resumen: “En el presente trabajo se desarrolla el testimonio anticipado (anteriormente denominado testimonio urgente) realizado a las presumibles víctimas en los procesos penales en la investigación (anteriormente denominada indagación previa) en el delito de violación, en la cámara de Gésell, para determinar si en su recepción existen vulneraciones a los derechos de la víctima y del procesado. La motivación principal de esta temática, radica en la innegable importancia y beneficio de los testimonios en cámara de Gésell para la protección de los derechos de la víctima, y celeridad procesal; sin embargo, no se puede dejar de lado la protección de los derechos de la o el sospechoso”. “Se abordan temas primordiales que permitirán esclarecer estas características, respecto al testimonio anticipado-urgente tomado en cámara de Gésell, que al ser un medio probatorio en materia penal, sugiere el análisis del tipo de sistema penal que se encuentra vigente en el Ecuador, que es de vital importancia para determinar los medios probatorios que en materia penal en el Ecuador deben servir de fundamento al juez para emitir su sentencia, en adición con la utilización de

medios tecnológicos, que han ayudado a perfeccionar dichos medios (cámara de Gésell). En virtud de lo cual, se podrá establecer el enfoque ecuatoriano respecto a la protección de los derechos de las partes procesales involucradas en un proceso penal, y si la innovación de medios probatorios en el Ecuador, responde o no a la realidad ecuatoriana en razón del sistema penal vigente, o en su defecto a una realidad de un país distinto. Por tanto, se desarrolla y analiza lo expresado por la normativa tanto del derogado Código de Procedimiento Penal, del Código Orgánico Integral Penal, y del procedimiento establecido por el Consejo de la Judicatura en el Ecuador, en el uso de la cámara de Gésell para la recepción de testimonios anticipados de víctimas de delitos de violación, así como el valor que tiene esta prueba testimonial para la determinación de una sentencia condenatoria por parte de las y los administradores de justicia”.

Fuente:

<http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/4741/1/T1760-MDP-Cadena-Procedimientos.pdf>

2. DETERMINACIÓN Y ELECCIÓN DE LAS PRINCIPALES CORRIENTES TEÓRICAS EXPLICATIVAS DEL PROBLEMA

2.1 Derecho constitucional

“Como ya hemos tenido la oportunidad de definir, el Derecho Constitucional se inserta dentro del sistema de las ciencias jurídicas, como una rama especial que, si lo apreciamos en su contexto, se sitúa como el ‘eje fundamental’ de todas las demás, ya que cierto es que la ‘Constitución’ se constituye en la norma primigenia, fundamental que da razón y validez a

las demás normas del sistema de legislación interna de los países. Y es que la Constitución es fuente primaria del ordenamiento jurídico, es norma superior que legitima y fundamenta el ordenamiento de los poderes del Estado”.

“La Constitución es un documento político-jurídico en el que sus elementos centrales y su identidad comprenden el conjunto del articulado, a través de lo que denominamos ‘modelo político’. El objeto de una Constitución es doble: De un lado organiza el ejercicio del poder en el Estado; desde este punto de vista puede afirmarse que ella establece las reglas de juego de la vida constitucional. De otro lado, la Constitución consagra los principios que sirven para la acción de los órganos del poder público; desde este punto de vista, ella refleja determina filosofía política (podría decirse que este aspecto es el fondo de una Constitución, aquí se plantean los principios que deben inspirar la acción de un Estado y el funcionamiento de los órganos de poder público. Estos principios son fijados generalmente por las ‘declaraciones de derechos’ que se incluyen en casi todas las constituciones)”. (Hugo Vizcardo 2016, p. 95)

Es a decir de Zelada Bartra “una disciplina científica del Derecho, que tiene como objeto de investigación la vida constitucional de la sociedad, en esa línea de ideas, organiza los poderes públicos del Estado, sus modos de designación, sus atribuciones y las mutuas relaciones entre gobernantes y gobernados; por esta razón, se puede afirmar que el Derecho Constitucional constituye el encuadramiento jurídico del fenómeno político, dentro del Estado Constitucional Democrático de Derecho” (2014, p. 23)

2.2 La coerción procesal penal

“El proceso penal se erige como la única y exclusiva vía de realización de la pretensión punitiva del Estado”. En tal sentido Peña Cabrera Freyre indica que “en el marco del Estado de Derecho, la pena como resorte más coactivo del sistema sancionador, sólo puede

materializarse a través de un procedimiento con todas las garantías. Un debido proceso implica entonces que la persecución penal pueda efectivizarse, a fin de que la justicia pueda concretarse mediante la sanción punitiva. La Justicia Material para que pueda consolidarse debe imponer las sanciones que comprende el ordenamiento jurídico-punitivo, de no ser así, las normas penales se constituirían en un mero simbolismo que en nada coadyuvarían al fortalecimiento del Estado de Derecho” (2014, p. 13).

“Para el eficaz desarrollo del proceso penal es necesaria la inmovilización de determinadas personas o cosas, en relación con el cumplimiento de los fines del proceso. Pueden referirse a las personas -actos de coerción personal- o a las cosas -actos de coerción real-. La coerción penal -comprende a ambas- es limitación de la libertad física de una persona o de la disponibilidad de ciertas cosas de esas personas, todo con finalidad procesal” (García Rada 1984, p. 151).

“La actividad procesal que se realiza para descubrir la verdad concreta y aplicar la ley penal sustantiva puede verse obstaculizada por actos del imputado o de terceros que pretenden rehuir el juicio o distorsionar la actividad probatoria; ante este peligro procesal, el Estado pone en movimiento la actividad cautelar que tiene como fin impedir que el imputado en libertad dificulte la investigación penal. Las medidas coercitivas son medios de naturaleza provisional y excepcional para asegurar los fines del proceso penal, su duración está en función del peligro procesal y para concretarlas se puede recurrir al empleo de la fuerza pública, en forma directa como en los casos de detención o en forma de apercibimiento” (Cubas Villanueva 2015, p. 428).

Se trata pues, de un necesario recorte de “derechos fundamentales” que se hace en aras de la investigación judicial. “Los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y los Tratados relativos a Derechos Humanos ratificados por el Perú, sólo podrán ser restringidos, en el marco del proceso penal, si la Ley lo permite y con las garantías previstas en ella (art. 253.I). Los derechos fundamentales se

constituyen en la base medular del Sistema Jurídico-Estatal, constituyendo un límite en la actividad persecutoria de las agencias estatales. En tal medida, las medidas de coerción no pueden afectar, limitar o restringir, sólo en la dimensión estrictamente necesaria para alcanzar sus fines. Estas medidas de coerción no podrán gravar al imputado en su dignidad, en tanto, su adopción deberá sujetarse a las garantías previstas en el orden jurídico internacional, marco normativo que es parte del derecho positivo nacional, tal como se consagra en la Ley fundamental” (Peña Cabrera Freyre 2014, p. 16).

Al respecto, la norma procesal (art. 253 CPP), establece los “principios y finalidades de las medidas de coerción procesal”:

1. “Los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y los Tratados relativos a Derechos Humanos ratificados por el Perú, sólo podrán ser restringidos, en el marco del proceso penal, si la Ley lo permite y con las garantías previstas en ella”.
2. “La restricción de un derecho fundamental requiere expresa autorización legal, y se impondrá con respeto al principio de proporcionalidad y siempre que, en la medida y exigencia necesaria, existan suficientes elementos de convicción”.
3. “La restricción de un derecho fundamental sólo tendrá lugar cuando fuere indispensable, en la medida y por el tiempo estrictamente necesario, para prevenir, según los casos, los riesgos de fuga, de ocultamiento de bienes o de insolvencia sobrevenida, así como para impedir la obstaculización de la averiguación de la verdad y evitar el peligro de reiteración delictiva”.

2.3 Política criminal

“Conocimientos teóricos que serán de mucha utilidad para nuestro trabajo de investigación, ya que entre nuestros objetivos está la

determinación del origen de la necesidad fáctica de la creación del delito en estudio. En este sentido, sus fundamentos teóricos permitirán conocer el conjunto de criterios empleados o a emplear por el Estado, en el tratamiento de la criminalidad ya que cada ordenamiento jurídico-penal responde a una determinada orientación político-criminal y expresa una determinada política criminal”.

De esta manera “la política criminal propugna modelos de regulación y adopta decisiones sobre ellas, en una constante revisión de las posibilidades de mejora de la justicia penal, sobre la base de los resultados que aporta la criminología y la crítica del sistema punitivo vigente. Si se utiliza el modelo -demasiado simplificado, pero gráfico- de la estructura tridimensional del Derecho, que distingue en él una dimensión de norma, otra de hecho y una tercera de valor, cabría decir que la Dogmática jurídico-penal se ocupa del Derecho penal como norma, la Criminología como hecho, y la Política criminal como valor. Se trata de un planteamiento sin duda excesivamente esquemático y posiblemente incorrecto si se entiende al pie de la letra, puesto que ninguna disciplina que estudie el Derecho penal puede dejar de tener en cuenta que el mismo es siempre y a un tiempo norma, hecho y valor; pero puede resultar pedagógico si, hecha esta advertencia, se pretende únicamente señalar que cada una de las tres dimensiones del Derecho indicadas constituye el centro de interés respectivo de las tres disciplinas que estudian al Derecho penal” (Mir Puig, 1996, p. 17).

“Sobre este tema, merece especial referencia la posición asumida por Gunther Jakobs, para quien el delito es una amenaza a la integridad y a la estabilidad social en cuanto representa la expresión simbólica de una falta de fidelidad al derecho. Entiende a la pena como integración-prevención en el sentido que su función primaria es ejercitar el reconocimiento de la norma y la fidelidad frente al derecho por parte de los miembros de la sociedad (prevención positiva) de manera que la prevención especial, es decir, la reeducación del sujeto no es la función principal sino apenas un efecto posible y esperable producido por la pena” (Cit. Hugo Vizcardo 2016, p. 179).

2.4 La teoría del delito

“Cuyos lineamientos teóricos **nos** permitirán realizar el estudio dogmático del delito objeto de tratamiento, desde la perspectiva de la determinación del comportamiento típico, la antijuricidad de la acción y fundamentalmente la culpabilidad que expresa el sujeto de la acción; lo que permitirá a su vez sentar las bases de una adecuada imputación objetiva”.

Conforme al aporte de Javier Villa Stein, “la teoría general del delito comprende un conjunto de proposiciones sistemáticas organizadas que pretenden explicar la naturaleza jurídica del hecho punible. Es un constructo epistémico que facilita la definición conceptual y el análisis secuente del delito como conducta humana compleja e inaceptablemente transgresora de la norma estatal prohibitiva o imperativa. La teoría del delito desde luego, no obstante su carácter abstracto, persigue como toda teoría que se precie de tal, una finalidad práctica consistente en facilitar la determinación precisa del universo de conductas que son cierta e inconfundiblemente contrarias al orden jurídico social, cuantificar la intensidad de la contrariedad y aplicar con enérgica prudencia la contingencia sancionadora que el estado liberal y democrático de derecho, tribunales de justicia mediante, considere oportuno y necesario conforme determinada racionalidad política criminal” (2014, p. 241).

“La teoría del delito es un instrumento conceptual para determinar si el hecho que se juzga es el presupuesto de la consecuencia jurídico-penal previsto en la ley. La ciencia del derecho penal es una ciencia práctica y la teoría del delito tiene también una finalidad práctica. Su objeto es, en este sentido, establecer un orden racional y, por lo tanto fundamentado, de los problemas y soluciones que se presentan en la aplicación de la ley penal a un caso dado. La teoría jurídica del delito es, en consecuencia, una propuesta, apoyada en un método científicamente aceptado, de cómo

fundamentar las resoluciones de los tribunales en materia de aplicación de la ley penal” (Bacigalupo 1989, p. 67).

“La teoría general del delito se ocupa de las características comunes que debe tener cualquier hecho para ser considerado delito, sea este en el caso concreto una estafa, un homicidio o una malversación de caudales públicos. Hay características que son comunes a todos los delitos y otras por las que se diferencian los tipos delictivos unos de otros; un asesinato es otra cosa que una estafa o un hurto; cada uno de estos delitos presenta peculiaridades distintas y tiene asignadas, en principio, penas de distinta gravedad. Sin embargo, tanto el asesinato, como el hurto o la estafa tienen unas características que son comunes a todos los delitos y que constituyen la esencia del concepto general de delito. El estudio de estas características comunes corresponde a la teoría general del delito, es decir, a la parte general del derecho penal; el estudio de las concretas figuras delictivas, de las particularidades específicas del hurto, de la violación, de la estafa, etc., a la parte especial”. (Muñoz Conde 1984, p. 1)

2.5 La teoría de la pena

Al respecto, “Bacigalupo”, refiere que “la materia del tema de las consecuencias jurídicas propias del Derecho penal, se puede caracterizar como la teorización en esta rama del Derecho, de los puntos de vista que consideran al Derecho penal como un instrumento al servicio del valor justicia, frente a los que lo entienden como un instrumento que debe servir prioritariamente al valor utilidad. La primera concepción guarda una mayor relación con la moral, mientras que la restante se vincula más con la política social. El enfrentamiento radical de estos puntos de vista, dio lugar a partir del último cuarto del siglo pasado, a la llamada lucha de escuelas, que no es en verdad otra cosa que una disputa en torno a los principios legitimantes del Derecho penal. Mientras la llamada escuela clásica mantuvo el criterio legitimante de la justicia a través de las “teorías absolutas” de la pena, la

escuela positiva proponía como único criterio el de la utilidad expresándolo por medio de las ‘teorías relativas’ modernas de la pena” (1989, p. 11).

“Esta oposición de fundamentos legitimantes vincula la cuestión de la pena con la concepción del Estado y con los poderes penales de este. En general, se puede decir que la escuela clásica concebía los poderes penales del Estado de una manera más estrecha que la escuela positiva. La idea de ‘defensa social’ permitía a esta última justificar la intervención del Estado con el poder penal allí donde los clásicos carecían de la posibilidad de hacerlo. En la actualidad la orientación del Derecho penal se expresa en el intento de sintetizar estos dos puntos opuestos. El criterio utilitario es aceptado en razón que mitiga el rigor del principio de justicia (por ejemplo, en la condena condicional y en la libertad condicional) y sólo en parte en lo que resulta ser más riguroso que este (por ejemplo, mientras se admite con diferente intensidad según los ordenamientos jurídicos, la agravación de penas para el reincidente y habitual, no se da cabida en general, a la sentencia indeterminada)”. (Hugo Vizcardo 2016, p. 207) “Nuestro Código punitivo atribuye a la pena función preventiva, protectora y resocializadora (Art. IX del Título Preliminar)”.

3. MARCO NORMATIVO

Nuestro trabajo tendrá como referente las siguientes normas:

“Ley N° 30364”: “Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar”.

“Ley N° 30920”: “Ley que declara de interés público y prioridad nacional la implementación progresiva de Cámaras Gesell en todas las fiscalías provinciales penales, de familia o mixtas de las provincias de los distritos fiscales y juzgados de familia de los distritos judiciales del país, a fin de

garantizar la actuación oportuna de las diligencias que sirvan como medios probatorios idóneos en los procesos judiciales y evitar la revictimización en los casos de violencia sexual, familiar y trata de personas”.

“Decreto Supremo N° 0092016-MIMP”: “Reglamento de la Ley N° 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar”.

Art. 155 y s.s. del C.P.P.: “La actividad probatoria en el proceso penal peruano”.

Art. 173 del C.P.: Delito de violación de menores.

PARTE TRES - ESTRUCTURA DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN

“CAPITULO I”

“FUNDAMENTOS GENERALES DEL DERECHO PENAL, EL DELITO Y LA IMPUTACIÓN”

1. Concepto, fines y legitimación del Derecho penal.

Como ya es sabido, en la doctrina general se establece una “conceptualización formal” del Derecho penal, al que se considera en esencia, como una rama o parcela especializada del sistema jurídico general; concretamente, se entiende como tal, al “conjunto de normas jurídicas” que prevén y determinan los comportamientos establecidos como delitos y les asignan como consecuencias jurídicas “penas o medidas de seguridad” que les son atribuidos al autor del hecho luego de la comprobación judicial de su responsabilidad en el marco de un “debido proceso”.

De esta manera, no dice Luzón Peña, “cuando se trata de formular el concepto de Derecho penal, de dar una definición del mismo y de fijar sus límites, lo primero que conviene aclarar, para evitar equívocos, es que con frecuencia se utiliza dicha expresión en diversos sentidos: Normalmente se designa con ella al Derecho penal objetivo, pero a veces se alude al <<derecho penal subjetivo>>. Y si en unas ocasiones se emplea el término como equivalente a sector o rama del ordenamiento jurídico, en otras se hace referencia a la disciplina científica del Derecho penal y no al objeto de dicha ciencia” (2016, p. 59).

A decir de Zaffaroni, “el uso de la expresión derecho penal es equívoco: con frecuencia se la emplea para designar una parte del objeto del saber del derecho penal, que es la ley penal. La imprecisión no es inocua, porque confunde derecho penal (discurso de los juristas) con legislación penal (acto del poder político) y, por ende, derecho penal con poder punitivo, que son conceptos que es menester separar nítidamente, como paso previo al trazado de un adecuado horizonte de proyección del primero. La referencia a la intencionalidad de los seres humanos y, por ende, de sus

necesarias perspectivas limitadas, no debe confundirse con la negación misma del conocimiento racional y, menos aún, de la realidad del mundo: ninguna disciplina particular puede usurpar la función de la ontología, pretendiendo la aprehensión de los entes como realidad en sí” (2000, p. 33). “Desde la perspectiva de un concepto general, el Derecho penal está constituido por un conjunto de normas que definen las conductas prohibidas, que se configuran como infracciones criminales y que imponen como consecuencia penas o medidas de seguridad”. De acuerdo con García Pablos de Molina, “El Derecho penal puede definirse, desde un enfoque dinámico y sociológico, como uno de los instrumentos del control social formal a través del cual el Estado, mediante un determinado sistema normativo (las leyes penales) castiga con sanciones negativas de particular gravedad (penas y otras consecuencias afines) las conductas desviadas más nocivas para la convivencia (delitos y faltas), procurando de este modo la necesaria disciplina social y la correcta socialización de los miembros del grupo” (2009, p. 1).

“El Derecho penal trata las conductas conminadas con pena en cuanto a sus presupuestos y consecuencias; se ocupa por tanto del objeto propiamente dicho, de la <<materia>> de la justicia penal y se denomina por ello también <<Derecho Penal Material>>. Este Derecho Penal Material debe delimitarse de otros campos jurídicos emparentados, que sólo junto con el Derecho penal regulan legalmente todo el campo de la justicia penal y que hacen del hecho, el autor y la persecución penal el objeto de los esfuerzos legislativos y científicos. Los más importantes de esos campos jurídicos vecinos son el Derecho Procesal Penal, el Derecho de la medición de la pena, el Derecho Penitenciario, el Derecho Penal Juvenil y la Criminología” (“Roxin, 1997, p. 44”).

“Tradicionalmente suele distinguirse el Derecho penal en subjetivo y objetivo. En su perspectiva subjetiva, tradicionalmente se entiende como el <<derecho>> de castigar (ius puniendi); aunque modernamente ya no se concibe como <<derecho>>, sino como <<potestad punitiva>>. El ius puniendi faculta al Estado a conminar la ejecución de ciertos hechos (delitos)

con penas; y, en el caso de su comisión, a imponerlas y ejecutarlas (es el poder jurídico que permite al Estado a crear y a aplicar el Derecho Penal objetivo <criminalidad primaria y criminalidad secundaria>). En esta noción está contenido el fundamento filosófico del Derecho penal. Por otro lado, en sentido objetivo, el Derecho penal es el conjunto de normas jurídicas, establecidas por el Estado, que determinan los delitos y las penas. Esta noción contiene el fundamento del Derecho penal positivo. Por esta razón es que Von Liszt lo definía como el conjunto de las reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian al crimen, como hecho, a la pena, como legítima consecuencia” (Hugo Vizcardo 2016, p. 42).

“Como producto de la evolución de la doctrina y de las legislaciones, a estas nociones tradicionales se ha agregado, por su importancia de carácter esencialmente preventivo, el concepto de <<medida de seguridad>>. Así pues, se llegó a proponer que el Derecho penal en su aspecto subjetivo, tendría que definirse como el derecho del Estado a determinar, imponer y ejecutar las penas y demás medidas de lucha contra la criminalidad; y, en su sentido objetivo, como el conjunto de normas establecidas por el Estado que determinan los delitos, las penas y las medidas de seguridad con que aquellos son sancionados. En así que el Derecho penal se constituye en aquella parte del ordenamiento jurídico, que determina las características de la acción delictuosa y le impone penas o medidas de seguridad” (Loc. cit.).

“Pero el Derecho penal no se encasilla en este dualismo conceptual, ni en nociones puramente normativas, su influencia abarca otros aspectos fundamentales, que se relacionan con los mecanismos sociales de control y la conjunción de normas y reglas para la aplicación de las consecuencias jurídicas a que haya lugar ante la infracción de las mismas. En tal sentido el Derecho penal tiene incidencia tanto en el ordenamiento social como en el ordenamiento jurídico”.

Por otro lado, si atendemos a una concepción más moderna, el Derecho penal, éste se ha de constituir como un “medio de control social”,

por cuanto es de apreciarse que “forma parte integrante de los mecanismos sociales que tienen por finalidad obtener determinados comportamientos individuales en la vida de relación social”. Es así que, según lo precisado por Bacigalupo, “el Derecho penal comparte su tarea con la ética y la moral, aunque no puede identificarse con estas. El control social comprende aquellos mecanismos y modelos socio culturales, mediante los cuales el Estado ejerce su dominio sobre los individuos que componen una sociedad dada, buscando superar las tensiones o controversias que los puedan aquejar, tratando así de erradicar los elementos conflictivos potenciales que puedan amenazar los intereses comunes, propiciando una mejor convivencia social” (1989, p. 76).

“Efectivamente, a través de los sistemas de control social se imponen límites al comportamiento de los integrantes del grupo social para permitir el buen funcionamiento de las relaciones sociales y mantener sus formas de vida (política y económica) y su cultura” (“Zugaldía Espinar” 1993, p. 29). El control social es “el conjunto de los recursos de que dispone una sociedad determinada para asegurarse la conformidad de los comportamientos de sus miembros a un conjunto de reglas y principios establecidos, así como las formas organizadas con que la sociedad responde a sus transgresiones. En otras palabras, el control social es el conjunto de medios o instrumentos utilizados en una sociedad para asegurarse un orden social determinado” (López Barja de Quiroga 2004, p. 24).

Apreciado así, no cabe duda que el “control social” se constituye en una “condición esencial de la vida de relación social”, capaz de asegurar el “cumplimiento de las expectativas estatales de controlar, orientar y planificar la vida en común”. De ello, como bien indica Bustos, “se deduce que el control social influencia los límites de la libertad humana en sociedad y es también un instrumento de enculturación y socialización de sus miembros, por lo que no hay alternativa al control social, lo que ha llevado a decir a Muñoz Conde, que es inimaginable una sociedad sin control social” (1982, p. 11). “El control social se representa así, con una cobertura muy amplia generando una diversa influencia en la población. Puede estar oculto o

disimulado (normas educativas, terapéuticas, religiosas, de familia, costumbres, etc., pero otras veces se presenta explícito (sistema penal). Se pueden diferenciar así formas de control social formal e informal” (Frister 2011, p. 132).

2. *El Derecho penal y sus perspectivas futuras*

Desde la perspectiva teórica contemporánea, se abre paso en el contexto del “conocimiento doctrinario general”, que la legitimación de la intervención punitiva, que trae como correlato final la grave consecuencia de la penalidad, para la solución de los “conflictos sociales”, tiene que ser completamente “imprescindible”, “necesaria”, “puesto que de otra manera la pena constituiría una lesión inútil de derechos fundamentales”. “Si el Derecho penal se legitima sólo en cuanto protege a la sociedad, perderá su justificación si su intervención se demuestra inútil, por ser incapaz de servir para evitar delitos. Así, el principio de necesidad conduce pues, a la exigencia de utilidad, lo que plantea la controvertida cuestión de si realmente el Derecho penal sirve para evitar delitos”. (Hugo Vizcardo 2016, p. 53). Planteamiento que correlativamente a inducido a algunos tratadistas a “propiciar la posibilidad de la abolición del Derecho penal” (“por abolicionismo se conoce una corriente de la criminología moderna o crítica, que como su nombre lo indica, propone la abolición no solo de la cárcel, sino de la totalidad del sistema de la justicia penal”. Martínez Sánchez, 1990, p. 13).

“Si el Derecho Penal de una sociedad democrática se legitima en tanto en cuanto previene la realización de hechos delictivos, es lícito llegar a la conclusión de que el recurso al Derecho penal (y a la pena) deviene en ilegítimo desde el mismo momento en que se demuestre que es inútil o innecesario en orden a alcanzar el fin que se le asigna” (“Zugaldía Espinar 1993, p. 240”).

“La necesidad de orientar la intervención punitiva del Estado hacia un Derecho penal mínimo (minimización de la respuesta jurídica violenta contra el delito) constituye una afirmación que, a fuerza de ser repetida por todos los sectores doctrinales, empieza a correr el riesgo de convertirse en un tópico desprovisto de contenido concreto. Sin embargo, existe consenso en torno a la idea de que el Derecho penal debe ser la última ratio (el último recurso) de la política del Estado para la protección de los bienes jurídicos más importantes frente a los ataques más graves que puedan sufrir. El denominado Derecho penal mínimo no significa que no deba haber Derecho Penal; no significa que debamos prescindir del poder punitivo del Estado. Es ésta, ciertamente, una idea ya antigua, y fue Radbruch el que expresaba que lo ideal no era un <<Derecho Penal mejor, sino algo mejor que el Derecho Penal>>. Esto es, lo ideal sería asegurar las libertades sin restringir ninguna. Pero eso, hoy por hoy, no parece posible. Debemos, pues, contentarnos con aspirar al Derecho penal mínimo, esto es, a las mínimas intervenciones posibles para conseguir tutelar el máximo de bienes jurídicos necesarios para asegurar las libertades de los ciudadanos” (Loc. cit.).

En cuanto a lo anteriormente referido. El profesor “García Caveró”, indica que “en el debate actual, acerca del destino del Derecho penal, hay que atender al mismo fundamento del jus puniendi, el mismo que según indica el autor, presupone la necesidad del Derecho penal en la sociedad actual, de manera tal que si el Derecho penal no fuese necesario, entonces no habría manera de fundamentarlo materialmente. Si bien las tesis mayoritarias sostienen la necesidad del Derecho penal, la discusión comienza al momento de precisar cuál es esa función social imprescindible. Podría decirse que, en esencia, las posiciones doctrinales discurren entre dos líneas de pensamiento. Por un lado está la corriente mayoritaria que entiende que el Derecho penal debe proteger bienes jurídicos, entendidos éstos como situaciones fácticas valoradas positivamente; o, la vigencia de las expectativas normativas defraudadas por los hechos socialmente perturbadores. Con independencia de esta discusión sobre la legitimidad del

Derecho penal, el hecho es que ambas posturas, pese a sus diferencias, consideran necesaria la existencia del Derecho penal en la sociedad actual” (“2008, p. 72-73”).

De esta manera, coincidimos con el profesor español Miguel Polaino, cuando expresa que “sin pretender intentar vislumbrar el futuro del Derecho penal (si acaso lo tuviere), hay que apreciar su desarrollo en las últimas décadas a efecto de determinar su adecuación a las modernas sociedades de riesgo y las nuevas tecnologías (avances genéticos, energías, internet, etc.), que podría determinar la necesidad de un Derecho penal de dos o más velocidades” (2005, p. 38). Así, “desde la perspectiva del <<Derecho penal deseado>>, puede decirse que el Derecho penal se caracteriza por un anhelo o una tendencia progresiva a la racionalización de la intervención penal. En este contexto, el programa que ofrece el Derecho penal deseado (el sistema penal del futuro) puede resumirse, muy someramente, en las siguientes perspectivas de lege ferenda”:

- a) “La necesidad de una intervención limitada y limitadora del sistema punitivo: minimización cuantitativa de la intervención penal (o sea, minimización de los costes sociales que la pena comporta)”.
- b) “La ampliación de las garantías para los ciudadanos: maximización de la prevención (es decir, maximización de los beneficios)”.
- c) “La eliminación de medios coercitivos inidóneos para la prevención del crimen” (Loc. cit.).

3. Modernización y el expansionismo punitivo

Expresión que, desde la perspectiva teórica actual, revela una preocupante situación del derecho punitivo, que inversamente a lo aconsejado, pretende la proliferación de un sistema penal sobre criminalizado e intervencionista. De esta manera apreciamos que actualmente, la orientación “generalizada” de la teoría propugna la necesidad de “reconducir la intervención punitiva del Estado hacia un

Derecho penal mínimo, garantista y democrático”. Pero como bien indica “Silva Sánchez”, “esta expresión empieza a correr incluso el riesgo de convertirse en un tópico desprovisto de contenido concreto, de modo similar a lo acontecido con la famosa –y deformada- frase de Radbruch relativa a la sustitución del Derecho penal por algo mejor que éste. En efecto, poco parece importar, a este respecto, que no se tenga muy claro donde se hallan los límites de tal Derecho penal mínimo, que, en puridad, según algunas interpretaciones del mismo, conceptualmente tampoco se halla muy lejos de las propuestas que, entre otros, realizara Beccaria hace dos siglos” (“2006, p. 1-2”).

Y es que como bien lo afirma el maestro español, “la defensa del denominado <<minimalismo penal>>, se ha asociado en los últimos tiempos, sobre todo a las posturas defendidas por los seguidores de la Escuela de Frankfurt, quienes se orientan a la defensa de un modelo ultra-liberal del Derecho penal, propugnando su restricción a un Derecho penal básico, cuyo contenido tendría que ver solamente con las conductas atentatorias contra la vida, la salud, la libertad y la propiedad; abogando siempre por el mantenimiento de las máximas garantías en la ley, la imputación de la responsabilidad y el proceso” (Loc. cit.).

Siendo pues evidente la necesidad del replanteamiento penal y la proyección a la minimización punitiva, apreciamos un sentido inverso en la teoría. Y ello lo advierte García Pablos de Molina, cuando nos dice que “no obstante, el citado proceso de racionalización del Derecho Penal y la acusada tendencia a la mínima intervención de éste en los conflictos sociales que dicho proceso comporta, no es uniforme, homogéneo -lineal-, ni constante. Por el contrario, sufre toda suerte de vicisitudes, retrocesos, interrupciones y paréntesis, quiebras significativas” (“2009, p. 166”).

“En efecto, es posible advertir en los últimos tiempos, que la proclamada <<retirada del Derecho penal>> hacia instancias minimizadoras, no ha surtido el efecto esperado y muy por el contrario, se aprecia en la actualidad una suerte de estrategia transformadora del control social, que se

aparta de los postulados reduccionistas de la presión penal, permitiendo la intervención de otras instancias operativas del control social, que pretenden suplir la mentada <<ineficacia del control social formal>>, utilizando métodos y técnicas más opresoras, que operan dentro e incluso fuera de los márgenes de la justicia penal, lo que de hecho determina inexorablemente, más presión penal, más control y más intervencionismo punitivo” (Polaino Navarrete 2005, p. 38).

“Pero desde un análisis político-criminal puede inferirse, también un creciente protagonismo de la intervención del Derecho Penal que poco tiene que ver con la proclamada <<intervención mínima>> de éste. Me refiero al inequívoco proceso neocriminalizador que se observa en el ámbito de lo que la Criminología denomina <<delincuencia expresiva>>: medio ambiente, calidad de vida, ordenación del territorio, patrimonio artístico, histórico y cultural, salud pública, actividad socioeconómica y empresarial, mercado y consumidores, etc. De modo que mientras el <<núcleo duro>> del viejo Derecho Penal de siempre sigue orientándose a una Política Criminal de mínima intervención –y, desde luego, no renuncia a su impronta garantista-, se observa un movimiento neocriminalizador de signo contrario, inspirado por el principio de máxima intervención, cuando se trata de proteger con figuras y técnicas de nuevo cuño, ciertos intereses y bienes jurídicos, por lo general supraindividuales, que emergen con fuerza arrolladora en la sociedad postindustrial” (“García Pablos de Molina 2009, p. 167”).

En razón de todo lo dicho, el profesor Zugaldía manifiesta que “esta situación ha dado cabida a la identificación, en el seno de la doctrina, a un movimiento de <<modernización del Derecho penal>>, que se muestra en esencia, como un fenómeno cuantitativo de expansión de la parte especial del derecho punitivo formal, que tiene que ver con un notable incremento del catálogo delictivo en la legislación comparada (sea codificada o en leyes especiales), la sobre criminalización de algunos tipos tradicionales y la ampliación del ámbito de la imputación” (1993, p. 240).

Por ello, el profesor Gracia Martín, sostiene que “a partir de estos datos formales cabría, pues, entender por Derecho penal moderno al conjunto integrado por las nuevas figuras delictivas añadidas a las legislaciones penales y por las modificaciones –o agravaciones- de las tradicionales, con el fin, en todos los casos, de extender la intervención penal a conductas y a ámbitos de la realidad social del presente que estaban excluidos de la punibilidad en el sistema tradicional de la Parte Especial, o bien, en su caso, para dispensar a determinados hechos tradicionalmente punibles un tratamiento penal más severo cuando concurren determinadas circunstancias a las que en el presente se atribuye un significado especialmente relevante desde el punto de vista penal” (“2004, p. 723”).

“Se aprecia pues, un evidente movimiento neocriminalizador, que privilegia la máxima intervención penal, en desmedro de garantismo y la mínima intervención, y que incluye un fuerte componente simbólico que sobredimensiona las exigencias de la prevención general, cuyo destinatario es la delincuencia expresiva de nuestro tiempo, que se expresa en la criminalidad organizada, delincuencia socioeconómica, contra el medio ambiente, tráfico ilícito de drogas, Secuestro y extorsión, Terrorismo, sicariato, etc.”. “En este contexto es de apreciarse que, como factor común, la nueva legislación se encuentra plagada de singularidades, que tienen que ver con: Imprecisa delimitación de la materia de prohibición, presencia desmedida de elementos normativos, sistemática anticipación de la tutela penal y del momento consumativo del injusto, proliferación de figuras de peligro, etc. El desmedido afán intervencionista del legislador penal, conduce, por otra parte, a la creación de figuras delictivas innecesarias, e incluso contraproducentes; a la perturbadora superposición de tutelas, penales y extrapenales (mercantiles, administrativas, civiles, etc.), que olvida la subsidiaridad del Derecho Penal y la distinta naturaleza de uno y otro ilícito; y a un rigor penológico desproporcionado, que ya no podrán mitigar derogados beneficios penitenciarios” (“García Pablos de Molina 2004, p. 168”).

“Pues bien, frente a tales posturas doctrinales en efecto no es nada difícil constatar la existencia de una tendencia claramente dominante en la legislación de todos los países hacia la introducción de nuevos tipos penales así como a una agravación de los ya existentes, que cabe enclavar en el marco general de la restricción, o la <<reinterpretación>> de las garantías clásicas del Derecho penal sustantivo y del Derecho procesal penal. Creación de nuevos bienes jurídicos, ampliación de los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político-criminales de garantía no serían sino aspectos de esta tendencia general, a la que cabe referirse con el término <<expansión>>” (Silva Sánchez 2006, p. 5).

“El Derecho penal moderno no es completamente homogéneo en sus contenidos nos dice Gracia Martín”: “Como ámbitos particulares de manifestación de aquél, describe Hirsh, tenemos los relativos a los riesgos del progreso científico y técnico, a la protección de nuevos bienes jurídicos universales o colectivos, y a los nuevos contextos y formas de realización de la criminalidad tradicional. En ese contexto, y conjuntamente con los ámbitos mencionados, es posible identificar también como manifestaciones particulares del derecho penal moderno, el denominado Derecho penal del riesgo y la inseguridad social, el nuevo Derecho penal económico y del medio ambiente, el Derecho penal de la empresa y el Derecho penal como resultado de la globalización” (2012, p. 724 y ss).

4. El delito y su conceptualización

Hablar y tratar de definir lo que es el “delito”, determina uno de los ámbitos mas trascendentales y tortuosos de la doctrina penal. Y es que el delito corresponde a un comportamiento, que a decir del ordenamiento jurídico, se representa como desvalorado por ser típico, antijurídico y culpable (hay voces teóricas que adicionan también a este concepto la punibilidad). En tal sentido, para Villavicencio Terreros “el delito es una

conducta típica, antijurídica y culpable. La tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad son los tres elementos que convierten una acción en delito. Estos niveles de imputación están ordenados sistemáticamente y constituyen la estructura del delito. Para imputar el hecho, cuando se constata la presencia de las dos primeras características (tipicidad y antijuridicidad) se denomina injusto a la conducta que las ofrece. En consecuencia, lo injusto es una conducta típica y antijurídica. Pero la presencia de lo injusto no es suficiente para imputar un delito, pues además, resulta necesario determinar la imputación personal (culpabilidad), es decir, si el sujeto debe responder por lo injusto (sujeto culpable)” (2006, p. 227).

Desde el punto de vista jurídico, delito es toda conducta que el legislador sanciona con una pena. Esto es una consecuencia del principio de legalidad, conocido por el aforismo latino *nullum crimen sine lege*, que rige el moderno Derecho penal [...] que impide considerar como delito toda conducta que no haya sido previamente determinado por una ley penal” (2015, p.216)

De acuerdo a lo expresado por Peña Cabrera Freyre, se entiende al delito “como un hecho (acción u omisión) penalmente antijurídico y personalmente imputable. La antijuridicidad penal supone la tipicidad penal y la ausencia de causas de justificación. Y, la imputación personal requiere que el hecho penalmente antijurídico (injusto penal) sea imputable a una infracción personal de la norma primaria a un sujeto penalmente responsable. En la categoría del injusto penal se enjuicia la acción típica concreta, incluyendo todos los elementos concurrentes en la situación concreta, conforme a los criterios de prohibición y de permisión. Es decir, el injusto penal vendría a ser la conducta punible, en otras palabras un comportamiento humano desvalorado que ha ingresado al ámbito de protección de la norma y que al no encontrarse en conflicto con otros intereses jurídicos de orden superior se le califica como merecedor de pena. Sólo aquellas conductas humanas típicas (*nullum crimen sine lege*) que no se encuentran justificadas por el ordenamiento jurídico pueden ser pasibles

de una pena o de una medida de seguridad. El injusto contiene, pues, acción y tipo: sólo las acciones pueden ser típicas” (2009, p. 185).

Observamos pues al respecto, que el primer requisito que se tiene del concepto del delito, es la necesaria existencia de un comportamiento humano, sea de comisión o de omisión. De este requisito, nos dice Cerezo Mir, “deducimos que no pueden constituir delito el mero pensamiento (*cogitationis poenam nemo patitur*), ni la mera resolución delictiva no puesta de manifiesto por hechos externos, ni una simple disposición de ánimo o talante (*Gesinnung*)” (2006, p. 389).

Pero la determinación del concepto de lo que es el delito no deviene de manera automática o naturalística, se requiere para ello un “instrumento teórico” que nos permita, bajo supuestos estrictamente técnicos, dilucidar, en el caso concreto, qué debe entenderse por delito. Para ello surge en la doctrina la denominada “teoría del delito”, que aporta el estudio de las características comunes de la conducta humana a considerar como delito. “Estos lineamientos teóricos nos permitirán realizar el estudio dogmático del delito objeto de tratamiento, desde la perspectiva de la determinación del comportamiento típico, la antijuricidad de la acción y fundamentalmente la culpabilidad que expresa el sujeto de la acción; lo que permitirá a su vez sentar las bases de una adecuada imputación objetiva”.

Por ello, bien nos dicen Muñoz Conde y García Arán, que “la primera tarea a la que se enfrenta la Teoría General del Delito es la de dar un concepto de delito que contenga todas las características comunes que debe tener un hecho para ser considerado como delito y ser sancionado, en consecuencia, con una pena. Para ello se debe partir del Derecho penal positivo. Todo intento de definir el delito al margen del Derecho penal vigente es situarse fuera del ámbito de lo jurídico, para hacer filosofía, religión o moral” (2015, p. 215).

Por su lado, Villa Stein señala que “la teoría general del delito comprende un conjunto de proposiciones sistemáticas organizadas que

pretenden explicar la naturaleza jurídica del hecho punible. Es un constructo epistémico que facilita la definición conceptual y el análisis secuente del delito como conducta humana compleja e inaceptablemente transgresora de la norma estatal prohibitiva o imperativa. La teoría del delito desde luego, no obstante su carácter abstracto, persigue como toda teoría que se precie de tal, una finalidad práctica consistente en facilitar la determinación precisa del universo de conductas que son cierta e inconfundiblemente contrarias al orden jurídico social, cuantificar la intensidad de la contrariedad y aplicar con enérgica prudencia la contingencia sancionadora que el estado liberal y democrático de derecho, tribunales de justicia mediante, considere oportuno y necesario conforme determinada racionalidad política criminal” (2014, p. 241).

“La teoría del delito es un instrumento conceptual para determinar si el hecho que se juzga es el presupuesto de la consecuencia jurídico-penal previsto en la ley. La ciencia del derecho penal es una ciencia práctica y la teoría del delito tiene también una finalidad práctica. Su objeto es, en este sentido, establecer un orden racional y, por lo tanto fundamentado, de los problemas y soluciones que se presentan en la aplicación de la ley penal a un caso dado. La teoría jurídica del delito es, en consecuencia, una propuesta, apoyada en un método científicamente aceptado, de cómo fundamentar las resoluciones de los tribunales en materia de aplicación de la ley penal” (Bacigalupo 1989, p. 67).

“La teoría general del delito se ocupa de las características comunes que debe tener cualquier hecho para ser considerado delito, sea este en el caso concreto una estafa, un homicidio o una malversación de caudales públicos. Hay características que son comunes a todos los delitos y otras por las que se diferencian los tipos delictivos unos de otros; un asesinato es otra cosa que una estafa o un hurto; cada uno de estos delitos presenta peculiaridades distintas y tiene asignadas, en principio, penas de distinta gravedad. Sin embargo, tanto el asesinato, como el hurto o la estafa tienen unas características que son comunes a todos los delitos y que constituyen la esencia del concepto general de delito. El estudio de estas características

comunes corresponde a la teoría general del delito, es decir, a la parte general del derecho penal; el estudio de las concretas figuras delictivas, de las particularidades específicas del hurto, de la violación, de la estafa, etc., a la parte especial". (Muñoz Conde 1984, p. 1)

5. La aplicación de las penas y su finalidad

Como ya hemos tenido la oportunidad de apreciar, se le atribuye al "Derecho Penal una función represiva" por cuanto "interviene para reprimir o sancionar el delito ya cometido". Pero esta "función represiva", nos dice Quintero Olivares, "va siempre acompañada de una función preventiva, pues con el castigo del delito se pretende, al mismo tiempo, impedir también que en el futuro se cometa por otros o por el mismo delincuente. Las carencias propias de nuestro sistema penal, la crisis de valores, la ausencia de un Derecho penal específico para jóvenes delincuentes y la antitécnica y facilista costumbre de sobre criminalizar conductas, propiciando la agravación indiscriminada de la pena como prácticamente única respuesta al fenómeno delincencial, se constituyen en los obstáculos principales de nuestro sistema punitivo para llevar a cabo una buena función preventiva" (2000, p. 41).

"La represión punitiva debe ajustarse también a la exigencia de proporcionalidad abstracta entre la gravedad del delito y la gravedad de la pena, con la que el mismo se conmina y la exigencia de proporcionalidad concreta entre la pena aplicada al autor y la gravedad del hecho cometido. El principio de proporcionalidad, en sentido estricto, obliga a ponderar la gravedad de la conducta, el objeto de tutela y la consecuencia jurídica; en nuestro sistema se encuentra expresado sustantivamente en el Artículo VIII del T. P. del Código penal, que establece que <<la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho>> (con la excepción expresada en la misma norma, en el sentido que lo preceptuado no rige en caso de

reincidencia ni de habitualidad del agente en el delito)” (Hugo Vizcardo 2016, p. 207).

De esta manera, confirmamos que el “Derecho penal” fundamenta su “naturaleza obligatoria” en la “amenaza de las sanciones que contiene”. Ahora bien, conforme a su fundamento general, la pena, como “consecuencia de la comisión de un delito”, “no es sino el instrumento empleado por el Derecho, es decir, por las normas, para la consecución de sus fines”. “Por eso la expresión << fines de la pena >> no deja de ser inexacta, en realidad, bajo esta denominación nos referimos al fundamento o justificación de la pena, a su esencia y a cómo actúa sobre los ciudadanos” (Fiandaca y Musco 2006, p. 97).

“La finalidad de la pena no es otra que la señalada al Derecho penal: la tutela de valores e intereses con relevancia social. Se entiende que la verdadera función de la pena no es la retribución, sino el mantenimiento del orden jurídico: en otros términos la protección de la sociedad contra las acciones de los individuos que ponen en peligro su existencia o su desarrollo y -en tal sentido- la defensa social”. La “imposición de una pena”, indica “Roxin”, “sólo está justificada allí donde el comportamiento prohibido perjudique de manera insoportable la coexistencia, libre y pacífica, de los ciudadanos y no sean adecuados para impedirlo otras medidas jurídicas y político-sociales menos radicales” (1997, p. 32). Para el profesor de la universidad de Múnich, “el Derecho penal sólo puede asegurar el orden pacífico externo de la sociedad y que más allá de esto no está legitimado ni es adecuado para la educación moral de los ciudadanos, la tendencia hacia la liberalización y la separación entre el Derecho penal y la moral determina cada vez con mayor influencia la marcha de la reforma” (1997, p. 28).

Al respecto, “Bacigalupo” refiere que, “la materia del tema de las consecuencias jurídicas propias del Derecho penal, se puede caracterizar como la teorización en esta rama del Derecho, de los puntos de vista que consideran al Derecho penal como un instrumento al servicio del valor justicia, frente a los que lo entienden como un instrumento que debe

servir prioritariamente al valor utilidad. La primera concepción guarda una mayor relación con la moral, mientras que la restante se vincula más con la política social. El enfrentamiento radical de estos puntos de vista, dio lugar a partir del último cuarto del siglo pasado, a la llamada lucha de escuelas, que no es en verdad otra cosa que una disputa en torno a los principios legitimantes del Derecho penal. Mientras la llamada escuela clásica mantuvo el criterio legitimante de la justicia a través de las <<teorías absolutas>> de la pena, la escuela positiva proponía como único criterio el de la utilidad expresándolo por medio de las <<teorías relativas>> modernas de la pena” (1989, p. 11).

“Esta oposición de fundamentos legitimantes vincula la cuestión de la pena con la concepción del Estado y con los poderes penales de este. En general, se puede decir que la escuela clásica concebía los poderes penales del Estado de una manera más estrecha que la escuela positiva. La idea de <<defensa social>> permitía a esta última justificar la intervención del Estado con el poder penal allí donde los clásicos carecían de la posibilidad de hacerlo. En la actualidad la orientación del Derecho penal se expresa en el intento de sintetizar estos dos puntos opuestos. El criterio utilitario es aceptado en razón que mitiga el rigor del principio de justicia (por ejemplo, en la condena condicional y en la libertad condicional) y sólo en parte en lo que resulta ser más riguroso que este (por ejemplo, mientras se admite con diferente intensidad según los ordenamientos jurídicos, la agravación de penas para el reincidente y habitual, no se da cabida en general, a la sentencia indeterminada)” (Loc. cit.). “Nuestro Código punitivo atribuye a la pena función preventiva, protectora y resocializadora (Art. IX del Título Preliminar)”.

“En tal sentido, la exposición tradicional del fundamento (contenido) y fines de la pena, nos lleva al análisis de una justificación autónoma separada de la justificación de la imposición de la pena misma. En torno a esta cuestión surgieron ya en la antigüedad las llamadas teorías de la pena, cuyas polémicas llegan hasta nuestros días y cuyo conocimiento es indispensable para la comprensión de los modernos problemas que plantea

el Derecho penal recuerda la existencia de las teorías absolutas y relativas” (Fernández Carrasquilla 1995, p. 231).

Las teorías absolutas o de la retribución, plantean que el sentido de la pena ha de consistir en la “retribución justa, es decir, en imponer al delincuente un mal que corresponda al grado de su culpabilidad” (López Barja de Quiroga 2004, p. 22). “Según el fundamento de estas teorías, la pena no perseguía finalidad alguna, sino que tenía como misión la mera retribución: se castigaba al ciudadano porque había cometido un delito y en la medida en que lo merecía. Para ellas, la pena sería legítima si se constituye en la retribución de una lesión cometida culpablemente (el fundamento de la pena sería exclusivamente la justicia o la necesidad moral). Las teorías absolutas, en consecuencia, legitiman la pena si esta es justa, en tal sentido, la pena <<necesaria>> sería aquella que produzca al autor un mal (disminución de derechos), que compense el mal causado libremente. La utilidad de la pena queda totalmente fuera del fundamento jurídico de la misma, siendo sólo legítima la <<pena justa>>, aunque no sea útil. En tal sentido, una pena útil, pero no justa, carecería de legitimidad. En esta teoría la pena se libera de toda finalidad, y parte de su sustento descansa en el reconocimiento del estado como guardián de la justicia terrena y del conjunto de ideas morales vigentes en la sociedad, considerando la situación de libre albedrío en que se encuentra el ser humano, y por consiguiente, también su capacidad de auto determinarse” (Jescheck 1981, p. 96).

Por otro lado, “las teorías relativas, o de la prevención por el contrario, sustentaban que la imposición de una pena, persigue otras finalidades diferentes a la de la propia realización de la justicia. Procuraban legitimar la pena orientándola a la obtención de un determinado fin, siendo así su criterio legitimante, la <<utilidad>> de la pena. Si este fin consiste en la intimidación de la generalidad del conglomerado social, es decir, en inhibir los impulsos delictivos de autores potenciales indeterminados, se tratará de una teoría preventivo-general de la pena. Si por el contrario el fin consiste en obrar sobre el autor del delito cometido, para que no reitere su acto,

estaremos ante una teoría preventivo-especial o individual de la pena” (Hugo Vizcardo 2016, p. 202).

“Así, señalaba Feuerbach que si se persigue un fin de prevención general; la pena es una amenaza con la que se conmina a los ciudadanos para que se abstengan de delinquir; para que la amenaza funcione es necesaria la efectiva ejecución de la misma. Se trata, pues, de evitar que la generalidad de los ciudadanos cometa delitos. Como puede verse, absolutamente en nada se diferencia esta posición, de la mantenida por los partidarios de la moderna teoría de la motivación. Sobre todo a partir del auge de las teorías sistémicas, se viene subrayando otro aspecto que permite hablar de prevención general integradora o positiva, frente a la intimidatoria o negativa, que sería la anterior. Mediante la aplicación de la pena a un delincuente, los demás ciudadanos recuperan su confianza en la vigencia de las normas (lo que redundaría en beneficio del sistema); la conducta delictiva o desviada supone el cuestionamiento de la aludida vigencia, que se afirma con la aplicación de la consecuencia jurídica. Tampoco esta concepción parece excesivamente innovadora, sin que llegue a apreciarse en qué se diferencia de la tesis hegeliana, y sin que se alcance por qué ésta es retributiva y aquélla preventiva” (Loc. cit.).

6. *La instrumentalización política del Derecho penal*

Como ya tuvimos oportunidad de apreciar, el “Derecho penal” se constituye en “una instancia más del control formal”, que “reacciona” y se “materializa” contra los “comportamientos desviados” que afectan los más fundamentales intereses sociales denominados “bienes jurídicos”, mediante el instrumento de la sanción (penas) o las medidas de seguridad. Así, “dado que el sistema penal pretende la seguridad y estabilidad del sistema social a través del sometimiento del individuo a ciertas pautas y modelos de conducta que impone coercitivamente, no puede extrañar que suela identificarse la función del Derecho penal con la consecución y

mantenimiento de dicha actitud individual; por ello corresponde al Derecho penal asegurar la conformidad de los ciudadanos hacia aquellas normas que persiguen, precisamente, la protección de bienes jurídicos”. (Luzón Peña 2016, p. 87)

Así, conforme lo aprecia “García-Pablos de Molina”, “en doctrina suele distinguirse entre <<función instrumental>> y <<función simbólica>> del Derecho Penal. La primera es la genuina, la que legitima a la norma jurídico-penal, y consiste en la protección efectiva de los bienes jurídicos a través del efecto disuasorio que las conminaciones legales (y la eventual aplicación de estas) produce en los infractores potenciales. La segunda, la función <<simbólica>> es el efecto psicológico que la prohibición genera en la mente de los políticos, del legislador y de las personas en sociedad (autocomplacencia y satisfacción en los primeros; confianza, tranquilidad, en estos últimos), que nada tiene que ver con la pretendida defensa de los bienes jurídicos. Se trata pues, de política de gestos de cara a la galería y a la opinión pública (se produce así, en la opinión pública, la ilusoria impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido que satisface a todos, aunque realmente no se prevengan con eficacia los delitos que se tratan de evitar)” (“2009, p. 145”).

En tal sentido, al abordar la temática del “Derecho penal simbólico”, nos adentramos en un aspecto del “lado oscuro de la utilización del Derecho penal”, que de esta manera “ya no se refiere al fin de prevención general, sino que se instrumentaliza para servir a la defensa de un sistema social” (“status quo”). De esta manera, “el ordenamiento punitivo se pone al servicio de los gobernantes, quienes lo utilizan para legitimar su desempeño, introduciendo en la sociedad la idea de que están cumpliendo con una eficaz actuación preventiva”. En tal sentido, “se distorsiona la finalidad del Derecho penal, que de esta manera ya no se concibe como protector de bienes jurídicos, sino como instrumento legitimador del poder o la ocultación de deficiencias en la política social, que se pretende burlar mediante el amparo del Derecho penal”. (posición personal)

“De acuerdo a ello, es de apreciarse que a través de esta manipulación política del Derecho penal se trata de alcanzar un consenso de mayorías, la confirmación de una ideología de la <<defensa social>> y la posterior legitimación de determinadas medidas represivas (ejemplo de ello lo tenemos las campañas desatadas con ocasión del fenómeno terrorista, la criminalidad organizada, etc.). En definitiva, el Derecho penal simbólico se estructura en base a un engaño, en el que las funciones latentes prevalecen sobre las manifiestas y sólo sirven para demostrar una pretendida <<fortaleza del Estado>>” (Hugo Vizcardo 2016, p. 82).

De esta manera, señala “Serrano-Piedecabras”, “en contra de cualquier función simbólica debe exigirse el máximo respeto al principio de protección de bienes jurídicos evitando, asimismo, la llamada función ideológica de los bienes jurídicos” (1999, p. 16). Como respuesta a ello, el profesor “Cancio Meliá”, anota que “particular relevancia corresponde en este contexto, en primer lugar, a aquellos fenómenos de neo-criminalización respecto de los cuales se afirma que tan sólo cumplen efectos <<simbólicos>>. Quien pone en relación al ordenamiento penal con elementos ‘simbólicos’ puede crear la sospecha de que no toma en cuenta la dureza muy real y nada simbólica de las vivencias de quien se ve sometido a persecución penal, detenido, procesado, acusado, condenado, encerrado. En este sentido hay que subrayar que la idea que ronda la cabeza al común de los ciudadanos, y también al común de los juristas, es que el Derecho Penal sirve para algo, es decir, que cualquiera que sea la teoría de la pena que se utilice, se parte de la base que se satisface con la existencia del sistema penal un fin, que se obtiene un resultado, aunque sólo sea <en el caso de las teorías retributivas> la realización de la justicia” (2000, p. 20).

“Desde una perspectiva crítica, concretamente, desde la <<criminología crítica>>, se crítica precisamente toda existencia de un sistema penal, y, en particular, desde el así llamado enfoque del labeling approach, se han subrayado los elementos simbólicos presentes en el ordenamiento penal: la tesis central de esta definición es precisamente que el crimen no es una realidad preexistente, sino que se crea en un proceso de

<<interacción simbólica>> (conducta desviada y reacción social), se atribuye socialmente la etiqueta de <<crimen>>. Pero también ciertas explicaciones más tradicionales, más <<jurídicas>> del fenómeno penal no pueden concebirse, en realidad, sin componentes de carácter que podemos denominar <<simbólico>>. Entonces ¿qué es lo que quiere decirse con la crítica al carácter simbólico, si toda la legislación penal necesariamente muestra características que podemos denominar simbólicas?” (“Cfrme: García Pablos de Molina 1999, p. 773 y ss”).

La “función simbólica” que también puede desempeñar el Derecho penal, nos dice “García Pablos de Molina”, “resulta especialmente llamativa en momentos de crisis económica, social y política; y suele incidir, sobre todo, en la denominada criminalidad <<expresiva>> (narcotráfico, terrorismo, etc.), traduciéndose en la creación de tipos penales o mecanismos de agravación innecesarios y en la derogación de los principios generales que aseguran al Derecho penal. En épocas de crisis y convulsiones sociales existe el riesgo de que se desvirtúe la función instrumental del Derecho penal, porque la crisis genera miedo e inseguridad, y tales sentimientos colectivos suelen manipularse interesadamente. La política criminal es suplantada, entonces, por una ciega e inexorable política penal de inútil y desproporcionado rigor, que sólo se sustenta en la <<ira>> de la ley y la <<ejemplaridad>> del castigo. En momentos de crisis, todo Código penal corre el peligro de cumplir más una función <<simbólica>> que <<instrumental>>: en lugar de reflejar y exteriorizar el consenso social cuya tutela le legitima, termina siendo un sutil e impropio mecanismo para recabarlo, para concitarlo” (2009, p. 148-149).

7. El Derecho penal y su óptica valorativa y finalista

De conformidad con el “principio de mínima intervención, se establece que al Derecho penal sólo le corresponde acoger parcelas del

injusto general, discriminando y escogiendo teleológica y valorativamente su objeto de protección jurídica en relación a los derechos de mayor importancia social, a los que determina y unge como bienes jurídicamente protegidos, por tanto, se asigna al Derecho penal una doble finalidad preventiva y protectora". "En toda sociedad existen pautas, valores y vehículos para perseguirlas, que forman parte de la conciencia jurídica ciudadana ya arraigados, por ejemplo: fidelidad, respeto, obediencia, vida y trabajo. Objetivo del Derecho penal es, entonces, proteger ese conjunto esencial de valores, por ejemplo, prohibiendo su desconocimiento y sancionando a quien lo viola. Antes que vigilar la integridad de los bienes jurídicos legalizados, corresponde al Derecho penal velar por la incolumidad de la conciencia jurídica comunitaria" (Pérez Pinzón 2005, p. 181).

Es así que desde la óptica que aporta la realidad política contemporánea, el marco referencial para la vigencia del sistema penal, surge y se correlaciona necesaria y directamente con la específica "visión y contenidos del modelo de Estado democrático, del respeto al hombre y a sus derechos fundamentales, de la coexistencia del pluralismo étnico y cultural de la nación, etc."; pues "no cabe duda que los valores del sistema político constitucional y la vida social nacional, son los fundamentos que determinan "el marco de valores propios para el sistema punitivo".

Por otro lado el Derecho penal es también finalista, pues es de apreciarse que su sistemática "está encaminada a la tutela de aquellos intereses socialmente prevalentes, sea de naturaleza particular o concerniente a las instituciones o al Estado". De específica forma, la protección que el sistema punitivo asegura a estos derechos fundamentales que son los bienes jurídicos, tiene como objeto el asegurar a las personas en particular y a la comunidad en general, las condiciones necesarias y fundamentales para la convivencia pacífica, igualitaria y con dignidad.

"El carácter finalista del sistema penal conlleva de la misma forma la seguridad de las garantías mínimas que tiene la persona vinculada al proceso penal; y precisamente el Derecho penal objetivo se identifica

también como un límite de contención al uso desbordado del poder punitivo, así como un marco de seguridad que debe observar el operador jurídico del sistema penal” (Gómez López, Jesús 2001, p. 103).

8. El Derecho penal y su carácter represivo y preventivo

La doctrina en general es unánime al establecer que, como característica principal, el Derecho penal fundamenta y consagra su “obligatoriedad” en la amenaza de “las sanciones que contiene”. Por lo dicho se puede afirmar que el Derecho penal, que históricamente subsiste como derecho punitivo, no ha perdido su “carácter sancionatorio”. “No obstante ello, modernamente ya no es concebido como pura reacción punitiva-vindictiva, sino que desde la perspectiva de una connotación eminentemente <<motivacional>>, se le asigna una doble finalidad preventivo-protectora, que actualmente denota su humanización y caracteriza al Estado social y democrático de derecho. Es justamente por ello que el artículo I del Título Preliminar de nuestro Código penal, establece que las normas punitivas tienen como objeto la <<prevención de delitos y faltas como medio protector de la persona humana y de la sociedad>>” (Ferre Olive 2010, p. 91).

“Por ello, y para justificar y legitimar la función de tutela y protección de la sociedad, asignada al Derecho Penal, éste ha de propender la protección de aquellos intereses sociales fundamentales, que por su importancia deban merecer la protección punitiva. Se trata de la protección de los denominados <<bienes jurídicos>>. Pero además de ello, para que el Derecho penal pueda intervenir, con sus graves consecuencias, en la solución o manejo de los conflictos sociales, ha de ser absolutamente imprescindible, <<necesario>>, puesto que de otra manera la pena constituiría una lesión inútil de derechos fundamentales” (Loc. cit.).

Así, “el Derecho Penal tiene una función represiva en tanto interviene para reprimir o sancionar el delito ya cometido. Pero esta función represiva va siempre acompañada de una función preventiva, pues con el castigo del delito se pretende, al mismo tiempo, impedir también que en el futuro se cometa por otros o por el mismo delincuente”. “Las carencias propias de nuestro sistema penal, la crisis de valores, la ausencia de un Derecho penal específico para jóvenes delincuentes y la antitécnica y facilista costumbre de sobre criminalizar conductas, propiciando la agravación indiscriminada de la pena como prácticamente única respuesta al fenómeno delincencial, se constituyen en los obstáculos principales de nuestro sistema punitivo para llevar a cabo una buena función preventiva” (Quintero Olivares 2000, p. 41).

“La represión punitiva debe ajustarse también a la exigencia de proporcionalidad abstracta entre la gravedad del delito y la gravedad de la pena, con la que el mismo se conmina y la exigencia de proporcionalidad concreta entre la pena aplicada al autor y la gravedad del hecho cometido. El principio de proporcionalidad, en sentido estricto, obliga a ponderar la gravedad de la conducta, el objeto de tutela y la consecuencia jurídica; en nuestro sistema se encuentra expresado sustantivamente en el Artículo VIII del T. P. del Código penal, que establece que <<la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho>> (con la excepción expresada en la misma norma, en el sentido que lo preceptuado no rige en caso de reincidencia ni de habitualidad del agente en el delito)” (Hugo Vizcardo 2016, p. 207).

“Por otro lado y como misión atribuida por el Estado, corresponde al Derecho penal proteger la convivencia humana en sociedad. Dado que el orden social no puede asegurar por sí solo la convivencia humana en la comunidad, requiere completarse, perfeccionarse y reforzarse por medio del orden jurídico” (Cfme. Bajo Fernández 2015, p. 37).

“El poder punitivo del Estado no puede ser utilizado de cualquier forma y medida para proteger la convivencia humana en la

sociedad. El Derecho Penal debe, ciertamente, contribuir a superar el caos en el mundo y a contener la arbitrariedad de los hombres por medio de una consciente limitación de su libertad; pero sólo puede hacerlo de forma compatible con el nivel cultural general de la Nación". "El Derecho Penal sólo puede asegurar la protección de la sociedad garantizando la paz pública, respetando la libertad de actuación del individuo, a la vez que defendiéndola de la violencia ilegítima, y actuando con arreglo al principio de justicia distributiva (iustitia distributiva) en caso de infracciones importantes" ("Jescheck 1981, p. 5").

"En tal perspectiva el Derecho Penal únicamente puede imponer limitaciones cuando ello resulte absolutamente indispensable para la protección de la sociedad, en cuyo caso la norma penal se constituye en la <<ultima ratio>> que como herramienta corresponde utilizar al Estado mediante el legislador. Al mismo tiempo, con la evitación de graves arbitrariedades, ha de procurar al individuo una esfera dentro de la cual pueda decidir con libertad y realizar sus decisiones según su criterio". (Loc. cit.) "El Derecho penal no sólo limita, pues, la libertad, sino que también crea libertad".

9. La imputación penal: El encuadramiento típico

La imputación penal es uno de los aspectos mas relevantes en el desarrollo de la actividad punitiva del Estado, requiere una labor de "encuadramiento típico", sumamente delicada y fundamentalmente garantista. Mediante la imputación se enrostra al delincuente por el delito cometido y se estructura el andamiaje de la actividad persecutoria.

Como lo establece "Peña Cabrera Freyre", "es sabido que a través de la imputación, al inculpado se le atribuye haber perpetrado un hecho punible, una conducta revestida de delictuosidad, por haber – aparentemente-, lesionado y/o puesto en peligro un bien jurídico –

penalmente tutelado-, esto quiere decir, que el primer examen que debe realizar el operador jurídico, es si la descripción fáctica que constituye el soporte de la denuncia, se adecúa formalmente a los contornos típicos de la figura delictiva en cuestión” (“2014, T. I, p. 159”). Precisa asimismo el referido autor, que “en palabras de Bacigalupo, la comprobación de la subsunción típica de los hechos relatados en la denuncia o querrela es, en principio, una operación abstracta, es decir, que no requiere verificar si los hechos realmente han ocurrido o no. Dicho de otra manera, el derecho a la presunción de inocencia exige que antes de comenzar la instrucción respecto de los hechos se practique necesariamente una verificación seria y cuidadosa de la tipicidad de los mismos”. (Loc. Cit.)

En este sentido, “Oré Guardia” afirma que “en el sistema nuestro se apunta a que la imputación sea concreta, por lo que se exige el máximo esfuerzo para definir ex ante los contornos de la tipicidad de la conducta del imputado, de tal manera que en la práctica se produce una suerte de adelantamiento de la futura tipicidad; nos está pidiendo que se determine en el momento postulatorio del proceso, la responsabilidad o irresponsabilidad penal del imputado, sino el delito y los hechos por los cuales será procesado a lo largo de todo el proceso penal” (“2011, p. 120”).

Desde una perspectiva semántica, “imputar” significa “atribuir la realización de una conducta delictiva a una persona”. En otras palabras, “imputar” es “dar sentido”, y en su caso, significado al comportamiento realizado por un sujeto. Así, la “imputación es necesaria cuando se comunica al imputado que el hecho descrito de modo suficiente por la autoridad se adecua a lo estipulado en el tipo penal objeto de incriminación y le es atribuible en calidad de autor o partícipe, fundado en elementos de convicción que así lo respalde”. Al respecto, la “STC N° 03987-2010-PHC/TC” ha señalado que: “En resumen el derecho a ser informado de la imputación tiene tres elementos configuradores: i) La existencia de un hecho concreto y específico o la apariencia verosímil del mismo (STC N° 8125-2005-PHC/TC); ii) La calificación jurídica (STC N° 06079-2008-PHC/TC); iii)

La existencia de evidencia o de medios de convicción (STC N° 5325-2006-PHC/TC; 9544-2006-PHC/TC)".

En razón a ello, no cabe duda que se le asigna al "principio de legalidad" una fundamental y primerísima función, ya que como "postulado fundamental del Derecho penal moderno", constituye entre los demás derechos punitivos fundamentales, una de las garantías de mayor relevancia histórica. De esta manera "el principio de legalidad, como conquista humana, es fruto de la ilustración; en ella encuentra su fundamento político que se materializará con la implantación del Estado surgido de la Revolución Francesa. Por eso, inicialmente es garantía del ciudadano frente al Estado; en ese sentido, originariamente la reivindicación legalista aparece como expresión de una oposición al denominado antiguo régimen, con su tantas veces explicada carga de arbitrariedad, abusos penales, etc." ("Quintero Olivares y otros 2000, p. 266"). De acuerdo al mandato Constitucional: "Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionada con pena no prevista en la ley (artículo 2, Inc. 24, literal d). En igual sentido, el artículo II, del Título Preliminar de nuestro Código penal, establece que: "Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella".

Indica Mir Puig que "en su sentido contemporáneo el principio de legalidad se derivó en un principio de la teoría ilustrada del contrato social, y presupone una organización política basada en la división de poderes, en la que la ley fuese competencia exclusiva de los representantes del pueblo. El ciudadano sólo admite el paso del estado de naturaleza al estado civil en virtud de un pacto -contrato social- en el que asegura su participación y control de la vida política de la comunidad" ("1996, p. 275"). "Una de las principales características del principio de legalidad es el de orientarse a crear seguridad jurídica, más aún si se la entiende como un valor y fin del orden jurídico referido a la realización de una función de organización y de

una función de realización. La primera función se vincula a la ventaja que ofrece a los ciudadanos y la otra a los requerimientos que impone a los tribunales de justicia. La seguridad jurídica se opone a la incertidumbre, al azar, a la arbitrariedad y al desamparo respecto de una situación jurídica dada, que en materia penal viene representada por la comisión de un ilícito” (“Urquiza Olaechea 2000, p. 35”).

No cabe duda en consecuencia que hoy en día, el “principio de legalidad” se constituye también en “postulado de garantía”, ya que como bien apunta Quintero Olivares, “no es sólo una exigencia de seguridad jurídica, que determina la posibilidad del conocimiento previo de los delitos y las penas, sino además la garantía política de que el ciudadano no podrá verse sometido por parte del Estado ni de los jueces a penas que no admita el pueblo. Exige la necesidad de fijar, en cada estructuración típica, todos los elementos que deben acompañar al comportamiento punible. Así, el tipo debe establecer nítidamente los sujetos activos y pasivos, la acción u omisión, el objeto jurídico y los aspectos materiales y subjetivos (lex stricta). Así, el postulado nullum crimen nulla poena sine lege, pasó a constituirse en el más importante componente de la perspectiva formal del Estado democrático de derecho y a inspirar las legislaciones más vanguardistas y consideradas democráticas” (2000, p. 71).

“CAPITULO II”

“EL DERECHO PENAL Y LA PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUAL”

1. Violación: Antecedentes históricos

Históricamente “la violación”, siempre ha sido comprendida como una execrable conducta trasgresora, que involucra y comprende el “acceso carnal” realizada “contra la voluntad de la víctima agraviada”, que siempre ha merecido “el repudio social y el reproche legal”. Desde la perspectiva de la evolución histórica, es posible apreciar que las legislaciones más antiguas, se ocuparon de su punición, con la aplicación de severísimas penas, que iban desde el destierro, la tortura, la mutilación e incluso la muerte. Apreciamos así que en la Babilonia antigua, el “Código de Hammurabi” sancionaba “draconianamente” la violación, que en esos tiempos fue considerada como una conducta sumamente reprochable y considerada agravada, puesto que agraviaba no solo a la víctima de forma directa, sino que su efecto nocivo se “proyectaba” también al conglomerado social. En igual sentido, la historia nos muestra que en tiempos antiguos, primaban “criterios místicos y de completa sujeción a la divinidad”, que eran manifestaciones muy propias de la época, por lo que “la violación” era entendida incluso como una “conducta que agraviaba a los mismos dioses”, por lo que en general se castigaba este hecho con la “pena de muerte” (“el garrote y el ahorcamiento público fueron muy comunes para efectivizar el castigo”).

Al respecto de lo dicho, apreciamos en el recuento histórico, que “el ‘derecho hebreo’ era mucho más ‘drástico’, pues contenía penas verdaderamente sanguinarias y absolutamente ‘desproporcionadas’. En dicha legislación se extendían los efectos de la responsabilidad, incluso a terceros que no participaron en el acto de violación. Se llegaba inclusive al extremo de sancionar con la “muerte” al violador, haciendo extensiva dicha pena incluso hasta a sus familiares más cercanos. En Roma, encontramos que conforme a lo normado en el ‘Digesto’ (Ley V, Título VI), se castigaba hasta con la pena de muerte, a los que con la intención de violación, ejercían violencia para lograr el ‘acceso sexual o carnal’, no interesando la condición del estado civil de casada o soltera de la víctima. Por otro lado, la violación fue conocida en el Derecho Romano como el nombre de estupro violento’ (‘stuprum violentum’). El Derecho Canónico sancionaba también la violación, introduciendo una rara forma de discriminar la imposición de la pena a

imponerse. De esta manera, la pena de muerte se imponía en cuanto la violación se realizaba sobre una mujer, con respecto de la cual se mancillaba su 'virginidad' produciéndose su 'desfloración'. Pero, curiosamente, si la violación se producía sobre una mujer que ya no tenía la condición de virgen, la pena a ejecutarse se hacía más leve.

“Observamos, de acuerdo a lo que la historia muestra, que la violación siempre ha sido objeto del más profundo reproche, siendo que en la antigüedad, así como en la edad media (e incluso muy adentrada la edad moderna), la respuesta punitiva era fundamentalmente la pena de muerte. En España, el Fuero Juzgo castigaba al noble con 100 azotes y al siervo a morir quemado en caso de ser autores de violación. El Fuero Viejo de Castilla sancionaba con pena de muerte a quien forzara a una mujer, fuera o no virgen. También las partidas amenazaban con pena de muerte al hombre que robara a una mujer viuda de buena fama, virgen, casada o religiosa o yaciere con alguna de ellas por fuerza” (Fontán Balestra 1994. p. 59).

“En el incanato, la violación se sancionaba de distintas formas, como por ejemplo, la expulsión del pueblo, el linchamiento, entre otras y sólo se aplicaba la pena de muerte para los reincidentes. Durante la época colonial, en el Perú tuvo vigencia la legislación ibérica de la época, que se aplicó de manera absolutista y discriminatoria (la cifra negra de la criminalidad aumenta ostensiblemente debido al abuso y flagelo de los cuales eran víctimas nuestros indígenas)” (García del Río 2004, p. 5). En nuestro país, durante la república, el C.P. de 1863, tipificaba en su “Libro Segundo”, “Sección Octava” (“De los delitos contra la honestidad”), Título II, los “delitos de violación, estupro, raptó y otros delitos”, disponiendo que: “El que viole á una muger empleando fuerza ó violencia, ó privándola del uso de los sentidos con narcóticos ú otros medios, sufrirá penitenciaría en primer grado [...]. En la misma pena incurrirá el que viole á una vírgen impuber, aunque sea con su consentimiento; ó á una muger casada haciéndole creer que es su marido” (art. 269).

Nuestro C.P. de 1924, tipificaba lo que históricamente fueron denominados: “delitos contra la libertad y el honor sexuales”, dentro del contexto típico genérico de los “delitos contra las buenas costumbres”, “los cuales se ubican a su vez en el Título I de la Sección Tercera, del Libro Segundo de dicho cuerpo normativo”. “Por su parte, el legislador de 1991, quita de la tipicidad todo tipo de referencia o exigencia de orden moral o ético, circunscribiendo la violación como atentatorio de la libertad sexual” (“Su tratamiento actual se sitúa en el Libro Segundo, Título IV, bajo el membrete genérico de ‘delitos contra la libertad’, Capítulo IX: violación de la libertad sexual”).

2. “Concepto de violación”

En su concepto más generalizado, “la violación puede definirse como la conducta consistente en tener acceso carnal violento o con víctima a la que la ley penal considera incapacitada para consentir sexualmente” (Tiegui 1983, p. 166). En un sentido de connotación más amplia, nos dice Lama Martínez, “la violación puede conceptuarse como el acceso carnal obtenido o procurado mediando violencia o sin el consentimiento de la víctima. Al decir ‘sin consentimiento de la víctima’, la doctrina pretende comprender todas las hipótesis conductuales en las cuales la ley penal presupone *juris et de jure* la incapacidad absoluta de consentir (los menores de cierta edad); y también aquellas otras en las que la víctima se encontraba incapacitada, por su estado mental, de dar razonadamente tal consentimiento o psicofísicamente imposibilitada para resistir” (2003, p. 27).

Ahora bien, teniendo en consideración nuestra realidad normativa y de conformidad con la “modificación legislativa, introducida mediante Ley 28251” (8 de junio de 2004), “se entiende por violación el acceso carnal, no deseado, no permitido o imposible de tenerse por aceptado, sea por vía vaginal, anal o bucal o realizado mediante otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras

vías”. Teniendo como punto de partida tal “concepto genérico de violación”, podemos identificar válidamente una clasificación sistemática de las diversas conductas típicas que integran el “catálogo delictivo de la violación”. De esta manera, si es el caso de menores o adultos “imposibilitados de consentir”, cobran vigencia las denominadas “modalidades de violación presunta”. Por otro lado, si tal acceso carnal se logra instrumentalizando el engaño, tenemos el delito de “seducción”. Así también complementan esta “estructura” las modalidades en las que el agente “utiliza violencia o grave amenaza, para obligar el acceso carnal”.

3. “El bien jurídico protegido: Evolución”

Es de apreciarse, como así lo demuestra nuestra evolución histórica con respecto a los “atentados contra la sexualidad”, que nuestro sistema se basa en una extensa y “arraigada tradición moralista”, que se extiende incluso hasta nuestra “época colonial”. Así, “conforme lo indica el profesor “José Hurtado Pozo”, se aprecia un marcado sistema estratificado, dependiente de una concepción religiosa y moral discriminadora de la mujer” (2000, p. 23). “El Código penal de Santa Cruz, vigente en el Estado Sud-Peruano de la confederación Peruano-Boliviana (1836-1838), influenciado principalmente por el C.P español de 1822, el Código Napoleónico de 1810 y el derecho histórico español implemento ‘un sistema normativo de gran contenido moral’, que a decir de “Caro Coria y San Martín Castro”, “determinó la presencia de un catálogo de moralidad sexual donde sólo el hombre podía realizar los comportamientos punibles de ‘abusos deshonestos’, teniendo como víctima principalmente a la mujer, sólo el varón menor de edad (impúber) podía ser objeto de delito sexual” (2000, p. 59).

A esta tradición evidentemente desigualitaria, se añadió la de ofrecer mayor protección a la mujer “honesta” frente a la “pública conocida por tal”, dada la “desaprobación social (moral) de su conducta pública”. Se sancionaba, por ejemplo, “el abuso de una mujer honesta (previéndose

como circunstancia atenuante que la violentada fuere mujer pública, conocida por tal” <Art. 421>), la “seducción con cópula carnal de una mujer honesta mayor de la edad de la pubertad y menor de 17 años” (“Art. 422”), “el abuso deshonesto de una mujer no ramera, conocida como tal mediante matrimonio fingido, previéndose como especial atenuante si fuere mujer pública conocida como tal” (Art. 568), entre otras “conductas típicas”.

“El Código penal de 1863 tipificaba, en su Libro Segundo, Sección Octava (De los delitos contra la honestidad), Título II, los delitos de ‘violación, estupro, rapto y otros delitos’, disponiendo que: El que viole á una muger empleando fuerza ó violencia, ó privándola del uso de los sentidos con narcóticos ú otros medios, sufrirá penitenciaría en primer grado [...]. “En la misma pena incurrirá el que viole á una vírgen impuber, aunque sea con su consentimiento; ó á una muger casada haciéndole creer que es su marido” (Art. 269). Es de apreciarse, del contenido normativo de este código, que el legislador de la época, influenciado todavía por la legislación y doctrina ibérica, mantuvo en sus disposiciones un marcado contenido moralista”, y como bien aprecian “Caro Coria y San Martín Castro”, “la discriminatoria concepción unilateral de la agresión sexual (hombre-autor vs. Mujer-víctima, salvo en el delito de sodomía)” (Ob. cit. p. 60).

Asimismo, “aunque se dejó de lado la diferencia entre ‘mujer honesta’ y ‘mujer pública’, con mayor casuística se condicionó el grado de tutela según la mujer fuera ‘virgen’, ‘doncella’, ‘casada’ o ‘viuda, ‘honestas’. Ello se aprecia en la definición de los comportamientos punibles, al sancionar por ejemplo la violación de una virgen impúber (aún con su consentimiento), o a una mujer casada fingiendo el autor ser su marido (Art. 269), el estupro de una virgen mayor de 12 y menor de 21 años, mediante la seducción (Art. 270), o la sodomía (Art. 272)”.

“El Código penal de 1924, denota un evidente alejamiento de la fuente española, ya que era evidente la influencia helvética que nutria sus fundamentos normativos (El profesor Hurtado Pozo, en su libro ‘ley Importada’, denota la influencia que el Código Maurtua recibió del Proyecto

Suizo de 1918). Este Código histórico recogía los así llamados ‘delitos contra la libertad y el honor sexuales’, dentro de la rúbrica genérica de los ‘delitos contra las buenas costumbres’, los cuales fueron ubicados a su vez en el Título I de la Sección Tercera del Libro Segundo de dicho texto punitivo. Este cuerpo normativo penal tampoco logró sacudirse completamente del contenido moralista que siempre caracterizó a los delitos sexuales. Ello se aprecia desde la perspectiva misma del nomen iuris utilizado: ‘Delitos contra la libertad y el honor sexuales’. Se hacía referencia indicativamente también a los conceptos de ‘buenas costumbres, ‘conducta irreprochable’, etc. Asimismo, no se consideraba como sujeto pasivo del delito ni a la mujer casada dentro del matrimonio, ni al varón”.

“Por su parte, el legislador patrio de 1991, con evidente influencia del Código de Maurtua (1924), que al final su fuente directa, y por tanto, de manera indirecta, el proyecto Suizo de 1918, ‘se preocupa en quitar de la tipicidad todo tipo de referencia o exigencia de orden moral o ético, circunscribiendo la violación como atentatorio de la libertad sexual’ (Su tratamiento actual se sitúa en el Libro Segundo, Título IV, bajo el membrete genérico de ‘delitos contra la libertad’, Capítulo IX “violación de la libertad sexual’. No obstante, una visión general a los delitos sexuales, permite apreciar cierto rezago de ‘fundamentos moralizadores’, como cuando se utilizan las expresiones: seducción (Art. 181), ofensas al pudor público (Capítulo XI), obsceno (Art. 183), pudor (Art. 183), etc”.

De esta manera, nuestro sistema penal vigente, sitúa como “objeto jurídico de protección”, a la “libertad sexual”, “pero esta noción queda todavía corta de cara a la amplitud del contenido normativo protector, ya que no comprendería in extensu, la protección de la indemnidad o incolumidad sexual” (Hugo Vizcardo 2018, p. 63).

4. Libertad e indemnidad sexuales: Conceptualización

Es de apreciarse que “tanto en la doctrina como en la legislación, ha quedado suficientemente establecido, que el objeto de tutela penal en los atentados contra la sexualidad, corresponde a la preservación de la intangibilidad de un atributo personalísimo como lo es la libertad sexual. El análisis del objeto de tutela, a esta época, carece de mayor complejidad tanto por la superación de criterios de antaño, vagos e imprecisos, que presididos por un fuerte contenido moralizador (sentimiento de decencia y moralidad, inviolabilidad carnal, honestidad, ofensa al honor sexual, etc.), no alcanzaron a desentrañar la genuina protección de esta importante parcela de la libertad individual, como por el carácter inconfundible del bien que hoy se resguarda en este arquetipo de conductas: la libertad sexual, entendida como la capacidad de actuación que le asiste al individuo con el solo imperio de su voluntad de disponer ante sí y frente a los demás integrantes de la comunidad de su propio sexo con libertad de elegir, aceptar o rechazar las pretensiones que se produzcan en la esfera de su sexualidad” (Hugo Vizcardo 2018, p. 63 – 64).

En tal sentido, se advierte que la esencia de este “atributo de tan importante realización personal” se centra en la facultad que tiene cada individuo de poder “decidir, soberanamente”, sobre la realización o en su caso, sobre la “tolerancia de sus funciones venéreas”, conforme a su propia y personal decisión valorativa, acerca de la posibilidad de rechazar o no, todo tipo de “actos de injerencia ajena”, que evidencien “supuestos de violencia o intimidación externa”, que comprometan sus “atributos y potencialidades sexuales” y se comprometa “el libre ejercicio de su autonomía individual y su propia capacidad de decisión”.

Es así que resulta comprensible que el sistema penal cuide de no “entrometerse en estadios tan íntimos de la personalidad del individuo como son los que atañen al sexo y a su dinámica”. De esta manera, el Derecho penal explícitamente se “desentiende” de la opción que se le reconoce al individuo, considerando su libre facultad de decidir de “hacer o no uso de las atribuciones que corresponden a su ámbito sexual”. La “autodeterminación” de poder decidir y “elegir” el contenido de su actividad sexual, el destinatario

de tal función y las preferencias de su intimidad, son “facetas plenas y subjetivas de la persona”, que no deben tener significancia ni relevancia penal, mientras que no se afecten o menoscaben tal derecho fundamental.

Sin duda, refiere “Díez Ripollés, “la libertad sexual se ha consolidado como el objeto de protección que justifica las investigaciones jurídico penales en las prácticas sexuales de los ciudadanos. Con su tutela no se aspira simplemente a garantizar a toda aquella persona que posea la capacidad de autodeterminación sexual su efectivo ejercicio, sino que el objetivo es más ambicioso: se quiere asegurar que los comportamientos sexuales en nuestra sociedad tengan siempre lugar en condiciones de libertad individual de los partícipes o, más brevemente, se interviene con la pretensión de que toda persona ejerza la actividad sexual en libertad. Ello explica que no haya obstáculo en hablar de que el Derecho penal tutela también la libertad sexual de aquellos individuos que no están transitoriamente en condiciones de ejercerla, por la vía de interdecir los contactos sexuales con ellos. En suma, pasan a ser objeto de atención del Derecho penal todas aquellas conductas que involucren a otras personas en acciones sexuales sin su voluntad” (1999. p. 217-218).

“Es pues, la libertad sexual individual, como se ha señalado por todos los autores que se han ocupado repetidamente de la materia, el bien o interés que se ha de adecuar a la protección del delito en estudio. En definitiva, respeta y preserva el legislador el derecho que tiene el ser humano de copular o de agotar las formas imaginables del placer erótico con la persona que su voluntad señale, el de negarse a ejecutar las funciones de su sexo con quien no fuera de su agrado y aún, el de prescindir en términos absolutos de toda actividad genésica” (Hugo Vizcardo 2018, p. 65). A decir de Jorge E. Buompadre, “la integridad sexual como bien jurídico penalmente protegido, importa un segmento de un bien más general: la libertad personal, entendida en su realización específica como el derecho de todo individuo a ejercer libremente su sexualidad o no verse involucrado sin su consentimiento en una relación sexual. Así, la libertad sexual se manifiesta como el derecho de toda persona a su autorrealización o autodeterminación

en el ámbito de su sexualidad. La libertad sexual se ve amenazada en el preciso momento en que un tercero involucra a otra persona en un contexto sexual sin su consentimiento” (2014. p. 369).

Así, de esta manera, podemos identificar que en este contexto, surgen como “aspectos integrantes” del bien jurídico objeto de protección, “elementos positivos y negativos”. “Así, desde la perspectiva positiva, la libertad sexual posee un sentido dinámico, que asegura la libre disposición de la sexualidad sin mayor limitación que el derecho ajeno (en cuanto a la elección de la pareja y el tipo de relación). En su acepción negativa, la libertad sexual asume una posición pasiva, que determina la posibilidad de poder rechazar proposiciones no deseadas respecto a la realización de ciertos actos de naturaleza sexual o a la asunción de una clase de relación sexual. La libertad sexual en sentido negativo se vincula con la facultad de rechazar toda agresión o comportamiento, o con el consentimiento inválido o viciado, a otro en un contexto sexual determinando que no se desea” (“Castillo Alva 2002, p. 26”).

“La libertad sexual se configura como una concreción de libertad personal, autonomizada a partir de la variable atinente a la esfera social en la que se desenvuelve, la propia de los comportamientos sexuales. El concepto de libertad sexual propuesto es coherente con la idea, plenamente asentada, de que los bienes jurídicos protegen situaciones o relaciones de la realidad social, y no meros derechos o facultades subjetivos o, dicho de otro modo, intereses sociales y no simples pretensiones subjetivas” (Morales Prats – García Alberó 1996, p. 228).

Observamos de esta manera, que la “elección” de la “libertad sexual como objeto de tutela del Derecho penal sexual”, se “relaciona” con una “determinada percepción” de lo que se entiende como la “realización sexual en la vida humana” y de la “función que le corresponde desempeñar al Derecho penal en este contexto”. En el “primer sentido”, se consigue esta percepción sobre una base valorativa específica y claramente definida de la “sexualidad”, que se adquiere por constituir ello una de las “dimensiones

vitales”, íntimamente relacionadas con los “planteamientos de auto-realización personal del individuo”. Este contexto valorativo determina el acerto, de que no ha de ser extraño que el Derecho penal, que como ya dijimos, debe ser considerado “garantista y protector”, que ha de tener como misión, entre otros, “la protección del libre desarrollo de la personalidad”, tenga como objetivo predeterminado, “reaccionar punitivamente”, contra aquellos actos que afecten la libertad de la decisión de la persona a la “realización libre del ejercicio de su sexualidad”.

“Pero, conforme a las ideas formuladas originariamente por la doctrina italiana y desarrollada posteriormente por algunos autores españoles, en determinadas hipótesis de los delitos sexuales no pueden afirmarse que se proteja la libertad sexual en cuanto que la víctima carece de esa libertad o, aún si fácticamente la tuviera, se considera por el legislador irrelevante. Estiman estos autores que la libertad sexual presupone, ‘libertad valorativa’ que es, la capacidad cognoscitiva y volitiva en el sujeto pasivo, capacidad referida al significado y trascendencia del acto sexual y del consentimiento que eventualmente pueda prestar a él. De ello deriva que, donde falte esa capacidad, faltará también la libertad sexual que, por tanto, no podrá ser violada ni menoscabada” (Hugo Vizcardo 2018, p. 66).

Por el término “libertad sexual”, nos refiere “Diez Ripollés”, “se entiende aquél bien jurídico por el cual toda persona ejerce la actividad sexual en libertad, es decir, la autonomía del desenvolvimiento en el ámbito de su sexualidad, pero como ha quedado anotado, es de apreciarse que existen personas que aún no pueden hacer empleo de dicha libertad de ejercicio de la actividad sexual, o si ostentándola de hecho, el legislador ha preferido prohibirla” (1985, p. 52).

En tal sentido, tenemos los supuestos delictivos de “naturaleza sexual” contra menores (“generalmente de 14 años”), en cuyos casos, no obstante que estos puedan brindar algún tipo de aceptación, ello no tiene relevancia ni validez jurídica alguna; o cuando la víctima pueda estar privada de razón, y en razón de ello le es imposible comprender la naturaleza del

acto el carácter sexual al que se enfrenta, no se presentará por consiguiente libertad sexual alguna.

En efecto, en estos específicos supuestos no se puede decir que se proteja la “libertad sexual”, sino que en estos supuestos especiales, se tendrá que hacer referencia al concepto de “indemnidad o intangibilidad sexual”, como “bienes jurídicos objeto de tutela penal”, de aquellos que aún no pueden “ejercer su sexualidad en forma libre”, pero que a futuro si lo podrían hacer (“sea el caso de menores o de adultos o de incapaces mentales”), por ello, el Estado debe constituirse como celoso guardián de la protección de su sexualidad, con la finalidad de “evitar que sean manipulados o sometidos a abusos, atentando de esa forma su normal y pleno desarrollo sexual”. En esta consideración, que “Bramont Arias Torres y García Cantizano” señalan que “hay comportamientos dentro de la categoría de los delitos sexuales en los que no puede afirmarse que se proteja la libertad sexual, en la medida en que la víctima carece de esta libertad, o aún si la tuviera fácticamente, ha sido considerada irrelevante” (2004, p. 43).

Así, a esta altura de lo dicho, queda claramente conceptualizado que la “indemnidad sexual” corresponde a un “derecho prevalente”, que se atribuye a favor de los menores, en salvaguarda de la protección de la intangibilidad que el Estado debe “brindar a una esperanza o expectativa a futuro, de la posibilidad que ellos deben tener de un normal ejercicio de su sexualidad”; “derecho ‘espectacioso’ que se vería afectado por conductas, violentas o no, que tergiversen la noción que a futuro debería tener los menores de su propia sexualidad, sometiéndolo a contactos sexuales que su propia razón no está en la posibilidad de entender con plenitud”. (2018, p. 64)

Surge así pues, la “necesidad de un control penal efectivo, que proscriba decididamente las tratativas sexuales, incluso las que puedan ser permitidas por los menores, asegurándoles la protección de la intangibilidad sexual, que por derecho les corresponde, surgiendo así en la doctrina, el concepto de ‘violación presunta’, en cuyo caso se entiende que por el

escaso desarrollo psico-físico, que presentan los menores de corta edad, lo que ha de presumirse es la violentación de su indemnidad sexual”. (Loc. cit.)

5. “Marco de protección jurídico-penal”

En nuestra sistemática punitiva, se asegura la protección de la “libertad sexual e indemnidad sexual”, en las normas contenidos en el “Capítulo IX” (“Violación de la libertad sexual”), Título IV (“Delitos contra la libertad”), del “Libro Segundo” (“Parte Especial”), de nuestro “Código Penal”:

“Violación sexual”	Art. 170
“Violación de persona en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir”	Art. 171
“Violación de persona en incapacidad de dar su Libre consentimiento”.....	Art. 172
“Violación sexual de menor”	Art. 173
“Violación sexual de menor seguida de muerte o lesión grave”....	Art. 173-A
“Violación de persona bajo autoridad o vigilancia”.....	Art.174
“Violación sexual mediante engaño”.....	Art.175
“Actos de connotación sexual o libidinosos sin consentimiento”.....	Art.176“
Actos de connotaciones sexuales o libidinosas sin consentimiento en agravio de menores”	Art. 176- A

“Acoso sexual”	Art. 176-B
“Chantaje sexual”	Art. 176-C
“Formas agravadas”	Art. 177
“Responsabilidad especial”.....	Art. 178
“Tratamiento terapéutico”	Art. 178-A

En tal sentido, podemos sistematizar el estudio de estos comportamientos delictivos, atendiendo a la siguiente clasificación:

- 1) “Violación sexual: Su forma básica y modalidades agravadas”.
- 2) “Violación de menores: Su forma básica y modalidades agravadas”.
- 3) “Violación sexual en incapacidad o imposibilidad de resistir”.
- 4) “Violación con abuso de autoridad o vigilancia”.
- 5) “Violación sexual mediante engaño”.
- 6) “Atentados contra el pudor de adultos y menores”.
- 7) “Obligación alimentaria y sometimiento a tratamiento terapéutico”.

6. “El abuso sexual como manifestación de la violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar”

A esta altura de la realización social nuestra,” la violencia contra la mujer es esencialmente una violación a los derechos humanos, que se caracteriza por ser altamente extendida y sistemática”. De acuerdo con la “Organización de las Naciones Unidas” (ONU): “es una práctica que afecta a todas las sociedades en el mundo y constituye uno de los principales obstáculos para lograr la equidad de género, no distingue límites de edad, nivel socioeconómico, educación o religión. Es todo acto de violencia sexual

que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada, e incluida la violencia doméstica, los delitos cometidos por cuestiones de honor, los crímenes pasionales, las prácticas tradicionales nocivas para la mujer, incluida la mutilación genital femenina y el matrimonio forzado” (Asamblea General ONU, 2006).

“De esta manera, podemos entender la violencia contra la mujer como una forma de discriminación que impide a las mujeres alcanzar su pleno desarrollo personal, económico y social, que además ha perjudicado durante generaciones a un sinnúmero de familias y comunidades al propiciar y reforzar otras formas de violencia en la sociedad” (ONU, 2006), al entenderse también como problema social, este tipo de extrema violencia ha pasado preocupantemente del plano privado al público; y en ese sentido, los Estados lo han asumido como una responsabilidad social, de justicia y de salud pública”.

“La violencia en sociedad es la utilización de la fuerza por un individuo o grupo, institucionalizada o no, ejercida para someter a otro individuo o grupo, eliminando su libre consentimiento si hubiere resistencia y/o induciéndolo a comportamientos no personalmente elegidos. La violencia en sociedad, por lo tanto, es producida y soportada por los seres humanos dentro de una organización social específica” (Cit. “Escuela de investigación del tráfico ilícito de drogas 2001, p. 38”).

En igual sentido, cabe citar la conceptualización consignada por la “Comisión Nacional Permanente de Educación para la Paz (CPEP 1989)”, según la cual “la violencia es el uso abierto de la fuerza, con el fin de obtener de un individuo o grupo (social, económico, político, cultural, familiar, nacional) algo en lo que éste no quiere consentir libremente”. Además, el texto agrega que “el uso de la fuerza de unas personas o grupos de personas contra otras tiene distintas finalidades: obtener poder político,

económico, cultural o social; atacar los bienes y la libertad humana ejerciendo dominación; o para alcanzar fines particulares”.

Al efecto, consideramos de suma importancia, reconocer que la “violencia” es un problema globalizado de la sociedad; “por ejemplo, en lo que respecta a la salud pública, los actos violentos deterioran la salud de la víctima y enraízan en el ejecutor hábitos dañinos; por ello, la violencia debe ser considerada como un problema que tiene múltiples perspectivas, englobando lo social, legal, la salud pública y la educación, ya que todas estas consideraciones intervienen en el cuadro de violencia”.

“Además todo acto de violencia desconoce los derechos humanos de las personas e implica una actitud de desdén y falta de caridad cristiana, revela incompreensión de los valores personales del prójimo y desinterés en sus condiciones vitales. Las situaciones que atentan contra la integridad y derecho de las personas afectan, en primer lugar, al propio agente, disminuyendo su calidad humana, y generan en él una conciencia de culpa que los aleja de sus congéneres más y más respecto de quienes la sufren, la violencia es también deshumanizante, pues afecta su dignidad e inhibe su desarrollo, provocando en la persona, su familia, medio laboral, educativo y social, daños físicos y psicológicos que muchas veces son irreversibles, lo cual influye en su potencial como ser humano. Por lo tanto, la generalización que muestra la violencia en el país, que afecta todo los segmentos y contrapone a los grupos sociales, que está presente en las relaciones intersexuales, formando parte de las concepciones respecto de la vida para ambos sexos, afectando a los peruanos en todas sus edades y niveles socioeconómicos, es una realidad fundamental preocupante y que está rodeada de conflictividad” (Hugo Vizcardo 2018, p. 99).

De esta manera, se constata que “la violencia social está directamente vinculada con el proceso de constitución histórica de la sociedad. El grado, forma e intensidad que toma proviene de situaciones políticas, culturales, económicas, religiosas, raciales, en síntesis, sociales. Si éstas son internalizadas como injustas para la mayoría de la población y

vividas como formas de violencia que la estructura ejerce sobre el ser humano, la aceptación y el consenso social serán extremadamente precarios y se estará en presencia de una sociedad estructuralmente violenta. Es decir, la violencia social será de tal grado de intensidad que se convertirá en violencia estructural; es decir, una sociedad sobre la cual se ha instalado la violencia como sistema y en la que, inevitablemente, se genera respuestas sociales violentas. A partir de ello es que la Comisión Especial sobre las Causas de la Violencia y Alternativas para la Pacificación Nacional (1989), brinda la siguiente definición: la violencia social es la que se expresa, en diversos grados y múltiples formas, entre los individuos y grupos, producto de circunstancias sociales que, al permanecer y reproducirse históricamente, estructuran y caracterizan a una determinada forma de organización social que mediatiza la potencial realización de sus miembros” (Cit. Escuela de investigación del tráfico ilícito de drogas 2001, p. 39-40).

Podríamos concluir que: “la violencia social es toda forma no saludable de resolución de conflictos, caracterizado por la existencia de un desequilibrio de poder, manifestándose en diferentes formas e intensidades, las cuales van a generar un daño y un costo social. La violencia contra la mujer puede manifestarse de diversas formas, sin embargo las expresiones más recurrentes son las física, sexual, psicológica y económica. Según van cambiando las sociedades y disminuye la aceptación de ciertos usos o costumbres discriminativos hacia la mujer, algunas de estas expresiones de violencia cobran mayor importancia o la pierden” (ONU, 2006).

“Cuando la violencia es física, esta puede comprender desde bofetadas, puñetazos, estrangulaciones y patadas hasta golpes con diversos instrumentos, el uso de fuego o ácidos para causar dolor y daños profundos. Si la violencia es sexual, esta se focaliza principalmente a través de las violaciones y, si es del tipo psicológico o emocional, esta puede abarcar amenazas, comentarios degradantes, lenguaje sexista y comportamiento hostil o humillante contra la mujer”.

“En el caso de la violencia económica, esta se ejerce esencialmente a través de privaciones económicas, más o menos rigurosas, según el grado de dependencia económica de la mujer hacia el hombre. Debe indicarse que las mujeres padecen de este tipo de violencia, cuando es el hombre quien provee los recursos para la manutención de la familia, y por tanto, cuando éste decide recortar o suspender el apoyo económico, el impacto afecta directamente al bienestar de la mujer y su descendencia. Si bien los tipos de violencia antes indicados son los más extendidos, existe entre algunos grupos culturales tradiciones excesivamente perjudiciales para las mujeres, como son el matrimonio precoz y forzado o la mutilación genital femenina (ONU 2006)”. “Otras prácticas infligidas por la familia incluyen el heredar a la esposa, cuando la mujer enviudese y es obligada por la familia a casarse con el hermano de su esposo, o al quedar sola es explotada por otros miembros de la familia” (datos obtenidos en visita al “Centro de la Mujer Peruana Flora Tristán”).

Algunas de estas nocivas prácticas se aprecian “ampliamente extendidas en el mundo”, pudiéndose citar casos, como el de la “mutilación genital femenina”, la cual se visibiliza principalmente en el “continente africano”, en “Asia” y el “Medio Oriente”, o la “costumbre de heredar esposa” que se aprecia algunas sociedades del “África meridional”.

“El resultado más lamentable y extremo de la mayor parte de estos tipos de violencia es el homicidio de mujeres por causa de su género. Estos homicidios, o también llamados feminicidios, no son eventos aislados que se suscitan de forma imprevista, sino que son la consecuencia última de prácticas culturales discriminativas y denigrantes contra la mujer, es la conclusión de un continuo de violencia hacia ellas. Una característica en común a todos estos tipos de violencia contra la mujer es que ésta proviene, en la mayoría de casos, de quienes son mas cercanos a la mujer, es decir, su familia. Cuando es aún niña o adolescente, la violencia es ejercida por el padre, pero cuando la mujer ha crecido, el principal responsable es la pareja o compañero íntimo. De hecho, la violencia infligida por la pareja está tan generalizada en todos los países de América Latina y el Caribe, que la

mayoría de encuestas señalan entre la cuarta parte y la mitad de las mujeres han sufrido alguna vez violencia por parte de su pareja o esposo” (Reyna Alfaro 2011, p. 256).

Al efecto, se hace necesario precisar que “si está tan extendida la práctica de la violencia por parte del compañero o pareja es debido a una masculinidad construida en una cultura de inequidad entre el hombre y la mujer, de autoafirmación basada en el poder y en el control de las relaciones, así como en una escasa o nula capacidad para comunicar emociones o sentimientos” (“Fernández 2005, p. 135”). De tal manera que, “la violencia contra la mujer es un problema integral y multi-causal, que si bien puede manifestarse de muy diversas formas -sea violencia física, sexual, etc.- tiene el mismo sustento en todos los casos, pues se basa en la hegemonía de una cultura de signo patriarcal y machista, la cual afecta y condiciona de por vida tanto a hombres como a mujeres en el mundo” (loc cit.).

En el caso nuestro, la norma que regula tal tipo de violencia es la “Ley N° 30364 (Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar), y su Reglamento D.S. N° 009-2016-MIMP”. Al efecto, Ley N° 30364, establece que lo que busca el sistema es “...prevenir, erradicar y sancionar toda forma de violencia producida en el ámbito público o privado contra las mujeres por su condición de tales, y contra los integrantes del grupo familiar; en especial, cuando se encuentran en situación de vulnerabilidad, por la edad o situación física como las niñas, niños, adolescentes, personas adultas mayores y personas con discapacidad”. Para ello establece “mecanismos, medidas y políticas integrales de prevención, atención y protección de las víctimas, así como reparación del daño causado; y dispone la persecución, sanción y reeducación de los agresores sentenciados con el fin de garantizar a las mujeres y al grupo familiar una vida libre de violencia asegurando el ejercicio pleno de sus derechos” (Art. 1°). En consecuencia, la Ley “establece casuísticamente en su artículo 8, los tipos de violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar, los que enumerativamente son”:

- a) “Violencia física. Es la acción o conducta, que causan daño a la integridad corporal o a la salud. Se incluye al maltrato por negligencia, descuido o por privación de las necesidades básicas, que hayan ocasionado daño físico o que puedan llegar a ocasionarlo, sin importar el tiempo que se requiera para su recuperación”.
- b) “Violencia psicológica. Es la acción u omisión tendiente a controlar o aislar a la persona contra su voluntad, a humillarla, avergonzarla, insultarla, estigmatizarla o estereotiparla, sin importar el tiempo que se requiera para su recuperación”.
- c) “Violencia sexual. Son acciones de naturaleza sexual que se cometen contra una persona sin su consentimiento o bajo coacción. Incluye actos que no involucren penetración o contacto físico alguno. Asimismo, se consideran tales la exposición a material pornográfico y que vulnera el derecho de las personas a decidir voluntariamente acerca de su vida sexual o reproductiva, a través de amenazas, coerción, uso de la fuerza o intimidación”.

“Es toda conducta con connotación sexual realizada por cualquier persona, aprovechando la situación de especial vulneración de las niñas, niños o adolescentes, afectando su indemnidad sexual, integridad física o emocional, así como la libertad sexual de acuerdo a lo establecido por el Código Penal y la jurisprudencia de la materia. No es necesario que medie violencia o amenaza para considerar la existencia de violencia sexual (Artículo 4.5, Reglamento de la Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar N° 30364)”.

- d) “Violencia económica o patrimonial. Es la acción u omisión que se dirige a ocasionar un menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales de cualquier persona, a través de”:
 - 1. “La perturbación de la posesión, tenencia o propiedad de sus bienes”.

2. “La pérdida, sustracción, destrucción, retención o apropiación indebida de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores, derechos patrimoniales”.
3. “La limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o privación de los medios indispensables para vivir una vida digna; así como la evasión del cumplimiento de sus obligaciones alimentarias”.
4. “La limitación o control de sus ingresos, así como la percepción de un salario menor por igual tarea, dentro de un mismo lugar de trabajo”.

“La violencia económica o patrimonial es la acción u omisión que ocasiona daño o sufrimiento a través de menoscabar los recursos económicos o patrimoniales de las mujeres por su condición de tales o contra cualquier integrante del grupo familiar, en el marco de relaciones de padre, responsabilidad, confianza o poder en especial contra las niñas, niños, adultos mayores o personas con discapacidad” (Artículo 4.8, “Reglamento de la Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, N° 30364”).

“El concepto de violencia social afecta los actos ejecutados por seres humanos en sus relaciones sociales. La utilización de la fuerza por un individuo o grupo, institucionalizado o no, contra otro individuo o grupo para someterlo, eliminando su libre consentimiento, atentando contra sus derechos fundamentales si hay resistencia y también induciéndolo a comportamientos violentos” (Cit. “Escuela de Investigación del Tráfico Ilícito de Drogas 2001, p. 37”).

“Como ya ha quedado establecido, la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, son expresiones de esa violencia social que contemporáneamente nos aqueja. Al efecto, el Estado tiende su marco protector buscando prevenir, sancionar y erradicar este tipo de violencia focalizada y en tal sentido, nuestra realidad demuestra que este especial tipo de violencia que socialmente se cierne, fundamentalmente contra las

mujeres, se expresa en un contexto de dominación"... y, por ello, "merece una protección penal reforzada" (Fundamento jurídico N° 7, Acuerdo Plenario N° 5-2016/CIJ-116). "Y esto se expresa en nuestro sistema en las diferentes normas de la parte general, parte especial y procesal, que han introducido al sistema modalidades de agravación, aplicación de las penas, modalidades delictivas y formas procesales, en la búsqueda de mejores formas de contención de este tipo de criminalidad".

7. El abuso sexual como expresión de la violencia contra los menores

El "abuso sexual infantil constituye actualmente un grave problema de salud pública", que indudablemente genera una victimización que en gran parte permanece oculta e integra un gran sector de la cifra negra de la criminalidad, ya que la mayoría de estos hechos no son comunicados ni denunciados a la autoridad. Consiste en introducir al menor en actividades sexuales que todavía no puede comprender por su todavía escaso desarrollo psico fisiológico, lo que determina su incapacidad para dar un consentimiento válido, por carecer de un "nivel evolutivo de madurez adecuado".

Como consecuencia de lo dicho, al hallarse el menor en esta tan temprana etapa de su desarrollo, se convierte en una víctima especialmente vulnerable, por cuanto todavía vive en una situación de dependencia respecto a los adultos, quienes muchas veces resultan ser sus agresores. Su nulo o precario conocimiento sobre la realidad del abuso que lo victimiza, lo convierte en la víctima ideal (al respecto es de tenerse en cuenta que "la Victimología del desarrollo se ocupa del impacto de la victimización sufrida en la infancia y la adolescencia a lo largo de la vida, bajo la hipótesis de que ese impacto es relevante" <Herrera Moreno 2006, p. 35>)

Además, todo acto de violencia, como la que ocasiona el abuso sexual a los menores, “desconoce los derechos humanos de las personas e implica una actitud de inmisericordia y desprecio por la humanidad y sus derechos. Las conductas que atentan contra la integridad y derecho de las personas, y especialmente contra los menores, evidencian una disminución de su calidad humana, y generan en el agente un efecto deshumanizante. Por el lado de la víctima se afecta su dignidad e inhibe su desarrollo, provocando en la persona y en su entorno social y familiar, daños físicos y psicológicos que muchas veces son irreversibles”. (Hugo Vizcardo 2018, p. 99) “Por lo tanto, la generalización que muestra la violencia en el país, que afecta todos los segmentos y contrapone a los grupos sociales, que está presente en las relaciones intersexuales, formando parte de las concepciones respecto de la vida para ambos sexos, afectando a los peruanos en todas sus edades y niveles socioeconómicos, es una realidad fundamental preocupante y que está rodeada de conflictividad” (Loc. cit.).

En el caso nuestro, la norma que regula tal tipo de violencia es la “Ley N° 30364 (Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar), y su Reglamento D.S. N° 009-2016-MIMP”. Al efecto, Ley N° 30364, establece que lo que busca el sistema es “...prevenir, erradicar y sancionar toda forma de violencia producida en el ámbito público o privado contra las mujeres por su condición de tales, y contra los integrantes del grupo familiar; en especial, cuando se encuentran en situación de vulnerabilidad, por la edad o situación física como las niñas, niños, adolescentes, personas adultas mayores y personas con discapacidad”. Para ello determina “mecanismos, medidas y políticas integrales de prevención, atención y protección de las víctimas, así como reparación del daño causado; y dispone la persecución, sanción y reeducación de los agresores sentenciados con el fin de garantizar a las mujeres y al grupo familiar una vida libre de violencia asegurando el ejercicio pleno de sus derechos” (Art. 1°). Define la “violencia sexual” como “las acciones de naturaleza sexual que se cometen contra una persona sin su consentimiento o bajo coacción. Incluye actos que no involucren penetración o contacto físico alguno. Asimismo, se consideran tales la exposición a

material pornográfico y que vulnera el derecho de las personas a decidir voluntariamente acerca de su vida sexual o reproductiva, a través de amenazas, coerción, uso de la fuerza o intimidación”. “Es toda conducta con connotación sexual realizada por cualquier persona, aprovechando la situación de especial vulneración de las niñas, niños o adolescentes, afectando su indemnidad sexual, integridad física o emocional, así como la libertad sexual de acuerdo a lo establecido por el Código Penal y la jurisprudencia de la materia. No es necesario que medie violencia o amenaza para considerar la existencia de violencia sexual (Artículo 4.5, Reglamento de la Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar N° 30364)”.

Uno de los derechos básicos y fundamentales que se reconoce a la persona, que con carácter general aparecen expresa o implícitamente reconocidos en la normatividad internacional, así como en las legislaciones internas de los diversos Estados de la órbita democrática, es el “derecho a la dignidad”; derecho fundamental que se constituye en un mínimo inalienable, que todo ordenamiento debe asegurar en el contexto de la vigencia de un sistema constitucional y democrático de Derecho. En concordancia con ello, nuestra Constitución consagra que toda persona tiene “derecho a la vida, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar [...]” (art. 2.1 CE).

“El derecho a la dignidad comprende el respeto a la víctima y la necesidad de brindarle un trato adecuado, tomando en consideración la situación particular de cada sujeto. Por ello, la ponderación de las medidas a adoptar en éste ámbito han de tomar en consideración diversos factores, entre ellos, como se señala en el art. 68 del ECPI y se ratifica en la regla 86 de las RPPrCPI, la edad, el género y la salud, así como la índole del crimen, en particular cuando éste entrañe violencia sexual o por razones de género, o violencia contra niños, sin que, en todo caso, las medidas especiales que se adopten puedan redundar en perjuicio de los derechos del acusado o de un juicio justo” (Sanz Hermida 2009, p. 53)

El artículo 2° de la Declaración de los Derechos del Niño, establece que “el niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental y moral, espiritual y socialmente de forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Ha promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”. Conforme a lo establecido en la “Convención sobre los Derechos del Niño”, “los Estados partes respetan los derechos enunciados en la presente convención y aseguran su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión pública, o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales” (art. 2.1.). “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. Los Estados parte se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin tomaran todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas” (art. 3).

8. Revictimización de la menor víctima de abuso sexual

La referencia a “víctima del delito”, siempre resulta en un concepto controversial y problemático. Surge así una álgida discusión al respecto, donde se discute quién en realidad se puede constituir en víctima; si esta condición sólo la puede tener la persona física o no. Al efecto. “Ni siquiera existe consenso en la doctrina científica sobre la posibilidad de operar con un concepto unitario de víctima, pues, a juicio de algunos, la realidad criminal lo impediría, siendo numerosas las implicaciones,

criminológicas y político-criminales, que derivan de las respectivas acepciones del término 'víctima'. A la oportuna delimitación del concepto de víctima no ha colaborado, desde luego, el frívolo manejo de algunas expresiones o desafortunadas extraídas de su contexto ('crímenes sin víctima', etc.) ni la progresiva ampliación del significado originario de dicho concepto de víctima, que amenaza con desvirtuarlo e inutilizarlo" (García Pablos de Molina 1999, p. 121).

"El concepto originario de víctima nace y se perfila en el seno de la 'pareja criminal'; esto es, la doctrina acuña el mismo analizando la interacción de los dos miembros del binomio: 'delincuente-víctima'. Por ello, inicialmente no hay más víctima que la persona humana, la persona física. Los primeros estudios trataron de poner de relieve que aquélla no es un mero objeto, pasivo y fungible, sino un sujeto; un sujeto que configura el hecho criminal, el autor del mismo y contribuye a su propia victimización" (Umbarila Rodríguez 2013, p. 34).

"De este concepto de víctima como sinónimo de persona natural que experimenta subjetivamente con malestar o dolor una lesión objetiva de bienes jurídicos participan diversos autores. Pero es una acepción restrictiva que dejaría fuera de toda consideración victimológica una rica y grave gama de comportamiento criminales dirigidos contra personas jurídicas o intereses supraindividuales. Una vez superado, además, el microscópico ámbito de la pareja criminal y los prejuicios psicologistas de los primeros estudios victimológicos, evidenció su insuficiencia, su estrechez. No puede discutirse que las organizaciones, la sociedad misma, el Estado o la comunidad internacional pueden ser también víctimas de delitos. Ciertos hechos criminales, por su propia naturaleza, lesionan o ponen en peligro bienes e intereses cuyo titular no es la persona física, porque trascienden a ésta. Ello no significa, desde luego, que existan delitos 'sin víctima'; significa que en estos campos de la criminalidad (criminalidad financiera de cuello blanco, etc.), la aceptación tradicional de 'víctima', muy restrictiva, carece de operatividad, dado el proceso de 'despersonalización', 'anonimato' y

‘colectivización’ de la víctima que se ha producido en los mismos” (Serrano Maíllo 2004, p. 288).

Juan Bustos y Elena Larrauri, en uno de sus trabajos sobre victimología, plantean lo siguiente: “este estado de la cuestión y el agotamiento de la vía causal es lo que hace que el planteamiento positivista se dirija, con bastante razón e imaginación, hacia un aspecto olvidado en la discusión criminológica, no así en la penal: la víctima del delito. Evidentemente, desde un punto de vista ‘positivista’, en el sentido de lo útil, si desaparecieran las víctimas, ya que parece que no pueden desaparecer los delincuentes, ciertamente desaparecería la actividad criminal, los delincuentes actuarían en el vacío. Y con ello también se haría realidad la antigua pretensión positivista del desaparecimiento del Derecho Penal y del sistema penal en su conjunto (la actividad policial judicial, la judicial criminal, la penitenciaria). Es esta la razón de que los primeros estudios victimológicos tengan un carácter claramente positivista; se trata de indagar sobre las causas biológicas, antropológicas y sociales que llevan a la configuración del homo víctima. El mismo planteamiento que se usó con el delincuente se vuelve a emplear ahora con la víctima. La determinación de las causas permitiría lograr su supresión y, con ello, impedir la existencia de víctimas, o bien, si no se alcanza la meta preventiva, al menos se obtiene su resocialización. Ahora bien, habría causas insuprimibles, dados los términos actuales de la investigación criminológica, por tanto, también estaríamos ante sujetos a quienes de algún modo habría que inocuizar” (1993, p. 4 y ss).

También es frecuente la deliberación entre “ofendido y perjudicado”. Nosotros entendemos que el “concepto de ofendido” generalmente se destina al sujeto pasivo del delito; mientras que con el término perjudicado se identifica a quien o quienes soportan también las consecuencias dañosas del hecho delictuoso.

“Por su parte los defensores de la concepción amplia del concepto de víctima, sostienen que dicho concepto debe abarcar no solo al

directamente ofendido por el delito, sino también a los terceros perjudicados. Coincidimos con esta última postura por lo que, el concepto de víctima del delito sobre el cual se debe basar el contenido y tratamiento de sus derechos humanos, debe cobijar a los titulares del bien jurídico protegido por la norma, pero no exclusivamente a ellos, pues hay otras personas o grupos que se ven perjudicados directa o indirectamente con la conducta criminal y que tienen los mismos derechos de quienes han sufrido la agresión directa para ser atendidos en sus necesidades y expectativas con independencia de la relación que tengan con los victimarios y del enjuiciamiento, acusación o condena que se produzca en contra de estos últimos” (Fernández Pérez 1995, p. 227).

El Código Procesal Penal le “da el status de un sujeto procesal a la víctima dentro del proceso, y además, le amplía el reconocimiento de derechos en contraste con la normativa adjetiva anterior, en suma se revaloriza a la víctima en el nuevo sistema procesal penal” (Villegas Paiva 2013, p. 89). Así, en el artículo 94° “se le reconoce una serie de derechos buscando la mejor solución al conflicto penal, de modo que todos quienes tengan legítimo interés en el proceso vean tutelados sus derechos y satisfechas sus expectativas, como son: El derecho a un trato digno y respetuoso, el Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva y al Debido Proceso, Derecho a la Intimidad, el Derecho a la Información Veraz, el Derecho a ser escuchado en el proceso, derecho a la defensa, derecho a la verdad, derecho a la protección integral, derecho a la asistencia, derecho a la reparación integral”. (Loc. cit.)

Por otro lado, el denominado “proceso de victimización” viene a ser es el conjunto de circunstancias, situaciones o modos mediante los cuales un sujeto es victimizado y convertido así en víctima. En ese sentido Villegas Paiva nos dice que “la víctima de un delito padece una serie de afecciones a sus derechos que provienen directamente del hecho delictivo y otros que se derivan de su intervención en el sistema penal. Y aún puede padecer otros más que se derivan de los anteriores. Todos estos daños son sumamente graves y es preciso que las personas que fungen como operadoras de

justicia provean asistencia y atención a la víctima, y se encuentren plenamente conscientes de estos daños, a fin de generar una intervención que proteja integralmente sus derechos. Este proceso se da en distintos niveles” (2013, p. 62):

“**Victimización Primaria:** Es la que se produce directamente por parte del victimario contra su víctima durante la ejecución del hecho delictivo, donde se inflige a la persona el daño físico, psíquico, sexual o material, según el delito cometido. **Victimización Secundaria:** Es considerada la más negativa, pues se produce por el propio sistema que victimiza a quien se dirige precisamente a dicho sistema para buscar protección. En contacto con la administración de justicia o la policía las víctimas experimentan muchas veces el sentimiento de estar perdiendo el tiempo o malgastando su dinero; otras sufren, incomprendiones derivadas de la excesiva burocratización del sistema o simplemente son ignoradas. A ello se le sumaba que la víctima se hallaba frecuentemente desamparada frente a las agresiones o intimidaciones del imputado. Cuando una víctima acude a los órganos de justicia, generalmente no recibe una atención adecuada, no recibe una asistencia inmediata, no es informada debidamente sobre el proceso, y en ocasiones no recibe un trato respetuoso ni equitativo, en suma es maltratada por el sistema legal (Loc. cit.). La **Victimización Terciaria:** Según Beristain Ipiña, procede principalmente de la conducta posterior de la misma víctima, a veces emerge como resultado de las vivencias y como consecuencia o ‘valor añadido’ de las victimizaciones primaria y secundaria precedentes” (2008, p. 287).

A decir de Matos Quezada, “el proceso de victimización es el conjunto de situaciones, circunstancias o mecanismos mediante los cuales una persona es victimizada, o sea, es convertida en víctima. Se da en distintos niveles”:

A. “Primera victimización”. “También denominada victimización primaria; es la victimización propiamente dicha; que se refiere a todo proceso referido al delito. Cuando una persona se convierte en víctima

por otra persona, ya sea por la comisión u omisión, dolosa o culposa de un hecho punible”.

B. “Segunda victimización”. “Conocida mejor como la doble victimización, así como también victimización secundaria. Trata esencialmente del proceso que se da en su encuentro con los controles formales; llámese policía, administración de justicia (Poder Judicial, Ministerio Público), abogados. Técnicamente a partir de aquí hablamos de la sobre victimización”.

C. “Tercera victimización”. “Llamada también victimización terciaria; es aquel proceso que se da en su encuentro con los controles informales conectados a su propia historia de vida (barrio, trabajo, núcleo familiar, amigos, medios de comunicación, sociedad, etc.”

D. “Cuarta victimización”. “Es el cuarto nivel de victimización, el cual es producido por la víctima a sí misma, al ver que ha sido sobre victimizada por los controles formales e informales. Tenemos el caso del suicidio” (Matos Quezada 2016, p. 82).

Señalado todo esto, cuando el menor es abusado sexualmente sufre una serie de consecuencias traumáticas, que revelan en él “sentimientos de tristeza y desamparo”; “cambios bruscos de ánimo, irritabilidad y rebeldía, temores, ansiedad, vergüenza, conductas agresivas, rechazo figuras de autoridad, etc.” Y en el ámbito de la justicia penal, sufre adicionalmente nuevas vivencias y condiciones traumáticas, propias de las limitaciones y carencias de nuestro sistema punitivo, que lamentablemente lo lleva a un nuevo proceso de “revictimización”.

La “revictimización” a decir de Hugo Vizcardo, se puede conceptualizar como “la reiteración de una victimización y que apunta a la reproducción de una situación de victimización anterior. Por lo tanto, la ‘revictimización’ es una repetición de violencia contra quien ha sido previamente víctima de alguna agresión. Sin embargo, la palabra ha adquirido una connotación diferente, sirve ahora para referirse en especial a las vivencias de maltratos sufridos por los menores y sus familiares en el

curso de intervenciones institucionales después de la denuncia de un abuso sexual u otra violencia” (2018, p. 46).

Justamente para disminuir la “revictimización” de las víctimas menores de edad objeto de abuso sexual, se hace necesario que el proceso sea oportuno y pronto, con apego estricto al respeto de los derechos que toda víctima debe tener y en estos casos, atendiendo siempre al “interés superior del niño”. Así, “las diligencias judiciales deben realizarse con absoluta privacidad y con el auxilio de peritos especializados en la materia; el niño, Niña o adolescente víctima debe ser informado adecuadamente sobre el motivo y las circunstancias de las diligencias en las que participan”; se deben formular adecuadamente interrogantes relacionados con la “materia investigada”, que sean “claras”, “directas”, de “estructura sencilla” a las que la víctima pueda responder sin dificultad. Por ello, para la toma de la declaración de la víctima, se recomienda la utilización de la Cámara Gesell, con presencia de profesionales especializados que minimicen los efectos nocivos de la “revictimización”.

9. Procedimientos especiales en caso de violación sexual

Como ya hemos tenido la oportunidad de establecer, en nuestro caso, la norma que regula este tipo de violencia es la “Ley N° 30364” (“Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar”), y su “Reglamento D.S. N° 009-2016-MIMP”. Normas que buscan como finalidad declarada “prevenir, erradicar y sancionar toda forma de violencia producida en el ámbito público o privado contra las mujeres por su condición de tales, y contra los integrantes del grupo familiar; en especial, cuando se encuentran en situación de vulnerabilidad, por la edad o situación física como las niñas, niños, adolescentes, personas adultas mayores y personas con discapacidad. Para tal efecto, establece mecanismos, medidas y políticas integrales de prevención, atención y protección de las víctimas así como reparación del

daño causado; y dispone la persecución, sanción y reeducación de los agresores sentenciados con el fin de garantizar a las mujeres y al grupo familiar una vida libre de violencia asegurando el ejercicio pleno de sus derechos” (Art. 1° de la Ley).

Y es justamente con esta finalidad que el Capítulo V del reglamento (Arts. 57 al 63), se ocupa de establecer “los procedimientos especiales que se deberá observar en caso de violación sexual en el marco de este tipo de violencia”.

“Así, en casos de violación sexual la víctima será trasladada al Instituto de Medicina Legal o en su defecto, al establecimiento de salud, para su inmediata atención y la práctica de un examen médico y psicológico completo y detallado por personal especializado, ofreciéndole que sea acompañada por alguien de su confianza si así lo desea. En todos los establecimientos de salud se ha de garantizar la atención de urgencia y emergencia de la víctima. Asimismo, se dispone el registro adecuado en la historia clínica de todo lo observado, a fin de preservar las pruebas, para posteriormente trasladar a la víctima al establecimiento que permita su evaluación especializada, adjuntando la información inicial. El examen médico debe ser idóneo al tipo de agresión denunciada por la víctima y evitar procedimientos invasivos y revictimizadores. Independientemente del medio empleado, se recurre a la evaluación psicológica para apoyar la declaración de la víctima. La víctima debe recibir atención médica y psicológica tanto de emergencia como de forma continuada si así se requiere, siguiendo un protocolo de atención cuyo objetivo es reducir las consecuencias de la violación sexual”.

“Las prendas de vestir de la víctima y toda otra prueba útil, pertinente y complementaria a su declaración, deberá ser asegurada, garantizando la correcta cadena de custodia y aplicando las disposiciones que promueven la conservación de la prueba. Todos los establecimientos a nivel nacional deben contar con las y los profesionales capacitados en dicho proceso de custodia y recojo de pruebas para la atención en salud de casos de violación

sexual, quienes de considerarlo necesario gestionarán la inmediata derivación o traslado para el análisis correspondiente”.

Se establece así, que “en casos de violencia sexual, las y los operadores de justicia se guiarán por los siguientes principios”:

1. “El consentimiento no puede inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, amenaza de fuerza, coacción o aprovechamiento de un entorno coercitivo han disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre”.
2. “El consentimiento no puede inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando ésta sea incapaz de dar un consentimiento libre”.
3. “El consentimiento no puede inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violación sexual”.
4. “La credibilidad, la honorabilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo no pueden inferirse de la naturaleza sexual del comportamiento anterior o posterior de la víctima o de un testigo”.

“En los supuestos de retractación y no persistencia en la declaración inculpativa de la víctima de violación sexual, el Juzgado evaluará el carácter prevalente de la sindicación primigenia, siempre que ésta sea creíble y confiable. En todo caso, la validez de la retractación de la víctima deberá ser evaluada con las pautas desarrolladas en los acuerdos plenarios de la materia”.

10. Imprescriptibilidad de la respuesta penal en los delitos sexuales

La naturaleza pública del Derecho penal y el ius puniendi que es atribución ineludible e impostergable del Estado, determinan que éste asuma titularidad con respecto a la “persecución y sanción del delito”. De esta manera, como bien indica Peña Cabrera “...el Derecho penal sólo adquiere concreción a partir del proceso penal, de ahí su interdependencia funcional en el marco del Estado de Derecho. En efecto, el derecho a penar surge

como una necesidad indispensable en una sociedad imperfecta como la de los hombres, a fin de tutelar los intereses o valores más fundamentales, tanto para el individuo como para la sociedad” (2009, p. 1075).

Surge de esta manera “la obligación persecutoria del Estado”, que en materia penal es asumida por el Ministerio Público y el Poder Judicial. Así, “la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes” (Art. 38 C. E.). “Esta función tan trascendental debe realizarse teniendo como premisa la justicia, la celeridad y sobre todo el respeto de los derechos fundamentales de la persona en sociedad, tanto desde la perspectiva de la víctima como del agente del delito, quien conforme al mandato constitucional tiene también derecho a su vida, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar” (Art. 2.1 C.E.). “Siendo que al efecto también la Constitución garantiza todo tipo de derechos que se funden en la dignidad del hombre” (Art. 3 C.E.).

De esta forma, es que tradicionalmente se ha esgrimido como argumento, que por “razones humanitarias, si el Estado no ha sido diligente y proactivo en la persecución del delito o en cuanto a la aplicación de la pena impuesta, en una especie de mea culpa, pierde su derecho a efectivizar la respuesta punitiva por el paso del tiempo, señalándose que no es humano mantener a una persona fugado y en sobre salto constante, que lo someta a condiciones de estrés y nerviosismo ante el peligro de perder su libertad”. Y además “[...] con el paso del tiempo resulta inútil e inoportuno el ejercicio de la función represiva, ya que las exigencias de prevención general que rigen la represión de los delitos han desaparecido. Así lo demuestra la experiencia: las exigencias de prevención se debilitan gradualmente hasta desaparecer totalmente” (Giovanni Fiandaca y Enzo Musco 2006, p. 808).

“Se admite modernamente que el fundamento de la prescripción es político criminal, pues hace innecesario el castigo habida cuenta del tiempo transcurrido y además este mismo transcurso dificulta la actividad probatoria.

Finalmente, se añade un criterio de seguridad jurídica” (Villa Stein 2014, p. 614). En este sentido, Roy Freyre fundamenta la legitimación de la procedencia de la institución de la “prescripción” teniendo en cuenta que “la sociedad tiende a olvidar paulatinamente la incidencia del delito, la aplicación tardía de la pena carece de eficacia y/o ejemplaridad, el transcurso del tiempo tiende a la corrección del delincuente, es una forma de auto sanción por no efectivizar el ius puniendi, el tiempo hace que los medios de prueba se debiliten o desaparezcan, la transformación del delincuente, operada por el transcurso del tiempo, impide calcular la pena a imponerse, o tener seguridad acerca de la eficacia de su ejecución” (Roy Freyre 1997, p. 50). “Su justificación no se encuentra en la imposibilidad de generar determinados efectos futuros castigando los hechos pretéritos, como pretenden los planteamientos basados en la función de la pena, sino por la falta de lesividad de tales hechos: los acontecimientos que forman parte del pasado no ponen en peligro el modelo social vigente y, por tanto, carecen de contenido lesivo que justifique su sanción” (Cit. Acuerdo Plenario N° 8-2009-CJ-116).

“Los fundamentos de permisibilidad y acatamiento de los efectos de la prescripción, tanto del ejercicio de la acción penal como de la aplicación de la pena, están normados en nuestra ley punitiva (Título V del Libro Primero; Arts. 78 al 91 C.P.). Están sujetas a condicionamientos temporales ordinarios y extraordinarios”.

“Pero contemporáneamente surgen posiciones contrarias a estos postulados permisivos del ‘olvido’, y propugnan más bien fundamentos de imprescriptibilidad basados en la necesidad de garantizar los derechos vulnerados y en relación a la gravedad del daño infringido a bienes jurídicos de relevancia fundamental” (Hugo Vizcardo 2018, p. 111). En este sentido, no obstante nuestra ya consabida “tradición permisiva a la admisión de la prescripción y sus efectos”, inicialmente mediante la Ley N° 30650, nuestro legislador ha comenzado a alinearse en “la senda de la imprescriptibilidad”, “así, para el caso de los delitos que afectan al Estado, procedió a modificar el artículo 41 de la Constitución”: “El plazo de la prescripción de la acción

penal se duplica en caso de los delitos cometidos contra la Administración Pública o el patrimonio del Estado, tanto para los funcionarios o servidores públicos como para los particulares. La acción penal es imprescriptible en los supuestos más graves, conforme al principio de legalidad”.

De esta manera mediante la Ley N° 30838 (04-08-18), se modifica el Código Penal, para el artículo 88-A, que dispone que entre otros, en caso de los “delitos de violación de la libertad sexual, proxenetismo y ofensas al pudor público” (“Títulos IX, X y XI del Título IV, del Libro Segundo del C.P.”), “la pena y la acción penal son imprescriptibles”.

“Los partidarios de esta radical medida manifiestan que la imprescriptibilidad de los delitos sexuales, tiene como finalidad garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la nación (Art. 44 C.E.). De esta manera la medida resulta idónea para optimizar los principios y valores que se persiguen, ya que la prescripción de la posibilidad de la acción persecutoria del Estado y en su caso la debida oportunidad para la aplicación de la pena, actúan como incentivo para los autores, que saben que obstaculizando la justicia o fugándose y dejando pasar el tiempo, pueden lograr la impunidad. Siendo de esta manera que la prescripción como límite al poder punitivo, se ha convertido en un arma eficaz para lograr la impunidad, por lo que resulta necesaria su revalorización a los efectos de la consecución de los fines propuestos por la política criminal del Estado” (Hugo Vizcardo 2018, p. 112).

“Al respecto, apreciamos que la legitimación constitucional de la imprescriptibilidad, requiere necesariamente de la observancia del principio de proporcionalidad, que in strictu sensu, requiere que la afectación del derecho sea menor que la satisfacción de la medida. Para realizar este fundamental análisis, es necesario tener como punto de inicio, la determinación de que los delitos sexuales involucran la afectación de derechos constitucionales fundamentales, lo que a decir de quienes

suscriben la aplicación de esta medida, si permite justificar su incorporación normativa y su acreditación constitucional”.

“Por otro lado, la imprescriptibilidad permite afianzar el derecho a la búsqueda y esclarecimiento de la verdad de los hechos, la garantía de la prevención en cuanto a la proscripción de la repetición delictiva y el aseguramiento de la reparación civil de la víctima. Pero no hay que dejarnos engañar por los efectos políticos de la incorporación de esta forma de imprescriptibilidad, ya que con ello el Estado no hace sino revelar su inoperatividad e ineficacia en cuanto a su obligación persecutoria y resocializadora; y apelando a criterios meramente simbólicos introduce esta medida tan extrema, que por los fundamentos expuestos para su permisibilidad, podría estar atentando contra el sistema penal garantista que enarbola nuestra Constitución, convirtiendo esta medida en una forma de castigo inhumano e injusto de carácter perpetuo que afecta la misma condición humana” (Hugo Vizcardo 2018, p. 112).

11. Cadena perpetua en los delitos sexuales

Conforme a los “postulados preventivo generales de naturaleza negativa, enarbolados por el legislador como mecanismo para fortalecer la prevención y sanción de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales” (Ley N° 30838), desde una perspectiva eminentemente “simbólica”, se ha echado mano a una “evidente sobre criminalización, donde prima como mensaje político la aplicación de la pena de cadena perpetua, como si esa fuera la solución óptima para combatir este fenómeno social”. Lo cierto es que peligrosamente nos dejamos llevar hacia un “peligroso derecho penal del enemigo”, con “renuncia por parte del Estado”, de su obligación preventivo - resocializadora y fomentando de hecho un “Derecho penal más vindicativo”.

“La adopción de la cadena perpetua en nuestro sistema punitivo, determinó, en su momento, la inclusión de una sanción verdaderamente de ‘muerte en vida’, porque básicamente implica someter al condenado a un confinamiento de por vida (pena intemporal), negándole de manera absoluta no solo su libertad sino que le niega su propia naturaleza humana. La cadena perpetua en el fondo importa la neutralización del sentenciado, como ser humano al encerrarlo de por vida en un establecimiento penitenciario, con un propósito meramente inocular, que sólo evidencia la inclusión de uno de los aspectos más criticados del derecho penal del enemigo. Esta pena entra en abierta contradicción con los postulados constitucionales que informan sobre la finalidad de la pena y del sistema penitenciario, y colisiona además con fundamentales principios universales de derechos humanos, por lo que es repudiada por la ciencia penitenciaria, por cuanto no cumple los postulados de resocialización y de readaptación, ya que no implica tratamiento ni posibilidad de reinserción social”.

“Consideramos perniciosa la ampliación de la posibilidad de su aplicación, ya que deja abierta la posibilidad de una utilización indiscriminada y evidentemente sobre criminalizadora de este tipo de sanción, que se cierne como una amenaza anti técnica y anacrónica, que desvirtúa los postulados humanitarios y resocializadores de un sistema penal que se precie de democrático, humanitario y equitativo. Actualmente la pena de cadena perpetua se haya severamente cuestionada por su ilegitimidad. Así, la Sentencia del Tribunal Constitucional (sobre Exp. No 010-2002-AI/TC Lima, de fecha 3 de enero del 2003 <y en igual sentido, la Sentencia N° 0965-2004-HC/TC, del 14 de enero de 2005>), que declara inconstitucionales diversas normas referidas al delito de terrorismo, se pronuncia declarando que tal pena no sólo resiente al principio constitucional previsto en el inciso 22) del artículo 139 de la Constitución, que consagra el principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, sino que también es contraria a los principios de dignidad de la persona y de libertad”.

“En primer lugar, la cadena perpetua es contraria al principio de libertad, ya que si bien la imposición de una pena determinada constituye una medida que restringe la libertad personal del condenado, es claro que, en ningún caso, la restricción de los derechos fundamentales puede culminar con la anulación de esa libertad, pues no solamente el legislador está obligado a respetar su contenido esencial, sino, además, constituye uno de los principios sobre los cuales se levanta el Estado Constitucional de Derecho, con independencia del bien jurídico que se haya podido infringir. Por ello, tratándose de la limitación de la libertad individual como consecuencia de la imposición de una sentencia condenatoria, el Tribunal Constitucional considera que ésta no puede ser intemporal sino que debe contener límites temporales”.

“En segundo lugar, nuestro máximo Tribunal Constitucional, considera que detrás de las exigencias de ‘reeducación’, ‘rehabilitación’ y ‘reincorporación’ como fines del régimen penitenciario, también se encuentra necesariamente una concreción del principio de dignidad de la persona (Art. 1 de la Constitución) y, por tanto, este constituye un límite para el legislador penal. Dicho principio, en su versión negativa, impide que los seres humanos puedan ser tratados como cosas o instrumentos, sea cual fuere el fin que se persiga alcanzar con la imposición de determinadas medidas, pues cada uno, incluso los delincuentes, debe considerarse como un fin en sí mismo, por cuanto el hombre es una entidad espiritual moral dotada de autonomía”.

“Igualmente es de considerarse que en el ámbito penitenciario, la proyección del principio de dignidad comporta la obligación estatal de realizar las medidas adecuadas y necesarias para que el infractor de determinados bienes jurídicos – penales pueda reincorporarse a la vida comunitaria, y que ello se realice con respeto a su autonomía individual, cualquiera sea la etapa de ejecución de la pena. Sin embargo, y aunque no se exprese, detrás de medidas punitivas de naturaleza drástica como la cadena perpetua subyace una cosificación del penado, pues éste termina considerado como un objeto de la política criminal del Estado, sobre el cual –

porque nunca tendrá la oportunidad de ser reincorporado-, tampoco habrá la necesidad de realizar las medidas adecuadas para su rehabilitación”.

“El carácter rehabilitador de la pena tiene la función de formar al interno en el uso responsable de su libertad. No la de imponerle una determinada cosmovisión del mundo ni un conjunto de valores que, a lo mejor, puede no compartir. Pero, en cualquier caso, nunca le puede ser negada la esperanza de poderse insertar en la vida comunitaria. Y es que al lado del elemento retributivo, ínsito a toda pena, siempre debe encontrarse latente la esperanza de que el penado algún día pueda recobrar su libertad. El internamiento en un centro carcelario de por vida, sin que la pena tenga un límite temporal, aniquila tal posibilidad”.

“Como antes se ha expresado, no sólo anula la esperanza de lograr la libertad. También anula al penado como ser humano, pues lo condena, hasta su muerte, a transcurrir su vida internado en un establecimiento penal, sin posibilidad de poder alcanzar su proyecto de vida trazado con respeto a los derechos y valores ajenos. Lo convierte en un objeto, en una cosa, cuyo desechamiento se hace en vida. La cadena perpetua, en si misma considerada, es repulsiva con la naturaleza del ser humano. El Estado Constitucional de Derecho no encuentra justificación para aplicarla, aún en el caso que el penado, con un ejercicio antijurídico de su libertad, haya pretendido destruirlo o socavarlo”.

“Todo ello determinó que el Tribunal Constitucional, en una sui generis sentencia de ‘mera incompatibilidad’, considerara que corresponde al legislador introducir en la legislación nacional los mecanismos jurídicos que hagan que la cadena perpetua no sea una pena sin plazo de culminación. Para estos efectos señala que cabe tener presente que, para supuestos análogos, como es el caso de la cadena perpetua en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, ya se ha visto la posibilidad de revisar la sentencia y la pena, luego de transcurrido un determinado número de años. Así, el legislador nacional puede adoptar medidas de semejante naturaleza, a fin de contrarrestar los efectos inconstitucionales de no haberse previsto

una fecha de culminación con la pena de cadena perpetua. En este sentido, debe recordarse que el Estatuto en referencia forma parte del derecho nacional, al haber sido ratificado mediante Decreto Supremo No 079-2001-RE, y el contempla la posibilidad de disponer la reducción de la pena, la que puede efectuarse sólo después de que el recluso haya cumplido las dos terceras partes de la pena o 25 años de prisión en el caso de la cadena perpetua”.

“Por otro lado, también el legislador nacional puede introducir un régimen legal especial en materia de beneficios penitenciarios, de manera que se posibilite la realización efectiva de los principios de dignidad de la persona y resocialización. Ese es el caso, por ejemplo, de la legislación italiana, que, con el objeto de que la cadena perpetua pueda ser compatibilizada con los principios de resocialización y de dignidad de la persona, a través de la ley No 663 del 10 de octubre de 1986 ha posibilitado que, luego de 15 años de prisión, el condenado pueda acceder al beneficio de la semilibertad y, luego, a la libertad condicional. Similar situación sucede en la mayoría de países europeos y también en algunos latinoamericanos, como en el caso argentino, donde la pena de cadena perpetua en realidad no es ilimitada, esto es, intemporal, pues como dispuso la ley No 24660, el reo condenado a cadena perpetua goza de libertad condicional a los 20 años, y antes de esta posibilidad, del régimen de salidas transitorias y de semi libertad que pueden obtenerse a los 15 años de internamiento. Incluso, puede considerarse la edad del condenado como uno de los factores importantes al momento de establecer los límites temporales”.

“En definitiva, el Tribunal Constitucional consideró en su sentencia, que el establecimiento de la cadena perpetua sólo es inconstitucional si no se prevén mecanismos temporales de excarcelación, vía los beneficios penitenciarios u otras que tengan por objeto evitar que se trate de una pena intemporal, por lo que si en un plazo razonable el legislador no dictase una ley en los términos exhortados, por la sola eficacia de esta sentencia, al cabo de treinta años de iniciada la ejecución de la condena, los jueces estarán en la obligación de revisar las sentencias condenatorias”.

“Esta resolución de la máxima instancia constitucional, resultó vinculante para el Estado, que mediante Decreto Legislativo No 921 (18 de enero del 2003), en uso de atribuciones delegadas por el Poder Legislativo para la revisión de la legislación antiterrorista, procedió a establecer el régimen jurídico de la cadena perpetua en la legislación nacional. En tal sentido, conforme al artículo 1 del referido D. Leg. 921, la pena de cadena perpetua será revisada cuando el condenado haya cumplido 35 años de privación de libertad y se realizará conforme a lo dispuesto en el Código de Ejecución Penal”.

Asimismo, “el artículo 4 del acotado D. Leg., incorpora un Capítulo V, bajo la denominación ‘Revisión de la Pena de Cadena Perpetua’, en el Título II “Régimen Penitenciario” del Código de Ejecución Penal, estableciendo las pautas normativas procedimentales a seguirse, las mismas que se establecen en los términos siguientes”:

12. “Revisión de la Pena de Cadena Perpetua”.

“Artículo 59-A. Procedimiento”:

- 1) “La pena de cadena perpetua será revisada de oficio o a petición de parte cuando el condenado haya cumplido 35 años de privación de libertad por el órgano jurisdiccional que impuso la condena, ordenando al Consejo Técnico Penitenciario que en el plazo de quince días organice el expediente que contendrá los documentos consignados en el artículo 54 de este código. También dispondrá que en igual plazo se practiquen al condenado exámenes físicos, mental y otros que considere pertinentes”.

- 2) “Cumplido lo dispuesto en el inciso anterior, se correrá traslado de todas las actuaciones al interno, al Ministerio Público y a la parte civil,

a fin de que en el plazo de diez días ofrezcan las pruebas que consideren pertinentes”.

- 3) “En audiencia privada que se iniciará dentro de los diez días siguientes de cumplido el plazo al que se refiere el inciso anterior, se actuarán las pruebas ofrecidas y las que el órgano jurisdiccional hubiera dispuesto, se examinará al interno y las partes podrán formular sus alegatos orales. La resolución de revisión se dictará al término de la audiencia o dentro de los tres días siguientes”.
- 4) “El órgano jurisdiccional resolverá mantener la condena o declararla cumplida ordenando la excarcelación. Para estos efectos se tendrá en consideración las exigencias de la individualización de la pena en atención a la concurrencia de factores positivos en la evolución del interno que permitan establecer que se han cumplido los fines del tratamiento penitenciario”.
- 5) “Contra la decisión del órgano jurisdiccional procede, dentro de los tres días recurso impugnatorio ante el superior. El expediente se elevará de inmediato y de correrá vista fiscal dentro de veinticuatro horas de recibido. El dictamen se emitirá dentro de diez días y la resolución que absuelve el grado se dictará en igual plazo”.
- 6) “Cada vez que el órgano jurisdiccional resuelva mantener la condena, después de transcurrido un año, se realizará una nueva revisión, de oficio o a petición de parte, siguiendo el mismo procedimiento”.

“CAPITULO III”

“EL PROCESO PENAL: PERSECUCIÓN Y PRUEBA DE LOS DELITOS SEXUALES”

1. *Conceptualización y fines del Proceso Penal*

En el contexto del sistema penal, el Derecho penal sustantivo se instrumentaliza para determinar y precisar cuáles son los comportamientos catalogados como prohibidos, determinándose taxativamente las conductas consideradas como delitos, a los que se le conmina con una sanción punitiva (o medida de seguridad), como medio para poder reestablecer el orden social alterado por su perpetración. Como consecuencia de ello, si el individuo realiza la conducta prohibida y quebranta de esta manera la ley penal, el Estado asume como obligación la de sancionarlo mediante la instauración de un debido proceso.

Al efecto de cumplir el Estado con tal fundamental obligación, nos dice el maestro García Rada, “el medio legal para la aplicación de la ley penal, está contenido en el Derecho Procesal Penal. Entre la violación de la norma y la aplicación de la sanción, existe un camino a recorrer: el proceso penal, que tiene como finalidad establecer la existencia del delito y la persona de su autor. Producido el hecho, no se aplica inmediatamente la ley penal; es necesario que previamente se establezca en forma debida, si lo ocurrido es realmente delictuoso -es decir, si la ley penal lo tipifica como delito-, si no se encuentra prescrito y si el presunto autor, es el responsable. Tal es la finalidad del proceso penal” (1984, p. 9).

Y es que el proceso penal se constituye en una especie del proceso jurisdiccional en general. Por ello bien nos dice Cuello Iriarte que “el proceso judicial, en consecuencia, entendido como método, es la secuencia lógica y ordenada de pasos (actos procesales) que permite llegar a los fines que le son propios y cumplir su función; un proceso penal en un Estado social de derecho, visto en esta perspectiva, supone la realización de una serie de

actos procesales, orientados hacia cuatro fines básicos, a saber: a) Lograr una aproximación razonable al conocimiento de la verdad; b) Respetar los derechos fundamentales de los individuos involucrados en el proceso; c) Resguardar los intereses sociales en juego; d) Flexibilizar, cuando es del caso, las normas de derecho sustancial” (2008, p. 493)

A decir de Asencio Mellado, “solo puede entenderse el proceso penal moderno, p como medio de resolver los conflictos de esta naturaleza” (Asencio Mellado 2008, p. 21).

Por ello Roxin es claro al precisar que “el derecho de penar está hoy reservado al Estado. De este monopolio del poder penal en el Estado resultan las tres tareas que, con cierta espontaneidad e inevitabilidad, fueron asignadas al Derecho procesal penal. Pues si el Estado prohíbe, por principio, las venganzas privadas y los duelos, tan conocidos y usuales en la edad media, entonces nace para él, como reverso de una misma moneda, la obligación de velar por la protección de sus ciudadanos y de crear disposiciones que posibiliten una persecución y juzgamiento estatales del infractor y que la paz social sea renovada a través de la conclusión definitiva del procedimiento. Este desarrollo, con el cual, a partir de la supresión del derecho de venganza privada, surgieron los Derechos penal y procesal penal modernos, tuvo consecuencias muy benéficas para la libertad y seguridad del individuo. Por otra parte, no se debe ignorar, sin embargo, que el aumento de poder que el Estado recibió a través de la trasmisión de la violencia penal puede significar también un gran peligro para aquel que, siendo quizá inocente, ha caído en sospecha. Por ello, con la aparición de un derecho de persecución penal estatal, surgió también, a la vez, la necesidad de erigir barreras contra la posibilidad del abuso del poder estatal” (2000, p. 2).

Como ya hemos precisado, siendo el punto de partida la obligación estatal de persecución del delito, debe cumplir su misión con sujeción a la norma y al respeto de los derechos fundamentales de la persona. Por ello, enseña Cubas Villanueva, “el objeto principal del proceso penal es investigar

el acto cometido trasgrediendo la norma positiva vigente, por ello debe ser confrontado con los tipos establecidos en la ley penal, para hacer efectiva la pretensión punitiva del Estado. Entonces, el proceso tiene un fin mediato y otro inmediato, el primero está dirigido a la realización del Derecho penal que tiende a la defensa social contra la delincuencia y el fin inmediato está encaminado a la aplicación de la ley penal al caso concreto” (1998, p. 13).

Florencio Mixán Mass define al Derecho Procesal Penal, como “disciplina jurídica especial encargada de cultivar y proveer los conocimientos teóricos y técnicos necesarios para la debida comprensión, interpretación y aplicación de las normas jurídico-procesales-penales destinadas a regular el inicio, desarrollo y culminación de un procedimiento penal, que, a su vez, según la verdad concreta que se logre, permita al juez penal determinar objetiva e imparcialmente la concretización o no del jus puniendi” (1990, p. 10). El Derecho Procesal Penal es, por tanto, según Sánchez Velarde, “una disciplina jurídica que ha adquirido autonomía científica, legislativa y académica, que se sustenta en principios fundamentales del Derecho, con objetivos y funciones predeterminadas, que regula no sólo los actos para acceder a la justicia penal y los que conforman el procedimiento para la comprobación del ilícito y la responsabilidad del autor limitando el poder punitivo del Estado en la aplicación del jus puniendi, sino que también regula la forma de intervención de los sujetos procesales y la organización judicial penal” (2004, p. 49).

2. *La función jurisdiccional y su concepto*

De acuerdo con lo manifestado por Gimeno Sendra, “el Estado asume la función jurisdiccional, esto es, la función de decir el derecho, cuando se presenta un conflicto entre los particulares o cuando se trata de eliminar una incertidumbre jurídica. Se dice que la jurisdicción es un poder – deber del Estado. Es un poder porque el Estado ha monopolizado la función de dirimir las controversias, ante la renuncia que han efectuado los justiciables al uso

de la fuerza y, además, hace uso del ius imperium si es que se opone resistencia a lo resuelto por el órgano jurisdiccional” (1981, p. 32).

En nuestro sistema, conforme a lo establecido por la Constitución, el medio instrumentalizado por el Estado, para resolver los conflictos entre los particulares e incluso con el mismo Estado, es el proceso; y la institución constitucionalmente legitimada para administrar justicia es el Poder Judicial, que institucionalmente está jerárquicamente organizada y sus miembros dotados de “jurisdicción”, que legitima la facultad para decidir el derecho (“entendemos a la ‘jurisdicción’ como la facultad de administrar justicia que tiene el Estado a través del órgano jurisdiccional representado por sus jueces. Se entiende como el derecho y el deber de ejercitar la justicia y consiste preferentemente en la aplicación del derecho objetivo al caso concreto. La función jurisdiccional es el poder-deber del Estado político moderno, emanado de su soberanía, para dirimir, mediante organismos adecuados, los conflictos de intereses que se susciten entre los particulares y entre éstos y el Estado, con la finalidad de proteger el orden jurídico” <Pérez, Álex 2002, p. 67>).

Devis Escheandía nos dice que, en estricto sentido, “por jurisdicción se entiende la función pública de administrar justicia, emanada de la soberanía del Estado y ejercida por un órgano especial. Tiene por fin la realización o declaración del derecho y la tutela de la libertad individual y del orden jurídico, mediante la aplicación de la ley en los casos concretos, para obtener la armonía y la paz sociales. Es la soberanía del Estado, aplicada por conducto del órgano especial a la función de administrar justicia, principalmente para la realización o garantía del derecho objetivo y de la libertad y de la dignidad humanas, y secundariamente para la composición de los litigios o para dar certeza jurídica a los derechos subjetivos, mediante la aplicación de la ley a casos concretos, de acuerdo con determinados procedimientos y mediante decisiones obligatorias” (1984, Tomo I, p. 73 y 77).

“Los jueces, que son los integrantes del Poder Judicial, resuelven los conflictos utilizando el proceso, como mecanismo y sus resoluciones definitivas tienen la fuerza de no poder ser removidas por ningún otro juez, ni ninguna otra autoridad. La resolución que dicta un juez que adquiere la calidad de cosa juzgada debe ser acatada, no sólo por las partes intervinientes en el proceso, sino por todas las autoridades judiciales y no judiciales, sin que exista la posibilidad de que lo resuelto pueda ser modificado” (Chamorro Bernal 1994, p. 87)..

“La unidad y la exclusividad de la función jurisdiccional es una garantía constitucional, de tal manera que los justiciables deben acudir sólo al órgano jurisdiccional en busca de tutela, porque no existe otra autoridad que pueda dirimir su controversia o eliminar una incertidumbre jurídica y, como hemos señalado, la fuerza que está dotada la función jurisdiccional obliga a las partes y a todos en general al acatamiento de la decisión” (Vesconi 1984, p. 103). “La jurisdicción es la función estatal que tiene el cometido de dirimir los conflictos entre los individuos para imponer el derecho. Como su etimología lo expresa, significa <<decir el derecho>> (juris dictio) aunque, en la concepción más moderna, no sólo es eso (juzgar) sino también ejecutar lo juzgado. Así, la potestad jurisdiccional es el poder-deber de imponer la norma jurídica resolviendo los casos concretos con el fin de lograr la paz social mediante la imposición del derecho. Naturalmente que en su realización satisface intereses privados (y derechos subjetivos) al cumplir dicha función pública” (Vesconi 1999, p. 99).

3. Características y poderes que emanan de la jurisdicción

Habiendo establecido los fundamentos conceptuales de la jurisdicción, Devis Echandía precisa sus características, estableciendo que la jurisdicción “es autónoma, puesto que cada Estado la ejerce soberanamente, y es exclusiva, tanto en el sentido de que los particulares no pueden ejercerla, como porque cada Estado la aplica con prescindencia y

exclusión de los otros y debe ser *independiente*, frente a los otros órganos del Estado y a los particulares. Es también *única*, es decir, que sólo existe una jurisdicción del Estado, como función, derecho y deber de éste; pero suele hablarse de sus varias ramas para indicar la forma como la ley distribuye sus ejercicio entre diversos órganos y funcionarios especializados, para el mejor cumplimiento de sus fines” (2004, Tomo I: p. 75).

En opinión de Carrión Lugo, “la jurisdicción tiene las siguientes características: a) la jurisdicción es un función. El juez tiene poderes, pero también deberes, como órgano del poder público; b) la función la realiza el Estado a través del órgano competente (órgano jurisdiccional); c) la jurisdicción se realiza por medio de un proceso: d) el objeto de la jurisdicción es decidir conflictos jurídicos que no se hayan solucionado mediante la autocomposición o autotutela; e) no toda función jurisdiccional supone la existencia de un conflicto; f) el elemento específico de la jurisdicción es sus carácter sustitutivo; g) el fin principal de la jurisdicción es la realización y actuación del derecho” (2000, p. 58).

“Para Aldo Bacre (citado por Hinostroza 2004, p. 14), las características de la jurisdicción son las siguientes”:

- a. “Es un servicio público, en cuanto importa el ejercicio de una función pública”.
- b. “Es primaria: Históricamente, inicia la actividad jurídica del Estado; el Juez nace antes que el legislador”.
- c. “Es un poder-deber: Del Estado, que emana de la soberanía, que se ejercita mediante la actividad del Poder Judicial. Es un poder, porque el Estado ha asumido el monopolio de la fuerza impidiendo la autodefensa de los derechos, quienes estarán tutelados por el mismo Estado. Pero, además, es un deber, porque al eliminar la razón de la fuerza por la fuerza de la razón a través de la sentencia de un tercero imparcial, no pueden dejar de cumplir, los órganos encargados de administrar justicia, con su misión de juzgar”.

- d. “Es inderogable: Tratándose de un poder-deber que emana de la soberanía, los particulares carecen de la potestad de disponer de ella; la jurisdicción es en este sentido inderogable”.
- e. “Es indelegable: El ejercicio de la jurisdicción es intransferible en forma absoluta: la persona a quien el juez delegará el ejercicio de la jurisdicción sería un no-juez, y sus actos ‘inexistentes’, jurídicamente hablando”.
- f. “Es única: La jurisdicción es una función única e indivisible”.
- g. “Es una actividad de sustitución: No son las partes las que deciden quién de las dos tiene razón en un concreto conflicto, sino el órgano jurisdiccional, representado por el juez”.

Según lo precisado por Devis Echandía de la jurisdicción emanan los siguientes poderes: (2004, Tomo I, p. 79-80):

- a. “Poder de decisión. Por medio de este poder dirimen con fuerza obligatoria la controversia, o hacen o niegan la declaración solicitada, cuyos efectos en materia contenciosa vienen a constituir el principio de la cosa juzgada”.
- b. “Poder de coerción. Con éste se procuran los elementos necesarios para su decisión (oficiosamente o a solicitud de parte, según sea el caso), removiendo los obstáculos que se oponen al cumplimiento de su misión. Sin este poder, el proceso perdería su eficacia y la función judicial se reduciría a mínima proporción”.
- c. “Poder de documentación o investigación. sea decretar y practicar pruebas, que ocasiones va unido al anterior”.
- d. “Poder de ejecución. Se relaciona con el de coerción, pero tiene su propio sentido, pues si bien implica el ejercicio de coacción y aun de la fuerza contra una persona, no persigue facilitar el proceso, sino imponer el cumplimiento de un mandato claro y expreso, sea que éste se derive de una sentencia o de un título proveniente del deudor y al cual la ley le asigne ese mérito. Cuando se trata de lo primero, se refiere al poder de ejecutar lo juzgado y de hacer cumplir sus decisiones, que es el *imperium* de la concepción clásica. Es indispensable, porque de nada serviría el proceso, si obedecer lo resuelto dependiera de la buena voluntad del obligado”.

Es posible también establecer hasta cinco elementos integrantes de la función jurisdiccional, que Morales Godo refiere son representativos de otras tantas aptitudes o potestades del juez para el cumplimiento de su misión de administrar justicia; “y se las menciona siguiendo el orden temporal en que, esquemáticamente, éste las utiliza: notio, vocatio, coertio, iuditium y executio: a. Notio. Es la aptitud judicial de conocer en el asunto de que se trate, de conocer en la causa; b. Vocatio. Es la aptitud de convocar a las partes, de llamarlas, de ligarlas a la empresa procesal, sometiéndolas jurídicamente a sus consecuencias; c. Coertio. Es la aptitud de disponer de la fuerza para obtener el cumplimiento de las diligencias decretadas durante la tramitación del proceso. d. Iuditium. Es la aptitud de dictar la sentencia definitiva que decida el conflicto; la aptitud judicial más importante, porque se refiere al acto de juicio hacia el cual se encamina toda la actividad procesal, del juez y de las partes, y de sus respectivos auxiliares. e. Executio. Igualmente que la coertio, la executio consiste en la aptitud judicial de recurrir a la fuerza; pero se diferencia de aquélla en que se refiere a la fuerza necesaria para el cumplimiento de la sentencia definitiva, y no a las diligencias decretadas durante el desarrollo del proceso” (2005, p. 163).

4. *Derecho al debido proceso*

Al respecto, tendremos que precisar en principio, que “el derecho a un debido proceso, es un derecho consustancial al ser humano cuyos orígenes históricos se remonta a Inglaterra en el año 1215, cuando en la Carta Magna promulgada por el Rey Juan de Inglaterra, se incorporó la garantía de que nadie sea juzgado sin previo proceso, ante un juez competente y aplicando las leyes vigentes: <<ningún hombre libre deberá ser arrestado o detenido en prisión o desprovisto de su propiedad o de ninguna forma molestado; y no iremos en su busca ni enviaremos por él, salvo por el juzgamiento legal de sus pares y por la ley de la nación>>” (Quiroga 2003, p. 127).

“El debido proceso, por lo tanto, aparece como un conjunto de principios de carácter suprapositivo y supranacional, cuya legitimación es sobre todo histórica, pues proviene de la abolición del procedimiento inquisitorial, de la tortura como medio de prueba, del sistema de prueba tasada, de la formación de la convicción del juez sobre la base de actas escritas en un procedimiento fuera del control público. Es como la noción misma del Estado democrático de derecho, un concepto previo a toda regulación jurídico positiva y una referencia reguladora de la interpretación del derecho vigente” (Cuello Iriarte 2008, p. 612).

“En sus inicios el concepto de debido proceso estaba casi restringido a ser una mera garantía procesal, con él se intentaba frenar las arbitrariedades judiciales como por ejemplo evitar detenciones arbitrarias, confiscación de bienes; de allí que se admita que nadie podía ser privado de su vida, patrimonio y su libertad sin un debido proceso legal, la jurisprudencia y la doctrina se encargaron de desarrollar este concepto, para llevarlo a constituirse en un derecho constitucional, fundamental y humano del cual no debe estar desprovisto ningún sujeto de derecho en la sociedad contemporánea. En el caso nuestro este principio se consagra como uno relacionado con la función jurisdiccional, estableciéndose en el inciso 3°, del artículo 139 de la Constitución, como principio y derecho de la función jurisdiccional, la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional”.

“La doctrina ha señalado que el derecho al debido proceso tiene dos vertientes, la primera de orden procesal (iter procesal) que incluye las garantías mínimas que el sujeto de derecho como parte debe tener en un proceso, aquí encontramos el derecho al juez natural, derecho de probar, derecho a impugnar, derecho a doble instancia, derecho a ser oído, derecho de defensa, etc. La otra vertiente de la institución está referida al derecho a exigir una decisión justa (aspecto sustantivo)” (Linares 1989, p. 26 y 27).

“El derecho a un debido proceso, es una manifestación procesal, es aquel que pertenece a todo sujeto de derecho y le permite estar en aptitud de exigir que sus conflictos de intereses o incertidumbres sean resueltos

respetando las garantías mínimas, a través de una decisión objetivamente justa y eficaz; aun cuando no necesariamente favorable a sus intereses. Comparte además la posición de que el derecho a un debido proceso es un derecho fundamental, pues constituye un elemento esencial u obligatorio en toda sociedad que se enmarque dentro de un Estado de Derecho, en tanto garantiza la dignidad de quienes la conforman y asegura que la solución de sus conflictos o incertidumbres contribuya a la convivencia pacífica” (Arrarte 2001, p. 56). Para Aníbal Quiroga “el derecho al debido proceso legal no solo tiene aplicación a los asuntos judiciales, sino también a todos los que se desarrollen en el seno de una sociedad y que supongan la aplicación del derecho a un caso concreto por parte de la autoridad y del que se deriven consecuencias intersubjetivas, lo que deben llevarse a cabo con el cumplimiento de requisitos esenciales de equidad y razonabilidad, que se encuentran comprendidos entre la mayor parte de las garantías constitucionales de la administración de justicia” (2003, p. 128).

“Según el Tribunal Constitucional (Pleno Jurisdiccional N° 0023-2005-PI/TC) se destacan las siguientes características principales del debido proceso:

- a. “Es un derecho de efectividad inmediata: Es aplicable directamente a partir de la entrada en vigencia de la Constitución, no pudiendo entenderse en el sentido que su contenido se encuentra supeditado a la arbitraria voluntad del legislador, sino a un razonable desarrollo de los mandatos constitucionales”.
- b. “Es un derecho de configuración legal: En la delimitación concreta del contenido constitucional protegido es preciso tomar en consideración lo establecido en la respectiva ley”.
- c. “Es un derecho de contenido complejo: no posee un contenido que sea único y fácilmente identificable, sino reglado por la ley conforme a la Constitución. Al respecto, el contenido del derecho al debido proceso no puede ser interpretado formalistamente, de forma que el haz de derechos y garantías que comprende, para ser válidos, no deben afectar la prelación de otros bienes constitucionales”.

5. Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva

Las relaciones intersubjetivas de las personas en sociedad pueden acarrear una serie de conflictos que para su solución son puestos a conocimiento y arbitrio del sistema judicial. Ante el clamor popular para la solución de estos conflictos, el Estado tiene la obligación de poner en ejecución los mecanismos necesarios para resolverlos, otorgando tutela jurídica, tanto al demandante (quien pretende) y al demandado (quien ejerce su defensa como destinatario de la pretensión). En nuestro caso este principio se consagra como uno relacionado con la “función jurisdiccional”; así, en el inciso 3°, del artículo 139 de la Constitución, se establece como principio y derecho de la función jurisdiccional, “la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva”.

“Este derecho a la tutela que debe otorgar el Estado al solucionar conflictos tiene dos vertientes, una antes del proceso y la otra dentro del proceso; por la primera ha entendido la doctrina más autorizada que es la estructura normativa e institucional que genera el Estado para que quien sin estar involucrado en un conflicto de intereses tenga los mecanismos y normas necesarias para acceder al Estado en busca de tutela, el Estado entonces debe preparar (prescindiendo si será utilizado o no) anticipadamente un sistema normativo e institucional para que de presentarse el conflicto existan pautas predeterminadas para que el ciudadano común pueda acceder al servicio de justicia en busca de tutela jurídica. En el segundo extremo encontramos a la exigencia de tutela jurídica en un proceso concreto, es decir en este caso el conflicto desembocó en un proceso, por haberse producido una crisis de colaboración, y en este estadio el Estado debe proporcionar las garantías mínimas a los sujetos del proceso para lograr la tutela que anhelan, esto implica que se le debe conceder a las partes un conjunto de derechos que configuren un soporte concreto para desarrollar su actividad en el proceso” (De Bernardis 1995, p. 370).

“La tutela jurisdiccional es un derecho constitucional, derecho fundamental, derecho humano (y no un mero derecho procesal) que en un proceso le corresponde al que pretende (actor, demandante, etc.) y al pretendido (demandado, emplazado, reo, etc.), se hace efectivo el otorgamiento de la tutela jurisdiccional cuando el Estado resuelve un conflicto de intereses a través del proceso, esta decisión debe ser el resultado de la concesión de garantías mínimas para las partes, consideramos que al momento de resolver el conflicto de intereses y dar la oportunidad para la ejecución de la resolución final, es cuando el Estado convierte esta tutela jurídica en efectiva” (Chamorro 1994, p. 276).

“Nuestra Corte Suprema ha señalado que el derecho a la tutela jurisdiccional es un concepto abstracto distinto a la relación material discutida en el proceso, y se agota cuando las partes mediante el derecho de acción hace valer sus pretensiones al incoar la demanda, contestar la misma, al reconvenir, y de acuerdo a otras formas procesales para hacerla valer conforme prevé la ley procesal, por tanto el sentido de fallo justo o injusto no depende de esta institución procesal sino de otras categorías sustanciales y procesales que se desenvuelven en el proceso y terminan con la sentencia” (Casación N° 1846-96-Lima. Diario Oficial El Peruano 16.05.98).

“La efectividad de la tutela que otorga el Estado, es una de las aristas que generan la razón de ser de la misma, pues sin el otorgamiento de una tutela que refleje su efectividad, será simplemente una tutela desconectada con los fines del proceso; esta efectividad tiene cuatro grados; el primero, está referido a la garantía de los ciudadanos de obtener respuesta del órgano jurisdiccional; la segunda, vinculada a la garantía que el órgano jurisdiccional resuelva el problema planteado; el tercero, garantía de resolución del problema planteado con razonamiento y cifrada en el ordenamiento jurídico; la cuarta, cifra la posibilidad de que la decisión tomada, sea ejecutable” (Francisco Chamorro 1994, p. 276).

6. La acción penal y su concepto

Al referirnos a la “acción penal”, no cabe duda que hemos de concebirla como una función pública, que involucra una doble perspectiva de tratamiento; en principio como derecho de la persona agraviada por el daño jurídico que representa el delito, y en segundo lugar como facultad o potestad de acudir ante el órgano jurisdiccional a fin de pedir tutela jurisdiccional, constituyéndose de esta manera como un “derecho de acceso a la justicia”.

Gimeno Sendra señala que, desde un punto de vista genérico, “la acción es un medio de promover la resolución pacífica y autoritaria de los conflictos intersubjetivos de intereses y derechos aparentes. Desde tal perspectiva jurídica nace la acción como una forma indirecta para evitar que la acción directa o autodefensa del agredido dejara de existir. De tal manera que mediante la acción se excita la actividad jurisdiccional del Estado. La acción así expresada es opuesta a cualquier forma de <<autodefensa>> o de acción <<directa>> de quien se siente afectado en sus derechos; quien actúa de esta forma incurre en infracción sancionada penalmente. Busca resolver los derechos de las partes en un doble sentido: a) En relación con el derecho a la jurisdicción, es decir, como derecho subjetivo público frente al Estado, encaminado a que este proceda a tutelar los derechos e intereses de los ciudadanos mediante el proceso; y, b) En relación a la participación de las partes en la actividad jurisdiccional, la misma que se debe realizar conforme a principios tan importantes como son el de igualdad y de contradicción”. (2007, p. 71).

“La acción penal involucra la posibilidad de poner en movimiento el ‘aparato judicial’, a efectos de que se investigue, juzgue y sancione o absuelva, según el caso, al autor o participe de un hecho punible. Se trata en esencia de un derecho a motivar o provocar el proceso y los distintos actos que lo componen. La acción penal importa el análisis respecto de dos perspectivas: a) “Como derecho a iniciar un proceso, sea por la autoridad

pública encargada de tal función: el ministerio público (ejercicio público); sea por el agraviado en los delitos de ejercicio privado, respectivamente”; y, b) Como derecho a la acusación y al juicio que culmina con la resolución definitiva del juez, materializándose el derecho a la tutela jurisdiccional. Al efecto, es necesario distinguir entre acción penal y acción procesal penal: La acción penal, es una facultad en abstracto, es decir, un derecho en potencia, que permite al Estado la pretensión punitiva de la que esta investido, mientras que la acción procesal penal es el ejercicio del derecho del ius puniendi del Estado, que se realiza ante el órgano jurisdiccional. (Ore Guardia 2011, p. 132)

“La acción penal tiene características muy particulares que permiten su diferencia con otras acciones: a) Es de naturaleza pública, <<porque tiende a satisfacer un interés general o colectivo; porque pertenece a la sociedad, a quien defiende y protege, ejercitándose en el interés de sus miembros; y porque son públicos su fin y su objetivo, ya que tiende a aplicar un derecho público, su ejercicio se relaciona íntimamente con el poder jurisdiccional del estado y está por encima de los intereses individuales>> (Ore Guardia 2011, p. 132); b) Es indivisible, ya que comprende a todas las personas involucradas en la investigación judicial. El ejercicio de la acción penal es una unidad y no puede dividirse para vincular a unos al proceso y a otros no; c) Es irrevocable, por que una vez iniciada la acción penal debe continuarse con la investigación judicial y culminarse en una sentencia. Es decir, no puede interrumpir su desarrollo, excepcionalmente, es posible la abstención de la acción penal por aplicación del principio de oportunidad (art 2º del CPP); d) Es intransmisible, por cuanto se dirige al juez a efectos de que se investigue por un delito a determinada persona, que se convierte en el justiciable o sujeto pasivo del proceso. En tal sentido, la persecución penal es personalísima y nos trasmite a sus herederos o familiares. Por lo mismo, la muerte del justiciable extingue la acción penal (Art 78 del C.P)”.

Conforme a lo dispuesto por el artículo VII del Título Preliminar de nuestro Código penal se establece que: “La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de

responsabilidad objetiva”. “Conforme a ello, en primer lugar, la ley puede conminar con pena sólo formas de conducta que fundamenten un reproche personal tan importante contra el autor como para que se justifique una sanción jurídico-penal. En segundo lugar, la escala penal tiene que estar graduada de tal modo que la pena con la que se conmina el hecho no sobrepase el peso del reproche personal que ha de formularse. Sólo el hombre, gracias a su capacidad de comprensión y en atención a su poder de autodirección, puede comprender la norma y proponerse comportamientos según las exigencias del derecho, absteniéndose así de acciones punibles, por lo mismo la responsabilidad penal únicamente alcanza a la persona natural responsable de la acción punible”.

“Constituye garantía fundamental del Derecho Penal, el que la respuesta coercitiva, producto de la conducta infractora, sea dirigida directamente al sujeto responsable, quien sólo ha de pagar por su acto, quedando descartado, por principio de personalidad de las penas, que éste pueda ser sancionado por delitos ajenos (el esposo o el padre que puede sacrificarse, aceptando la consecuencia de la acción delictiva de su esposa o de su hijo) (no es por lo tanto de admisión una pretendida <<responsabilidad penal colectiva>>). En tal sentido, el inciso 1 del artículo 20 del C.P. (en contrario sensu) nos permite apreciar que la imputación penal es personalísima y se produce cuando el autor realiza su hecho actuando en una condición de normalidad (<<sin que nada afecte gravemente su concepto de la realidad>>), con pleno conocimiento del <<carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión>>. Asimismo, sólo puede reprimirse conductas infractoras de la norma y nunca formas de ser del sujeto o personalidades, creencias, valores, opiniones, etc., ya que la responsabilidad de su configuración por parte del sujeto es difícil de determinar (principio de responsabilidad por el hecho)” (Hugo Vizcardo 2016, p. 78).

7. Titular de la acción penal y sus clases

Nuestro sistema procesal penal establece como modalidades de “ejercicio de la acción penal”: el ejercicio público y el ejercicio privado de la misma. Por mandato constitucional, al Ministerio Público le corresponde el ejercicio público de la acción penal (“arts. 159° inc.5; 11° de la LOMP”); en tal sentido, le compete “repcionar y viabilizar las denuncias y, en su caso, actuar de oficio para la investigación y posterior ejercicio de la acción penal”. “Esta decisión constitucional se corresponde con el modelo de procedimiento penal de corte acusatorio que se ha proyectado y que permite una mayor y mejor rol del Ministerio Público en ejercicio de sus nuevas funciones”.

“En tal sentido, el fiscal actuara de oficio, es decir, a su iniciativa, cuando tenga noticia criminis, para lo cual se utilizaran los distintos medios que la comunicación y tecnología brindan; asimismo, recepcionará los atestados policiales; ambos para efecto de su calificación jurídico –penal. Pero el Fiscal también recibe las denuncias de las personas que se sienten afectadas por el delito; en estos casos el agraviado u ofendido no tiene el ejercicio de la acción penal si no una facultad pre-procesal que es la facultad de provocar la promoción de la actividad judicial. En efecto, una vez que el agraviado presenta su denuncia ante el Ministerio Publico por delito de publica persecución, dicha autoridad judicial inicia un proceso de investigación preliminar y si encuentra elementos de juicio que permitan promover la acción penal, lo hará aun en el caso de que el mismo particular se desiste: es decir, el Fiscal asume la persecución de dicho delito denunciado como titular del ejercicio público de la acción penal. La única excepción prevista corresponde al principio de oportunidad” (Rosas Yataco 2009, p. 211).

“En doctrina se discute a quien corresponde la titularidad de la acción penal”. Al respecto, como indica Daniel Pastor (2012, p. 275) existen tres sistemas distintos:

a) “El Sistema de Oficialidad: consiste en la atribución del derecho de acción penal, a un órgano perteneciente al Estado. Esta oficialidad se subdivide a su vez en: a) Indiferenciada: esto es, cuando no existe persona, distinta del

juez, a quien se le encarga la función de promover el proceso. Como es de verse, esta postura solo tiene cabida en un sistema inquisitivo. La acción se confunde con la jurisdicción. b) Diferenciada; se materializa, cuando existe otra persona <<oficial>>, distinta a la del juez, a quien se le encarga la misión de promover el proceso: así, tenemos en nuestro caso, como en la mayoría de los sistemas judiciales de los países, el Ministerio Público o Ministerio Fiscal”.

b) “El Sistema de Disponibilidad: de acuerdo con este sistema se concede la atribución del derecho de la acción penal a los particulares. Bajo esta posición existen dos formas. a) Absoluta: se concreta cuando se concede, en forma ilimitada, indeterminada, la acción penal, a cualquier particular, v. gr., la acción popular. b) Relativa: cuando se concede a determinadas personas particulares, en razón a una especial circunstancia; esta puede ser, generalmente, cuando es el agraviado o el ofendido por el evento delictuoso presumiblemente cometido a su persona”.

c) “El Sistema Mixto o Ecléctico: a través de este sistema conviven los dos sistemas anteriormente explicados, en cuanto a la atribución indistinta, de la concesión del ejercicio de la acción penal. Este último sistema es el adoptado por el código de procedimientos penales de 1940, así como el del C.P.P. 2004”.

8) *La imputación necesaria*

Como acertadamente refiere “Peña Cabrera Freyre”, “es sabido que a través de la imputación, al inculpado se le atribuye haber perpetrado un hecho punible, una conducta revestida de delictuosidad, por haber – aparentemente-, lesionado y/o puesto en peligro un bien jurídico – penalmente tutelado-, esto quiere decir, que el primer examen que debe realizar el operador jurídico, es si la descripción fáctica que constituye el soporte de la denuncia, se adecúa formalmente a los contornos típicos de la figura delictiva en cuestión” (“2014, T. I, p. 159”). Precisa también el citado

autor, que “en palabras de Bacigalupo, la comprobación de la subsunción típica de los hechos relatados en la denuncia o querrela es, en principio, una operación abstracta, es decir, que no requiere verificar si los hechos realmente han ocurrido o no. Dicho de otra manera, el derecho a la presunción de inocencia exige que antes de comenzar la instrucción respecto de los hechos se practique necesariamente una verificación seria y cuidadosa de la tipicidad de los mismos” (Loc. Cit.).

“En el sistema nuestro se apunta a que la imputación sea concreta, por lo que se exige el máximo esfuerzo para definir ex ante los contornos de la tipicidad de la conducta del imputado, de tal manera que en la práctica se produce una suerte de adelantamiento de la futura tipicidad; nos está pidiendo que se determine en el momento postulatorio del proceso, la responsabilidad o irresponsabilidad penal del imputado, sino el delito y los hechos por los cuales será procesado a lo largo de todo el proceso penal” (Oré Guardia 2011, p. 120).

Así, desde una perspectiva puramente semántica, “imputar significa atribuir la realización de una conducta (comisiva u omisiva) a una persona”. Dicho de otro modo, “imputar es dar sentido o significado al comportamiento realizado por un sujeto”. Esta especificación es correcta, ya que es innegable, y la historia lo demuestra, que el comportamiento humano trasgresor es siempre objeto de valoración normativa y fundamentalmente de prueba. Por ello, a los efectos de realizar un correcto y garantista juicio de imputación, el “hecho” debe estar precisa y claramente determinado como delito y sujeto a probanza estricta en el marco de un debido proceso.

“De esta manera, la imputación es necesaria cuando se comunica al imputado que el hecho descrito de modo suficiente por la autoridad se adecua a lo estipulado en el tipo penal objeto de incriminación y le es atribuible en calidad de autor o partícipe, fundado en elementos de convicción que así lo respalde”. Al respecto, en la “STC N° 03987-2010-PHC/TC” se ha señalado que “En resumen el derecho a ser informado de la imputación tiene tres elementos configuradores: i) La existencia de un hecho

concreto y específico o la apariencia verosímil del mismo (STC N° 8125-2005-PHC/TC); ii) La calificación jurídica (STC N° 06079-2008-PHC/TC); iii) La existencia de evidencia o de medios de convicción (STC N° 5325-2006-PHC/TC; 9544-2006-PHC/TC)".

Con respecto a ello, "adquiere primerísimo papel el principio de legalidad, que se constituye en postulado fundamental del Derecho penal moderno. Conforme al mandato contenido en nuestra Constitución": "Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionada con pena no prevista en la ley (artículo 2, Inc. 24, literal d). En igual sentido, el artículo II, del Título Preliminar de nuestro Código penal, establece que: <<Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella>>".

En su acepción actual, señala Mir Puig, "el principio de legalidad se derivó en un principio de la teoría ilustrada del contrato social, y presupone una organización política basada en la división de poderes, en la que la ley fuese competencia exclusiva de los representantes del pueblo. El ciudadano sólo admite el paso del estado de naturaleza al estado civil en virtud de un pacto -contrato social- en el que asegura su participación y control de la vida política de la comunidad" ("1996, p. 275").

"Una de las principales características del principio de legalidad es el de orientarse a crear seguridad jurídica, más aún si se la entiende como un valor y fin del orden jurídico referido a la realización de una función de organización y de una función de realización. La primera función se vincula a la ventaja que ofrece a los ciudadanos y la otra a los requerimientos que impone a los tribunales de justicia. La seguridad jurídica se opone a la incertidumbre, al azar, a la arbitrariedad y al desamparo respecto de una situación jurídica dada, que en materia penal viene representada por la comisión de un ilícito" ("Urquiza Olaechea 2000, p. 35").

“Con lo dicho, queremos decir, que el principio de «imputación necesaria» no sólo importa una exigencia que recaer sobre los órganos judiciales, sino también sobre el representante del Ministerio Público, máxime, si conforme el nuevo modelo procesal-penal, el principio acusatorio –el cual se vincula directamente con el objeto de estudio-, adquiere un mayor vigor aplicativo. Y, ello lo decimos en todas sus decisiones, no sólo en la formulación de la acusación, sino también en la formalización de la Investigación Preparatoria; lógicamente, que en este nivel, estamos aún, en un estadio preliminar, donde no se puede predicar certeza alguna sobre la materialidad delictiva y la responsabilidad penal del imputado. No obstante, la exigencia es clara, donde la imputación –aún provisoria-, debe mostrar una definición clara y precisa, sobre los presupuestos de atribución delictiva”.

“Es así, que si no se cumple con ello, el perjudicado puede interponer una Acción de Habeas Corpus o una Audiencia de Tutela de Derechos” (Acuerdo Plenario N° 2-2012), “siempre y cuando, en un primer momento el imputado haya acudido al propio fiscal para solicitar las subsanaciones correspondientes, en orden a la precisión de los hechos atribuidos –este derecho de modo amplio lo reconoce el artículo 71.1 NCPP-. Muy excepcionalmente, ante la desestimación del Fiscal o ante una reiterada falta de respuesta de aquél –que se erige en requisito de admisibilidad-, y siempre frente a una omisión fáctica patente o ante un detalle de hechos que con entidad para ser calificados, de modo palmario, de inaceptables por genéricos, vagos o gaseosos, o porque no se precisó el aporte presuntamente delictivo del imputado, cabría acudir a la acción jurisdiccional de tutela penal (Fundamentos 10 y 11)” (“Peña Cabrera Freyre, Ob. Cit., p. 153”).

“La imputación necesaria es un principio constitucional del proceso penal, que consiste en una imputación correctamente formulada. Esto es, una atribución clara, precisa, explícita, detallada y circunstanciada de una comunicación con apariencia delictiva concretamente individualizado, a una

persona determinada, con un nivel de vinculación ciertamente probable; a efectos de que ésta tenga la posibilidad de ejercitar eficazmente su derecho de defensa. Desde un plano normativo, el principio de imputación necesaria no tiene una plasmación expresa en la Constitución Política del Estado, pero se puede extraer de ella, en concreto, del principio de legalidad (Art. 2.24.d), del derecho de defensa (Art. 139.14), del derecho a la presunción de inocencia (Art.24.2.d) y del derecho a la motivación de las resoluciones (Art.139.3)”.

9) *La actividad probatoria en materia penal*

Como ya se ha precisado la constatación de la responsabilidad penal ante la comisión de un delito, requiere como fundamental derivado del principio del debido proceso, de toda una actividad jurisdiccional encaminada a la probanza de que el hecho se cometió y que fundamentalmente el imputado es el autor del mismo. Ardua y fundamental tarea, que por mandato constitucional le corresponde al Poder Judicial mediante sus “órganos de administración de justicia”. Aparece así la impostergable vigencia de la actividad probatoria que de manera técnica y eficiente deberá realizar el juzgador para no afectar la seguridad jurídica del imputado y otorgar justicia a la víctima.

En tal sentido, Cuello Irriarte manifiesta que “para desentretar la noción y ubicación del derecho probatorio, es necesario precisar que el derecho es uno, ya que uno es el ‘ordenamiento de la vida social’ fundado en la justicia y con miras al bien común; lo que acontece es que ante la constante y cada vez más sofisticada evolución de las relaciones jurídicas, su regulación necesariamente ha de ser más compleja y singular, lo que ha determinado el nacimiento de las diversas ramas de esta ciencia; ramas especializadas sobre aspectos demarcados del orden jurídico. Así tenemos el derecho penal, el derecho civil, el derecho administrativo, el derecho laboral, el derecho mercantil, el derecho tributario, el derecho ambiental, el derecho constitucional, el derecho procesal, etc. Esto no es óbice para

pregonar la unidad de la ciencia del derecho, que sólo se especializa en función de hacer más eficiente su misión, al permitir una cabal comprensión a sus destinatarios y operadores” (2008, p. 412).

“La actividad probatoria es el conjunto de manifestaciones de voluntad, de conocimientos o de razonamiento que proceden de los sujetos procesales, normadas por la ley, y que tienden a producir un estado de certeza o de admisión de una objetiva probabilidad del hecho que constituye su objeto, así como de sus consecuencias” (2011, p. 279). Por otro lado el profesor Mixán Mass manifiesta que “la actividad probatoria en el proceso penal está constituida por una serie indeterminada, concatenada y finalista de actos procesales de complejidad variable que, metódica y sucesivamente se concretan en el acopio de medios de prueba así como en el siguiente debate y valoración de los mismos para conocer si el objeto del procedimiento es real, si la imputación es verdadera o falsa o equivocada, si el imputado reúne o no los requisitos de culpabilidad y, finalmente, adquirir la certeza de haber esclarecido el caso” (1992, p. 311).

Como podemos apreciar de lo dicho y fundamentado, y de cara a la característica del sistema acusatorio, la actividad probatoria incumbe y corresponde a los sujetos procesales interesados en la probanza. Es así que “de conformidad con lo dispuesto por el artículo 155° del CPP la actividad probatoria en el proceso penal está regulada por la Constitución, los Tratados aprobados y ratificados por el Perú y por este Código, las pruebas se admiten a solicitud del Ministerio Público o de los demás sujetos procesales. El juez decidirá su admisión mediante auto especialmente motivado, y sólo podrá excluir las que no sean pertinentes y las prohibidas por la Ley. Asimismo, podrá limitar los medios de prueba cuando resulten manifiestamente sobreabundantes o de imposible consecución. Asimismo, se prevé que la Ley establecerá, por excepción, los casos en los cuales se admitan pruebas de oficio, es decir de conformidad con el carácter acusatorio del proceso, el juez debe mantenerse como tercero neutral, en consecuencia y la actividad probatoria depende básicamente de las partes,

porque estamos frente a un proceso con rasgos adversariales” (Cubas Villanueva 2015, p. 323).

10) La prueba penal: conceptualización

El nuevo C.P.P., a diferencia de su antecesor, introduce una novísima e integral regulación de la actividad probatoria, la que resulta fundamental en el desarrollo del proceso penal de cara a la consecución de los fines asignados a éste por la ley y la Constitución. Cobra así preponderante papel el de la “prueba penal”, que etimológicamente deriva del latín “probatio probationis, que deriva de “probus” que significa lo bueno. En tal sentido, en su acepción histórica y etimológica, probar significa verificar o demostrar lo “bueno”, es decir lo auténtico de los hechos.

“La prueba es la actividad de las partes procesales, dirigida a ocasionar la acreditación necesaria -actividad de demostración- para obtener la convicción del juez decisor sobre los hechos por ella afirmados -actividad de verificación-, intervenida por el órgano jurisdiccional bajo la vigencia de los principios de contradicción, igualdad y de las garantías tendentes a asegurar su espontaneidad e introducida, fundamentalmente, en el juicio oral a través de los medios lícitos de prueba. Debe quedar claro que lo que se prueba o se demuestra en el proceso jurisdiccional es la verdad o falsedad de los enunciados fácticos en litigio, tomando como base los medios de prueba relevantes y admisibles. En el caso del fiscal, la actividad probatoria está dirigida a acreditar la verdad respecto de una proposición que afirma la existencia de un hecho delictivo” (2015, p. 499).

A decir de Cubas Villanueva, “la prueba se nos presenta como la necesidad de comprobar, de verificar todo objeto de conocimiento, por tanto, es también una actividad de verificación de la exactitud de las afirmaciones realizadas por las distintas partes procesales, es decir, de que dichas afirmaciones coinciden con la realidad” (2015, p. 324).

11) Conceptos aplicados a la prueba

a) Objeto de prueba

Por objeto de prueba se entiende el evento o hecho de la realidad, con connotación punitiva, que debe y puede ser probado y sobre el cual ha de recaer la actividad probatoria. “Objeto de prueba lo serán los hechos alegados por las partes que serán materia de dilucidar en el proceso penal”. Serán objeto de prueba los hechos a que se refiere la imputación, por otro lado, no serán objeto de prueba las “máximas de la experiencia”, “las leyes de la naturaleza”, “la norma jurídica vigente”, lo que constituye “cosa juzgada”, lo “notorio” y lo “imposible”.

Según San Martín Castro “por objeto de prueba deberá entenderse el tema o la materialidad en que recae la actividad probatoria. El objeto de la prueba, en cuanto a su contenido, viene referido a las realidades -hechos- que, en general, pueden ser probadas en el proceso penal, realidades fundamentalmente fácticas esto es, acontecimientos de la vida individual y colectiva” (2015, p. 505).

Al efecto, nos dice Peña Cabrera Freyre, que “en el proceso penal todos los hechos son controvertidos y están necesitados de prueba, los hechos para que puedan producir certeza y convicción deben ser sometidos a una intensa actividad probatoria, a fin de acreditarlos o en su defecto a fin de desvirtuarlos. Objeto de prueba es lo que hay que determinar en el proceso; es en otras palabras, aquello sobre lo que el juez debe adquirir el conocimiento necesario sobre la cuestión sometida a su examen. El objeto de prueba puede ser reconducido a un plano abstracto o en un plano concreto. Desde el primer punto de vista, se examinará qué es lo que puede ser probado en cualquier proceso penal; desde la segunda óptica, se considerará qué es lo que se debe probar en un proceso determinado. Dicho en otras palabras: todos los procesos penales cuentan con un objeto

determinado por ley (punibilidad de la conducta y la responsabilidad penal del imputado), sin embargo, los hechos objeto de persecución penal, revelan características concomitantes distintas, de conformidad con la naturaleza del delito, el modo de comisión, el móvil, los partícipes, etc., lo cual amerita una actividad probatoria singularmente configurada” (2014 p. 467).

Conforme lo precisa Oré Guardia (y en ello coincide el profesor Clariá Olmedo), respecto a la discusión sobre lo que puede ser considerado objeto de prueba, señala que “el objeto de prueba no se debe limitar o coincidir con el aspecto fáctico del objeto procesal, sino integrarse con una serie de datos que rodean al hecho básico que se pretende jurídicamente relevante, datos que conducen a confirmar o descalificar la alegación de las partes. Genéricamente esos datos se exhiben como acontecimientos del mundo exterior, personas en sus manifestaciones físicas o psíquicas, cosas, lugares, resultados de la experiencia, juicios inherentes a las cosas, derecho no vigente, etc. y todo lo que en general constituye objeto de prueba” (2011, p. 281).

De acuerdo con nuestra ley procesal, se establece como “objeto de prueba los hechos que directamente se refieran a la tipicidad de la imputación, la punibilidad y la posterior determinación de la pena o en su caso la medida de seguridad (en igual sentido lo referido a la responsabilidad civil)”. “No son objeto de prueba las máximas de la experiencia, las leyes naturales, la norma jurídica interna vigente, aquello que es objeto de cosa juzgada, lo imposible y lo notorio” (art. 156.2 CPP).

b) Elemento de prueba

Entendemos por “elemento de prueba” a la prueba propiamente dicha, conceptualizada como el o los datos de la realidad objetiva, que de manera lícita se incorporan legalmente al proceso, y que por su mérito, son capaces

de “producir un conocimiento cierto o por lo menos probable acerca de los hechos imputados”.

“De la noción expuesta se advierte que el elemento de prueba contiene las siguientes características: a) la objetividad, según el cual el dato debe provenir del mundo externo al proceso; b) legalidad, en tanto, sea presupuesto indispensable para su utilización en abono de un convencimiento judicial válido; c) relevancia, cuando el elemento de prueba permita fundar sobre el hecho un juicio de probabilidad; y d) pertinencia, toda vez que el dato probatorio deberá relacionarse con los extremos objetivo (existencia del hecho) y subjetivo (participación del imputado) de la imputación delictiva, o con cualquier hecho o circunstancia jurídicamente relevante del proceso, de modo que la relación entre el hecho o circunstancia que se quiere acreditar y el elemento de prueba que se pretende utilizar para ella es conocida como ‘pertinencia’ de la prueba” (Rosas Yataco 2009, p. 713).

c) Órgano de prueba

Se constituye como “órgano de prueba” la persona que incorpora al proceso los elementos que constituyen el objeto de prueba, constituyéndose de esta manera como una suerte de intermediario entre el juez y la prueba.

“Órgano de prueba, es a decir de Sánchez Velarde, la persona a través de la cual se adquiere en el proceso el objeto de prueba; es la persona que expresa ante el Juez el conocimiento que tiene sobre un hecho que se investiga, que aporta un elemento de prueba. Puede decirse que el órgano de prueba actúa como intermediario entre la prueba y el Juez. El imputado, el agraviado, el testigo son órganos de prueba” (2006 p. 658).

En igual sentido se pronuncia Ore Guardia, al conceptuar como “órgano de prueba”, “la persona por medio de la cual se adquiere en el

proceso el objeto de la prueba, es decir, por medio de la cual dicho objeto llega a conocimiento del juez y eventualmente de los demás sujetos procesales” (2011, p. 283).

d) Medios de prueba

Habr  de entenderse por “medios de prueba” a aquellos objetos o instrumentos destinados a demostrar o a acreditar algún elemento probatorio pertinente al objeto del proceso, y que la normatividad procesal regula igualmente para las partes intervinientes en el mismo. Son los mecanismos procesales que las partes han de instrumentalizar, con la finalidad de acreditar algún elemento de prueba que luego permita acreditar el objeto del proceso.

“Es importante establecer la distinción entre medios de prueba y actos de investigación, los primeros apuntan a configurar la base probatoria, fundamental para que el Proceso Penal pueda alcanzar los fines propuestos, en cambio, actos de investigación son todos aquellos que se realizan en la fase de Investigación Preparatoria y en las Diligencias Preliminares, dirigidos a recoger las fuentes de información, necesarias para establecer la hipótesis incriminatoria (fijando los caracteres del hecho punible y la responsabilidad penal de los imputados), que servirán para la acusación fiscal” (Peña Cabrera Freyre 2014, p. 469).

“Por actos de prueba cabe entender la actividad de las partes procesales, dirigida a ocasionar la evidencia necesaria para obtener la convicción del Juez o Tribunal sobre la preexistencia de los hechos por ellas afirmados” (Gimeno Sendra 2007, p. 951).

Conforme a lo normado en nuestro CPP, “los hechos objeto de prueba pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba permitido por la Ley. Excepcionalmente, pueden utilizarse otros distintos, siempre que no

vulneren los derechos y garantías de la persona, así como las facultades de los sujetos procesales reconocidas por la Ley. La forma de su incorporación se adecuará al medio de prueba más análogo, de los previstos, en lo posible. En el proceso penal no se tendrán en cuenta los límites probatorios establecidos por las leyes civiles, excepto aquellos que se refieren al estado civil o de ciudadanía de las personas. No pueden ser utilizados, aun con el consentimiento del interesado, métodos o técnicas idóneos para influir sobre su libertad de autodeterminación o para alterar la capacidad de recordar o valorar los hechos” (art. 157).

e) Fuentes de prueba

El proceso penal es el instrumento mediante el cual los jueces tienen la delicada misión de comprobar la responsabilidad penal del imputado y decidir la consecuencia jurídica, en tal sentido resulta fundamental el aporte probatorio. Así, se conceptualiza como fuente de prueba el “argumento probatorio” que se sustrae de la prueba misma incorporada lícita y regularmente al proceso. Es producto lógico e inferencial que se obtiene gradualmente de cada medio probatorio.

El profesor Mixán Mass conceptúa como fuente de prueba, “aquel hecho (en sentido estricto), cosa, acto, actitud, fenómeno (natural o psíquico) que contiene en sí una significación originaria capaz de transformarse en ‘argumento probatorio’ si reúne las cualidades para el caso. La fuente de prueba es identificable mediante operaciones cognitivas (sensación, percepción, representación y procesos de abstracción: concepto, juicio e inferencia) y son susceptibles de ser incorporados formalmente en el proceso a través de los medios de prueba y con ayuda de facilidades técnicas en caso necesario” (1992, p. 715).

“Por fuente de prueba se entiende todo aquello que sin constituir medio o elemento de prueba, permite la información necesaria para la realización de determinadas comprobaciones judiciales. La fuente de prueba

requiere, necesariamente, de la verificación o comprobación por la autoridad judicial. Por ejemplo, los datos que se desprenden de las manifestaciones policiales; de la propia denuncia, e incluso de la misma declaración instructiva del imputado o declaración de la víctima; o de las cosas u objetos relacionados con el delito: una cinta magnetofónica, un video, que contienen conversaciones o imágenes relacionados con hechos delictivos, merecen esta calificación y exigen la investigación necesaria para su comprobación” (Sánchez Velarde 2006, p. 658).

f) Finalidad de la prueba

Promovida la denuncia penal se inicia la investigación judicial, la que básicamente tiene dos finalidades: investigar los hechos delictivos producidos y lograr el suficiente grado de convicción de la responsabilidad penal del autor. Por ello la “inevitabilidad del proceso penal”, que ha de servir para poder demostrar la realización de los hechos, lo mas ajustado a la verdad, qué circunstancias rodearon su perpetración, la participación directa o compartida del o de los agentes, los motivos, etc.

Todo ello tiene que ser comprobado mediante la “prueba penal”, por ello nos dice García Rada que, “en el proceso penal, la prueba tiene doble función: introducir nuevos hechos en el proceso y acreditar la veracidad de la denuncia. Así, al interrogar al testigo, el Juez no puede limitarse a oír el relato, sino concluido éste, le preguntará sobre las demás circunstancias y personas que intervinieron. El mero relato será su aporte a la investigación, lo demás servirá para adquirir nuevos medios probatorios que requieren comprobación judicial. Es decir, ofrecerá pruebas juntamente con el relato de lo visto. Aun sin quererlo el testigo aportará nuevas pruebas. Existe entrecruzamiento entre hechos y pruebas que quedarán deslindados en la sentencia” (1984, p. 182).

“El proceso penal es el único medio predeterminado por la ley, por el cual el derecho penal se afirma y realiza” (Oré Guardia 2011, p. 267). “La

finalidad de la prueba consiste en formar la convicción judicial acerca de la existencia o no del hecho punible y de la participación del imputado, con todas sus circunstancias, tal y como aconteció en la realidad histórica anterior al proceso” (San Martín Castro 2015, p. 513).

g) Valoración de la prueba

Cometido el delito y sujeto el imputado al proceso penal, la única forma de comprobar su responsabilidad o no en el hecho delictivo, es mediante la “prueba penal”, que tiene por finalidad demostrar los hechos y fundamentalmente crear en el juez la “convicción” de la realización, del mismo y el grado de responsabilidad que ha de enrostrarse al autor o autores. Solo de esta manera el Juez podría decidir una sentencia condenatoria, caso contrario deberá absolver al procesado.

La “valoración de la prueba” determina una necesaria operación intelectual por parte del Juez, quien valorará de manera lógica he inferencial, los elementos probatorios y su mérito, para llegar a una determinación con respecto a la realidad de los hechos y la responsabilidad del autor.

“La valoración o apreciación de la prueba constituye, indudablemente, una operación fundamental en todo proceso y, por tanto, también en el proceso penal. Mediante la misma se trata de determinar la eficacia o influencia que los datos o elementos probatorios aportados al proceso, mediante los medios de prueba, tendrán en la formación de la convicción del Juzgador” (“Miranda Estrampes, citado por Rosas Yataco 2009, p. 721”).

La norma procesal penal también regula la “valoración” de la prueba, estableciendo que “en la valoración de la prueba el Juez deberá observar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia, y expondrá los resultados obtenidos y los criterios adoptados. En los supuestos de testigos de referencia, declaración de arrepentidos o colaboradores y situaciones análogas, sólo con otras pruebas que corroboren sus testimonios

se podrá imponer al imputado una medida coercitiva o dictar en su contra sentencia condenatoria” (art. 158 CPP). “En igual sentido la valoración de la prueba por indicios requiere: a) que el indicio esté probado; b) que la inferencia esté basada en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia; y, c) que cuando se trate de indicios contingentes, éstos sean plurales, concordantes y convergentes, así como que no se presenten contraindicios consistentes” (art. 158.3 CPP).

12) Principios probatorios

Los principios tanto de Derecho penal como del Proceso penal, son fórmulas abstractas que condensan postulados esenciales y rectores, que fundamentan y legitiman la generación y aplicación de estas ramas especializadas del Derecho. Son esencialmente necesarios para el racional encausamiento de la normatividad punitiva, tanto en el proceso de criminalización primaria, como en la criminalización secundaria.

Para el profesor Mixan Mass, “estos principios, debido a que constituyen categorías del conocimiento jurídico, poseen una aptitud orientadora en la actividad práctica: ‘iluminan’ para la aplicación eficiente del derecho positivo, sirven para subsanar las deficiencias de éste o para resolver las incompatibilidades de la ley o para solucionar jurídicamente casos no regulados (el silencio, ‘las lagunas de la ley’). En su concreción práctica, los principios jurídicos asumen la función de ‘regla fundamental de conducta’ del ‘operador del derecho’. La práctica es la que permite demostrar o refutar la coherencia entre el principio y la realidad normada, así como conocer qué condiciones son necesarias para la concreción eficaz de los principios jurídicos” (1992, p. 97).

Conforme lo refiere el profesor colombiano Martínez Ravé, “los principios rectores son aquellos que consagran la filosofía y la orientación que el procedimiento penal tiene en cada país. Por eso generalmente se encuentran en la Constitución Política, señalados en forma expresa o tácita.

Este ha sido motivo por el cual muchos tratadistas consideran que es innecesario incluirlos expresamente en el Código de Procedimiento Penal por cuanto al estar consagrados en la Constitución deben aplicarse en todos los estatutos procesales” (Citado por Rosas Yataco 2009, p. 726).

a) Principio de necesidad y libertad de la prueba

Principio derivado directamente de la aplicación del “debido proceso”, que consiste en que toda decisión judicial, sean providencias, autos o sentencias, orientadas a resolver el fondo de la controversia, debe basarse de manera directamente proporcional a las pruebas que obran lícitamente en el proceso. Y es que, para que el Juez tome una decisión en el proceso, requiere necesariamente de un conocimiento objetivo y fundado en una correcta y libre apreciación y valoración de la prueba. De esta manera, se evitan excesos y una posible afectación de la seguridad jurídica. En este sentido “iuxta allegata et probata iudex iudicare debet” (“el juez debe sentenciar conforme a lo alegado y probado”); y, “in iudicio quod non apparet non est” (“lo que no aparece del juicio es como si no existiera”).

“Por consiguiente, conlleva la prohibición al funcionario judicial de fundar sus decisiones en su conocimiento privado, que, como es obvio, no comprende a los hechos notorios, ya que atentaría en forma grave contra el derecho de defensa, la contradicción y la publicidad de la prueba. El juzgador con su conocimiento privado, con su saber privado, no ‘adquirido en el ejercicio de su actividad oficial, es decir, el obtenido por las pruebas efectuadas en el proceso, en aquellos ordenamientos procesales que le otorgan facultades inquisitivas en materia probatoria, podrá y deberá utilizar su conocimiento privado sólo para decretar pruebas de oficio” (Cuello Iriarte 2008, p. 672).

“Representa una inapreciable garantía para la libertad y los derechos del individuo, pues asegura la imparcialidad del funcionario judicial y la posibilidad de una verdadera revisión de sus decisiones por su superior. De

ahí que se hable de la necesidad, es decir, de aquello a lo que es imposible faltar o de lo que no se puede desistir, donde no cabe la opción o libertad: el funcionario debe decidir con base en las pruebas regular y oportunamente aportadas al proceso. Principio predicable a todas las especies de pruebas judiciales, que cobra una especial significación tratándose de las penales, en donde adquiere una importancia capital, dado que el proceso criminal tiene por finalidad desvirtuar una original y gran presunción, la de inocencia, que algunos llaman estado, y que solo se logra mediante el allegamiento al proceso de pruebas -hechos demostrados- de cargo. Tiene fundamento constitucional y en el bloque de constitucionalidad” (Loc cit.).

b) Principio de originalidad, unidad y pertinencia de la prueba

“En el proceso penal todo se puede probar y por cualquier medio de prueba. Esto significa que no se exige la utilización de un medio determinado y si bien se debe recurrir al que ofrece mayores garantías de eficacia, el no hacerlo carece de sanción y no impide el descubrimiento de la verdad por otros medios. Se pueden emplear medios de prueba no reglamentados, siempre que sean adecuados para descubrir la verdad. En el proceso penal no se tendrán en cuenta los límites probatorios establecidos por las leyes civiles, excepto aquellos que se refieran al estado civil o de ciudadanía de las personas” (Cubas Villanueva 2015, p. 338).

Cuando se habla de la “pertinencia de la prueba”, se hace referencia a ella en relación directa con el “hecho o circunstancia que se quiere constatar o acreditar y el medio de prueba que el juez utilizará para tal finalidad”.

A decir de Sánchez Velarde, el principio de “unidad de la prueba” informa que “toda la actividad probatoria constituye un todo dentro del proceso, aún cuando se obtenga en distintos momentos. La relación jurídico-procesal es una sola y cualquier actividad postulatoria sobre la prueba repercute en la otra parte” (2006, p. 647).

c) Principio de comunidad de la prueba

La vital importancia de la prueba en el proceso penal determina una valoración integral de las mismas por parte del juez. Por ello el aporte probatorio y su instalación en el proceso, necesariamente irradia sus efectos a todos sus actores. Por ello resulta intrascendente quien o quienes realizan el aporte probatorio, ya que nadie puede parcializar o privatizar su utilización, ni mucho menos oponer sus efectos para la contra parte.

“También llamado de adquisición procesal de la prueba, en cuanto a una prueba se incorpora al proceso ya sea afirmando o negando un hecho o circunstancia, puede ser alegado por cualquiera de las partes, independientemente de quien la ofreció” (Cubas Villanueva 2015, p. 338).

Como efecto de la “mancomunidad de la prueba”, por ejemplo, las pruebas postuladas y presentadas por el fiscal, no son de uso o efecto exclusivo de la autoridad del Ministerio Público, sino que también la defensa tendrá derecho a su conocimiento y valor probatorio.

“En virtud de la comunidad de la prueba se busca el equilibrio o igualdad que debe existir en el proceso penal: las partes deben tener las mismas posibilidades de ataque y defensa, sobre todo, tratándose de las pruebas que se incorporan al proceso; de tal manera que las parte carece de facultad para evitar que la parte contraria o distinta a ella la conozca y la valore en el proceso pues, precisamente, en ello radica la importancia de la prueba” (Sánchez Velarde 2006, p. 647).

d) Principio de contradicción de la prueba

Como derivación del principio del debido proceso, y en igual sentido bajo la influencia de los principios de igualdad y de unidad y comunidad de la prueba, surge el principio de contradicción de la prueba, que en esencia faculta a las partes la oportunidad para que puedan no sólo conocerla a

plenitud, sino también puedan controvertirlas, discutir las e incluso cuestionarlas.

“Comprende el derecho de la parte o sujeto procesal a quien se opone una prueba de gozar de la oportunidad procesal de conocerla y discutirla, incluyendo en esto el ejercicio de su derecho de contraprobar, es decir, que debe llevarse a la causa con conocimiento y audiencia de las partes” (Cuello Iriarte 2008, p. 676)

e) Principio de publicidad de la prueba

Análogamente a lo ya referido, este principio de “publicidad de la prueba”, se deriva también de otros principios procesales, como el de “contradicción de la prueba”, siendo que incluso se le considera como elemento integrante de éste. Por el contrario, el “principio de publicidad de la prueba” está llamado a cumplir un fundamental papel en la legitimación y valía de los efectos que ha de tener en el proceso.

“Busca hacer conocida la prueba de la contraparte, de los sujetos procesales, en un determinado proceso, sin que tenga un alcance erga omnes y como presupuesto indispensable del ejercicio del derecho de contradicción de la misma. La doctrina y la jurisprudencia lo califican como un requisito fundamental para determinar el valor y la eficacia del medio de prueba, de la prueba judicial, en todos los procesos. Se cumple con la notificación del auto que decreta la prueba; con la posibilidad de la participación, en su práctica, de las partes, de los sujetos procesales, y de sus apoderados; y con el conocimiento de los mismos del valor de convicción que unitariamente y en conjunto les llegue a otorgar el fallador. Por lo mismo, tiene un alcance limitado o circunscrito a las partes, a los sujetos procesales, porque mediante él no se pretende darla a conocer a todo el mundo, erga omnes” (Cuello Iriarte 2008, p. 679-680).

f) Principio de inmediación en la actividad probatoria

Ya ha sido resaltada suficientemente la importancia de la actividad probatoria, como el medio idóneo y más técnico mediante la cual se ha de llegar al fin propuesto por el proceso penal. Por ello, esta fundamental actividad debe realizarse de manera directa y concentrada, propiciando la mayor aproximación de las partes y sujetos procesales con las pruebas obrantes en el expediente.

“En esencia significa el conocimiento inmediato, directo y simultáneo de la prueba por los sujetos procesales para su debate pero, sobre todo, por los órganos encargados de la decisión judicial final. Este principio rige toda la actividad probatoria en el juicio oral y su importancia radica en la relación directa de la prueba y el tribunal juzgador, y en tal sentido, la oralidad juega un rol también importante; la palabra hablada es la manifestación natural y originaria del pensamiento humano por lo tanto, todo aquello que se analice en el juicio pasa por la forma oral de comunicación: el examen de testigos, de la víctima, del acusado; de las pruebas objetivas o materiales, a través de las argumentaciones que hagan las partes sobre las mismas; etc.” (Sánchez Velarde 2006, p. 645).

13) Prueba anticipada y prueba preconstituida

La denominada “prueba anticipada” se fundamenta en la necesidad de actuación probatoria (en especial de la testimonial), cuando la actuación del específico medio de prueba pueda ser de imposible realización en el acto del juicio oral. Al efecto, este tipo de prueba puede ser definido como especiales “actos de investigación de carácter personal e irrepetible, que por su necesidad urgente se realizan por el juez de la investigación preparatoria bajo las pautas de oralidad, inmediación y contradicción”. (Loc. cit.)

“A diferencia de la prueba preconstituida, su objeto no es documental sino testifical y pericial, y el sujeto que la actúa es siempre el juez -principio de exclusividad jurisdiccional-. Además, a diferencia de la prueba plenaria, es inmediata en su ejecución pero mediata en su valoración, compartiendo con ella el principio de publicidad. En definitiva, lo característico de la prueba anticipada es que es típica del juicio oral, de modo que su práctica anticipada se ha de hacer exactamente igual que si se ejecutara en ese acto. Así, interrogatorio. Igualmente, deberá quedar plasmada, de ser posible, en un sistema de grabación que permita su reproducción plena en la vista” (San Martín Castro 2015, p. 582).

“La prueba anticipada, es aquello practicada siempre con intervención del Juez Penal o Tribunal y con posibilidad de someterla a contradicción, realizada cuando fuere de temer que no podrá practicarse en el juicio oral o que pudieran motivar su suspensión, esto es, cuando no sean reproducibles en el acto oral o cuando siendo por naturaleza reproducibles, como es la declaración testifical, concurren circunstancias fundadas que impiden practicarlas en el plenario” (Hernández Gil, citado por Rosas Yataco 2009, p. 738).

Nuestro CPP regula los supuestos de procedencia de la prueba anticipada (art. 242). Así, “durante la tramitación de las diligencias preliminares o una vez que ya se ha formalizado la investigación preparatoria, a solicitud del Fiscal o en su caso, de los demás sujetos procesales, podrá acudirse ante el Juez de la investigación preparatoria, a efecto de llevarse a cabo la actuación de una prueba anticipada en los siguientes casos”:

a) “La declaración testimonial y el examen de peritos; que procede cuando se presenten condiciones que requieran examinarlos con urgencia ante la presencia de un motivo fundado para considerar que no podrá hacerse en el juicio oral, sea por enfermedad u otro impedimento de naturaleza grave; o cuando se den supuestos de exposiciones a violencia, amenaza, ofertas o

promesa de dinero u otra utilidad a efecto de que no declaren o lo hagan falsamente”.

b) “El careo, que, bajo los supuestos anteriores, procederá entre las personas que han declarado por los mismos motivos”.

c) “Reconocimiento, inspecciones o reconstrucciones, que por su naturaleza y características deben ser considerados actos definitivos e irreproducibles, y no sea posible postergar su realización hasta la verificación del juicio”.

d) “La declaración de las niñas, niños y adolescentes en su calidad de agraviados por delitos de violación de la libertad personal, violación de la libertad sexual, proxenetismo y ofensas al pudor público. Estas declaraciones deberán ser realizadas con la intervención de psicólogos especializados en cámara Gesell o salas de entrevistas debidamente implementadas por el Ministerio Público. Estas declaraciones y entrevistas serán filmadas y grabadas a fin de evitar la revictimización de los agraviados”.

e) “La declaración, testimonial y examen de perito en casos de criminalidad organizada, así como en los delitos contra la administración pública”.

“La prueba preconstituida, es aquella prueba practicada tanto antes del inicio formal del proceso -en la denominada fase preprocesal- cuando en la propia fase de investigación, realizada siempre con las garantías constitucionales y legales pertinentes, y en la medida en que sean de imposible o de muy difícil reproducción” (Rosas Yataco 2009, p. 738).

“La denominada prueba preconstituida es, sin duda, el aspecto hoy en día, de más alto nivel polémico. No está definida legalmente. El NCPP tiene señalado en su art. 325 el carácter de prueba de las actuaciones objetivas e irreproducibles -que el art. 425.2 NCPP denomina prueba preconstituida-, siempre que se lean en la estación oportuna del juicio oral -forma de reproducción o ratificación-. En verdad no es una prueba en estricto, sino un acto de investigación que adquiere valor probatorio realizado en el propio proceso penal, en etapas anteriores al juicio oral” (San Martín Castro 2015, p. 578).

Lo dicho determina que este tipo de prueba “preconstituida” se refiere directamente a hechos, que permiten, a través de ellos, constatar la realidad de un determinado hecho fáctico, como pueden ser por ejemplo, registros domiciliarios, registro vehicular o personal, alcoholemia; o también la prueba de la existencia de alguna relación entre las personas, para lo cual se puede instrumentalizar la intervención telefónica o de otras comunicaciones, que ciertamente no podrían ser reproducidas idénticamente.

14)Apreciación de la prueba en materia sexual

En todo hecho delictivo la única forma de descubrir la verdad es a través de la actuación de la prueba, que adecuadamente instrumentalizada, permite la comprobación o no de la realidad de los hechos ocurridos en la realidad. “Etimológicamente prueba proviene del adverbio ‘*probe*’ que significa ‘*honradez*’, considerándose que obra con honradez quien prueba lo que pretende; otra acepción es la del término ‘*probandum*’, que significa recomendar, aprobar, dar fe; de allí que se afirme que ‘*probatio est demonstrationis veritas*’, es decir, prueba es la demostración de la verdad” (Cabanellas 1981. p. 497). De esta manera, Sánchez Velarde indica que “la prueba en materia judicial constituye una actividad preordenada por la ley, que se encuentra sometida al criterio de la autoridad judicial y mediante la cual se espera descubrir u obtener la verdad de un hecho controvertido. Es querer la demostración de la verdad y el convencimiento del juez, quien para sentenciar necesita adquirir plena certeza” (2006. p. 640).

En tal sentido, la “actividad probatoria” se constituye en el elemento fundamental del proceso de constatación de la verdad para la “determinación de la responsabilidad penal” y la correspondiente consecuencia jurídica. De tal manera que, “conforme a lo establecido en el artículo 155 del C.P.P”. “La actividad probatoria en el proceso penal está regulada por la Constitución, los Tratados aprobados y ratificados por el Perú y por este Código”. Conforme a los fundamentos del R.N. N° 1768-2006 – Loreto, “el derecho

fundamental a la prueba tiene protección constitucional, en la medida en que se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139, inciso 3 de la Constitución. En este sentido, una de las garantías que asisten a las partes del proceso es la de presentar los medios probatorios necesarios que posibiliten crear convicción en el juzgador sobre la veracidad de sus argumentos. Sin embargo, como todo derecho fundamental, el derecho a la prueba también está sujeto a restricciones o limitaciones, derivadas tanto de la necesidad de que sean armonizados con otros derechos o bienes constitucionales -límites extrínsecos-, como de la propia naturaleza del derecho en cuestión -límites intrínsecos-“.

Sin embargo, desde la perspectiva normativa, “el reconocimiento del derecho a la prueba es restringido, y se le correlaciona casi exclusivamente con la presunción de inocencia. Por eso, generalmente aparece bajo la fórmula siguiente: la persona se considera inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”. Este es el enunciado utilizado en el artículo 2, inciso 24, acápite e, de nuestra Constitución, que reproduce lo estipulado por el artículo XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y, en cierta forma lo prescrito en los artículos 11, inciso 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 14, inciso e, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 8, inciso 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

“No obstante es menester considerar que el derecho a la prueba apareja la posibilidad de postular, dentro de los límites y alcances que la Constitución y las leyes reconocen, los medios probatorios pertinentes para justificar los argumentos que el justiciable esgrime a su favor. Por ello, no se puede negar la existencia del derecho fundamental a la prueba. Constituye un derecho básico de los justiciables producir la prueba relacionada con los hechos que configuran su pretensión o su defensa. Según este derecho, las partes o un tercero legitimado en un proceso o procedimiento tienen el derecho de producir la prueba necesaria con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa. Se trata, pues, de un

derecho complejo cuyo contenido, de acuerdo con lo señalado anteriormente por el Tribunal Constitucional” (“vid. STC 06712-2005/HC/TC, FJ 15).

“Por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que éstos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el medio probatorio que tenga en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado. Como puede verse, de los elementos que forman parte del contenido del derecho a la prueba uno está constituido por el hecho de que las pruebas actuadas dentro del proceso penal sean valoradas de manera adecuada y con la motivación debida. De lo cual se deriva una doble exigencia para el Juez: en primer lugar, la exigencia del Juez de no omitir la valoración de aquellas pruebas que son aportadas por las partes al proceso dentro del marco del respeto a los derechos fundamentales y a lo establecido en las leyes pertinentes; en segundo lugar, la exigencia de que dichas pruebas sean valoradas motivadamente con criterios objetivos y razonables. Por ello, la omisión injustificada de la valoración de una prueba aportada por las partes, respetando los derechos fundamentales y las leyes que la regulan, comporta una vulneración del derecho fundamental a la prueba y, por ende, al debido proceso” (cit. R.N. N° 1768-2006 – Loreto).

En tal sentido, resulta evidente que la “actividad probatoria” se constituye en un elemento de suma importancia y completamente ineludible en el proceso penal. “Pues, únicamente mediante la actividad probatoria se concreta legítimamente el principio de la ineludibilidad (necesidad) de la prueba. Igualmente, sólo mediante la actividad probatoria concretada con probidad se puede alcanzar la convicción (certeza), previa indagación y verificación sobre la imputación que ha constituido el tema probandum. La actividad probatoria, por la propia naturaleza de aquello que trata de conocer, tiene necesariamente un carácter reconstructivo; es decir, como lo

explica Dellepiane, se aplica el método reconstructivo que consiste en: ir de los rastros dejados por las cosas, hechos o seres, a estos mismos seres, hechos o cosas...es un método compuesto que a semejanza del método estadístico utiliza y combina varios procedimientos lógicos. El punto de partida es la observación, no precisamente de las cosas, hechos o seres que deben reconstruirse en cuanto esta rara vez pueden observarse directamente, sino la observación de los rastros, vestigios, efectos por ellos dejados. Por lo mismo que el reconstructor emplea la observación, quiere decir que está sujeto a las normas de ésta; que no recoge mecánicamente ni se fija en todo documento, y que, como le está vedado experimentar, suple este procedimiento con la observación comparativa, con los casos variados que le ofrece la realidad, para lo cual desempeñan un gran papel y cooperan eficazmente la sagacidad, la intuición científica, una vasta erudición, el mayor poder de encontrar relaciones entre las cosas, una apariencia más grande para acumular y verificar las pruebas” (Mixán Mass 1992, p. 158).

La problemática de la “debida y adecuada apreciación de la prueba en los delitos sexuales”, ha sido objeto de tratamiento en el Acuerdo Plenario N° 1-2011/CJ-116 (06-12-11), bajo la premisa de que “existe un criterio estadístico de absoluciones (90%), en casos de denuncias por delitos contra la Libertad Sexual de mujeres adultas y adolescentes (de 14 a 17 años de edad), estimándose que el motivo de tal conclusión es la forma de valorar la prueba indiciaria. Asimismo, se entiende que algunos sectores de la comunidad, asumen que esta apreciación probatoria está gobernada por estereotipos de género en los Policías, Fiscales y Jueces”.

En tal sentido, nuestra Corte Suprema, identifica como los problemas objeto de análisis jurisprudencial, los siguientes:

1. “Determinar si en materia del delito de violación sexual previsto en el artículo 170° del Código Penal, constituye una dilucidación probatoria exclusiva y excluyente al objeto procesal, la vinculada a la resistencia o no de la víctima -alrededor del acto sexual que fue doblegada por el agente”.

2. “Establecer si en materia de prueba personal, los supuestos de retractación y no persistencia en las declaraciones ofrecidas por las víctimas de violación sexual debe necesariamente conllevar a un menoscabo de la confiabilidad de la sindicación primigenia”.
3. “Precisar algunos alcances en el ámbito de la corroboración objetiva: prohibiciones y autorizaciones”.
4. “Evitación de una victimización secundaria”.

1. Primer tema: “irrelevancia de la resistencia de la víctima de agresión sexual”.

Fundamento 21°. “El proceso penal incorpora pautas probatorias para configurar el delito de violación sexual. Una de estas es la referida a la correcta determinación del objeto procesal y lo que es materia a probar. El delito se configura con la realización del agente del acto sexual indeseado, involuntario o no consentido, y que, por ende, no existe forma en que la resistencia de la víctima se erija en presupuesto material *sine qua non* para la configuración de este ilícito penal. En consecuencia, la constatación de si el agente doblegó o no la resistencia de la víctima de abuso sexual, en absoluto constituye objeto de dilucidación preponderante en el proceso, pues existen supuestos como el abuso sexual practicado con amenaza grave coetánea a la consumación del acto, o se realizan bajo un contexto objetivamente intimidatorio anterior y contemporáneo a la consumación del abuso sexual”.

“De igual modo, se presentan cuando acontecen circunstancias de cautiverio, en contexto análogo, o dicho abuso es sistemático o continuado. Es decir, son casos en los cuales la víctima no explicita una resistencia u opta por el silencio, dada la manifiesta inutilidad de su resistencia para hacer desistir al agente, o asume tal inacción a fin de evitar un mal mayor para su integridad física”.

2. Segundo tema: “Declaración de la víctima”

Fundamento 22°. “La Corte Suprema de Justicia ha tenido la oportunidad de pronunciarse en relación a dos tópicos vinculados al que es materia del presente Acuerdo (supuestos de retractación y no persistencia): **i)** Respecto a la validez de la declaración de los testigos hecha en la etapa de instrucción -y en la etapa policial sujeta a las exigencias legales pertinentes- a pesar de que éstos se retracten en la etapa del juzgamiento (ver Ejecutoria Vinculante emitida en el R.N. N° 3044-2004); y **ii)** Referente a los criterios de valoración que deben observarse en los supuestos de las declaraciones de agraviados (testigos víctimas). (véase Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116-).”

Fundamento 23°. “Se ha establecido anteriormente *-con carácter de precedente vinculante-* que al interior del proceso penal frente a dos o más declaraciones carentes de uniformidad o persistencia -en cuanto a los hechos incriminados- por parte de un mismo sujeto procesal: co-imputado, testigo víctima, testigo, es posible hacer prevalecer como confiable aquella con contenido de inculpación por sobre las otras de carácter exculpante. Dicho criterio encuentra particular y especial racionalidad precisamente en este ámbito de delitos sexuales en los que es común la existencia de una relación parental, de subordinación o de poder entre agente y víctima”.

Fundamento 24°. “La retractación como obstáculo al juicio de credibilidad se supera en la medida en que se trate de una víctima de un delito sexual cometido en el entorno familiar o entorno social próximo. En tanto en cuanto se verifique (i) la ausencia de incredibilidad subjetiva –que no existan razones de peso para pensar que prestó su declaración inculpatoria movidos por razones tales como la exculpación de terceros, la venganza, la obediencia, lo que obliga a atender a las características propias de la personalidad del declarante, fundamentalmente a su desarrollo y madurez mental-, y (ii) se presenten datos objetivos que permitan una mínima corroboración periférica con datos de otra procedencia –la pluralidad de datos probatorios es una exigencia de una correcta y segura valoración

probatoria, sin perjuicio de que la versión de la víctima (iii) no sea fantasiosa o increíble y que (iv) sea coherente”.

“A los efectos del requisito de (v) uniformidad y firmeza del testimonio inculpatario, en los delitos sexuales ha de flexibilizarse razonablemente. Ha de tenerse en cuenta que la excesiva extensión temporal de las investigaciones genera espacios evolutivos de sentimientos e ideas tras la denuncia, pues a la rabia y el desprecio que motivó la confesión de la víctima se contraponen sentimientos de culpa por denunciar a un familiar, o a una persona estimada. La experiencia dicta que no es infrecuente reproches contra la víctima por no cumplir con el mandato de mantener unido al grupo familiar, así como vivencias, en algunos casos, de las dificultades por las que atraviesa la madre para sostener económicamente a los miembros de la familia. Todo ello genera una sensación de remordimiento de la víctima por tales consecuencias, a lo que se suma, en otros casos, la presión ejercida sobre ésta por la familia y por el abusador, todo lo cual explica una retractación y, por tanto, una ausencia de uniformidad”.

Fundamento 25º. “Por tanto, en esta línea la persecución de los delitos sexuales escapa de la esfera privada. La voluntad familiar no puede impedir o limitar la intervención penal, pues las consecuencias de estos delitos trascienden dicho ámbito y su tratamiento es de autonomía pública. Lo propio ocurre si el agente es también cercano a la víctima por motivos de confianza –vecino-, o haber tenido una relación de autoridad –padrastra, profesor, instructor, etcétera-; o también por móvil de temor a represalias en caso de residencia próxima del agente respecto de la víctima”.

Fundamento 26º. “La validez de la retractación de la víctima está en función de las resultas tanto de una evaluación de carácter interna como externa. En cuanto a la primera, se trata de indagar: **a)** la solidez o debilidad de la declaración inculpataria y la corroboración coetánea –en los términos expuestos- que exista; **b)** la coherencia interna y exhaustividad del nuevo relato y su capacidad corroborativa; y, **c)** la razonabilidad de la justificación

de haber brindado una versión falsa, verificando la proporcionalidad entre el fin buscado *-venganza u odio-* y la acción de denunciar falsamente. Respecto de la perspectiva externa, se ha de examinar: **d)** los probados contactos que haya tenido el procesado con la víctima o de su objetiva posibilidad, que permitan inferir que la víctima ha sido manipulada o influenciada para cambiar su verdadera versión; y, **e)** la intensidad de las consecuencias negativas generadas con la denuncia en el plano económico, afectivo y familiar. A estos efectos, el propio relato de la víctima se erige en la herramienta más sólida para advertir estos indicadores, al igual que la información que puedan proporcionar sus familiares cercanos”.

Fundamento 27°. “Cabe puntualizar, conforme lo establecido en el literal d) de la Regla 70 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional, la credibilidad, la honorabilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo no podrán inferirse de la naturaleza sexual del comportamiento anterior o posterior de la víctima o de un testigo. El juicio de atendibilidad o credibilidad, por tanto, no puede sustentarse únicamente en la conducta de la víctima. Con razón ha señalado la Corte Constitucional Colombiana, en su Sentencia T-453/05, del dos de mayo de 2005: *<...de la experiencia sexual anterior de la víctima no es posible inferir el consentimiento a un acto sexual distinto y ajeno a los contextos y a las relaciones que en ella pudiere haber consentido a tener contacto sexual con personas diferentes al acusado>*”.

“Por otro lado, en reglas que se explican por sí solas, cuya legitimidad fluye de lo anteriormente expuesto, es del caso insistir en la aplicación de los literales a) al c) de la Regla 70 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional. Son las siguientes”:

A. “El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre”.

B. “El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando ésta sea incapaz de dar un consentimiento libre”.

C. “El consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual”.

3. Tercer tema: “La prueba en el Derecho Penal Sexual”

Fundamento 28°. “El Juez es soberano en la apreciación de la prueba. Ésta, empero, no puede llevarse a cabo sin limitación ni control alguno. Sobre la base de una actividad probatoria concreta -nadie puede ser condenado sin pruebas y que éstas sean de cargo-, y jurídicamente correcta -las pruebas han de ser practicadas con todas y cada una de las garantías que le son propias y legalmente exigibles-, se ha de llevar a cabo con arreglo a las normas de la lógica, máximas de la experiencia -determinadas desde parámetros objetivos- y los conocimientos científicos; es decir, a partir de la sana crítica, razonándola debidamente (principio de libre valoración con pleno respeto de la garantía genérica de presunción de inocencia: artículos VIII TP, 158°.1 y 393°.2 NCPP)”.

Fundamento 29°. “La selección y admisión de la prueba en el proceso penal se informa del principio de pertinencia de la prueba –de expresa relevancia convencional-, así como los principios de necesidad –que rechaza la prueba sobreabundante o redundante-, conducencia o idoneidad, y utilidad o relevancia. El primero exige la vinculación lógico-jurídica entre el objeto de prueba y el medio de prueba. Tal circunstancia no cambia para el caso del procesamiento de delitos sexuales, donde es en función de las particularidades situacionales del hecho sexual que se distingue, escoge y prefiere entre los distintos medios de prueba que se tienen al alcance para determinar, confirmar o rechazar la tesis inculpatória objeto de prueba”.

Fundamento 30°. “La recolección de los medios de prueba en el caso de delitos sexuales no constituye una selección acostumbrada, uniforme y cotidiana aplicada por igual a todos los casos de agresión sexual, menos aún su valoración. Atento al principio de pertinencia, el medio de prueba

debe guardar estrecha relación con la materia que se quiere dilucidar, distinguiéndose: **a)** por el grado de ejecución: la de un hecho tentado o consumado; **b)** por el objeto empleado para la penetración: miembro viril o un objeto análogo; **c)** la zona corporal ultrajada: vaginal, anal o bucal; **d)** por la intensidad de la conducta: penetración total o parcial; **e)** por el medio coaccionante empleado: violencia física, violencia moral o grave amenaza; **f)** por las condiciones personales de la víctima: mayor de edad, menor de edad, aquella que no pudo consentir jurídicamente, el incapaz porque sufre anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o retardo mental”.

Fundamento 31º. “El Juez atenderá, en concreto, las particularidades de cada caso para establecer la relevancia de la prueba como consecuencia de la declaración de la víctima o testigo, y la adecuará a la forma y circunstancias en que se produjo la agresión sexual (unida a su necesidad – aptitud para configurar el resultado del proceso- y a su idoneidad –que la ley permite probar con el medio de prueba el hecho por probar-). A manera de ejemplo, si para el acceso carnal medió únicamente grave amenaza -en cuyo caso ni siquiera requiere algún grado de resistencia- no es exigible que el examen médico arroje lesiones paragenitales que evidencien resistencia física por parte de la víctima. Se ha de acudir a otros medios de corroboración, tal es el caso de la pericia psicológica, u otras que se adecuen a las peculiaridades del hecho objeto de imputación”.

Fundamento 32º. “Las variadas combinaciones que la multiplicidad de conductas reguladas puede arrojar y aplicarse en la *praxis* a un supuesto determinado de la realidad exige al Juzgador valerse de los distintos medios de prueba actuados en la causa que por su naturaleza puedan corroborar una incriminación. Así la problemática que advierte respecto a la indebida valoración de la pericia médico legal que no consigna lesiones paragenitales y/o himeneales, se despeja sin más a través de una atenta aplicación del principio de idoneidad de la prueba penal en relación a las circunstancias y medios empleados por el agresor para conseguir el quiebre de la voluntad de la víctima. Si los medios delictivos consisten en la amenaza, la penetración vaginal fue incompleta, o la agresión sexual radicó en la práctica

genitalica-bucal, resulta absurdo admitir a trámite la referida prueba técnica, actuarla y, menos, valorarla. Será la declaración de la víctima la que, finalmente oriente la dirección de la prueba corroborativa. De este modo, se desmitifica la prueba médico forense como una prueba de actuación obligatoria ante la sola mención del tipo legal imputado”.

Fundamento 33º. “Lo expuesto no importa disminuir el alcance probatorio de la pericia médico-legal, sino identificar el contexto en la que sus conclusiones adquieren real vinculación y potencialidad con la acción delictiva objeto de imputación. Dicha prueba pericial será trascendente cuando se atribuya -usualmente por parte de la propia víctima- el empleo de agresión física, penetración violenta o sangrado producto de los hechos, las que de no evidenciarse, pese a la inmediatez de la actuación de la pericia, será relevante para debilitar el alcance de la declaración de la víctima o considerar la ausencia de corroboración”.

Fundamento 34º. “El principio de pertinencia y el derecho constitucional de la víctima a que se proteja su derecho a la intimidad transforman las pruebas solicitadas para indagar respecto a su comportamiento sexual o social, anterior o posterior al evento criminal acaecido, en pruebas constitucionalmente inadmisibles, cuando impliquen una intromisión irrazonable, innecesaria y desproporcionada en su vida íntima. Éste sería el caso cuando se indaga genéricamente sobre el comportamiento sexual o social de la víctima, previo o posterior a los hechos objeto de investigación o enjuiciamiento –esta es la base de la regla 71 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional-. Por el contrario, ningún reparo se advierte en los actos de demostración y de verificación de las circunstancias en que se realizó la agresión sexual imputada”.

Fundamento 35º. “La regla expuesta, en clave de ponderación, está limitada por la garantía genérica de defensa procesal y en el principio de contradicción. Frente a un conflicto entre ambos derechos fundamentales y garantías constitucionales, para proceder a la indagación íntima de la víctima, en principio prohibida (Regla 71 ya citada), deberá identificarse una

vinculación lógica entre la prueba indagatoria restrictiva de la vida íntima y la tesis defensiva correspondiente, por lo que dicho examen sólo cabría si *(i)* tal indagación está dirigida a demostrar que el autor del ilícito es otra persona y no el procesado; *(ii)* o si como, consecuencia de impedir esa indagación, se vulnera gravemente la garantía de defensa del imputado. Por ejemplo, cuando éste trate de acreditar anteriores o posteriores contactos sexuales con la víctima que acrediten de ese modo el consentimiento del acto”.

“A estos efectos, deberá superarse, además, el *test de proporcionalidad* que finalmente justifique la idoneidad de la prueba indagatoria al objeto de la prueba en prevalencia del derecho de defensa del imputado. Este test exige, en primer lugar, analizar el fin buscado para ver si es imperioso para la defensa; en segundo lugar, examinar si el medio para llegar a dicho fin es legítimo; y, en tercer lugar, estudiar la relación entre el medio y el fin aplicando un juicio de necesidad. Luego, de ser razonable a la luz de estos pasos, se aplicará el juicio de proporcionalidad en sentido estricto para determinar si el grado de afectación del derecho a la intimidad es desproporcionado [Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-453/05, del dos de mayo de 2005]”.

Fundamento 36º. “Estas previsiones jurisprudenciales persiguen evitar innecesarios cuestionamientos de la idoneidad moral de la víctima, los cuales legitimarían una gama de prejuicios de género, orientados a rechazar la imputación penal con base a su comportamiento sexual. Tales cuestionamientos son innecesarios y conllevan una irrazonable intromisión en la vida íntima de la víctima sin que aporte ningún elemento probatorio de lo sucedido en la relación entre víctima y acusado”.

4. Cuarto tema: “*Evitación de la Estigmatización secundaria*”.

“La victimización primaria se produce como consecuencia directa del crimen (en este caso, sexual). La victimización secundaria viene constituida por los sufrimientos de las víctimas que con motivo de la investigación del caso y

corroboración de las afirmaciones infieran las instituciones, criminólogos, funcionarios de instituciones penitenciarias, entre otros. La victimización terciaria es aquella que infringe la sociedad”.

Fundamento 37°. “El Estado ha de mostrar una función tuitiva respecto a la víctima que denuncia una agresión sexual, como criterio de justicia y por fines de eficacia probatoria. La victimización secundaria hace referencia a la mala o inadecuada atención que recibe una víctima por parte del sistema penal, e instituciones de salud, policía, entre otros. La revictimización también incluye la mala intervención psicológica terapéutica o médica que brindan profesionales mal entrenados para atender situaciones que revisten características particulares. La víctima de una agresión sexual sufre por el propio hecho en sí; y por la dolorosa experiencia de repetir el suceso vivido a los profesionales de las diferentes instituciones sucesivamente: familia, pediatra, trabajadora social, médico forense, policía, psicólogo, juez, abogado del acusado. En efecto, el trauma de la víctima del abuso sexual se prolonga cuando debe enfrentarse a los interrogatorios que contempla el sistema de justicia”.

Fundamento 38°. “A efectos de evitar la victimización secundaria, en especial de los menores de edad, mermando las aflicciones de quien es pasible de abuso sexual, se debe tener en cuenta las siguientes reglas: **a)** Reserva de las actuaciones judiciales; **b)** Preservación de la identidad de la víctima; **c)** Promover y fomentar la actuación de única declaración de la víctima. Esta regla es obligatoria en el caso de menores de edad, valiéndose para ello de las directivas establecidas por el Ministerio Público en la utilización de la Cámara Gesell, especialmente respecto a la completitud, exhaustividad y contradicción de la declaración”.

“En lo posible tal técnica de investigación deberá estar precedida de las condiciones que regula la prueba anticipada del artículo 242°.1.a) del Código Procesal Penal 2004 y siguientes. La irrepetibilidad o indisponibilidad en su actuación radica en el retraso de la misma hasta el juicio oral, dada la corta edad de los testigos y las inevitables modificaciones de su estado

psicológico, así como un eventual proceso de represión psicológica. Su registro por medio audiovisual es obligatorio. De modo tal que, si a ello se agrega la nota de urgencia –que autoriza a las autoridades penales distintas del Juez del Juicio para su actuación (artículos 171°.3 y 337°.3.a NCPP)- de no existir cuestionamientos relevantes a la práctica probatoria, sea posible su incorporación al juicio a través de su visualización y debate. Excepcionalmente, el Juez Penal, en la medida que así lo decida podrá disponer la realización de un examen a la víctima en juicio cuando estime que tal declaración o exploración pre procesal de la víctima: **a)** no se ha llevado conforme a las exigencias formales mínimas que garanticen su derecho de defensa; **b)** resulte incompleta o deficiente; **c)** lo solicite la propia víctima 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 convocar a la víctima para que incorpore nueva información o aclare sectores oscuros o ambiguos de su versión; **e)** evitarse el contacto entre víctima y procesado, salvo que el proceso penal lo requiera”.

“Por su parte, el artículo 10 del D.S. N° 009-2016-MIMP (Reglamento de la Ley N° 30364 <Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar>), establece que, en la valoración de la prueba en casos de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, se observan las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia. Se debe evitar, en todo momento, la aplicación de criterios basados en estereotipos que generan discriminación (en estos procesos se admiten y valoran, de acuerdo a su pertinencia, todos los medios probatorios que puedan acreditar los hechos de violencia)”.

15) Actuación de la prueba científica del ADN

“La prueba es la actividad de las partes procesales, dirigida a ocasionar la acreditación necesaria -actividad de demostración- para obtener la convicción del juez decisor sobre los hechos por ellas afirmados -actividad de verificación- intervenida por el órgano jurisdiccional bajo la vigencia de los

principios de contradicción, igualdad y de las garantías tendentes a asegurar su espontaneidad e introducida, fundamentalmente, en el juicio oral a través de los medios lícitos de prueba. Debe quedar claro que lo que se prueba o se demuestra en el proceso jurisdiccional es la verdad o falsedad de los enunciados fácticos en litigio, tomando como base los medios de prueba relevantes y admisibles” (Taruffo citado por San Martín Castro 2015, p. 499).

“El objeto de prueba son los hechos alegados por las partes, que se refieren al objeto mismo que se pretende dilucidar en el proceso penal. Objeto de prueba es la materialidad sobre la cual recae la actividad, lo que se puede o debe probar. En el proceso penal todos los hechos son controvertidos y están necesitados de prueba, los hechos para que puedan producir certeza y convicción deben ser sometidos a una intensa actividad probatoria, a fin de acreditarlos o en su defecto a fin de desvirtuarlos. Objeto de prueba es lo que hay que determinar en el proceso; es en otras palabras, aquello sobre lo que el juez debe adquirir el conocimiento necesario sobre la cuestión sometida a examen. El objeto de prueba puede ser reconducido a un plano abstracto o en un plano concreto. Desde el primer punto de vista, se examinará qué es lo que puede ser probado en cualquier proceso penal; desde la segunda óptica, se considerará qué es lo que se debe probar en un proceso determinado. Dicho en otras palabras: todos los procesos penales cuentan con un objeto determinado por ley (punibilidad de la conducta y la responsabilidad penal del imputado), sin embargo, los hechos objeto de persecución penal, revelan características concomitantes distintas, de conformidad con la naturaleza del delito, el modo de comisión, el móvil, los partícipes, etc., lo cual amerita una actividad probatoria singularmente configurada” (Cit. Peña Cabrera 2014. p. 467 – 468).

En el contexto de la imputación penal en los delitos sexuales, resulta fundamental la apreciación de la prueba en estricta correlación al objeto de prueba, que es la constatación de la agresión sexual. Y en ese sentido la actividad de investigación se orienta generalmente a la prueba de la violación como introducción del órgano fálico, objetos o cualquier parte del cuerpo por la cavidad vaginal o rectal de la víctima (y en su caso la cavidad

bucal). Pero en ese transcurrir se han presentado casos en los que la imputación penal ha tenido como sustento fundamental, el que la violación determinó el embarazo de la víctima y el agente solicita como prueba fundamental de su defensa la prueba científica del ADN, la que por las mismas dificultades del sistema y la necesidad de darle continuidad y solución al litigio dentro de los parámetros del principio de celeridad procesal, muchas veces no llegaba a tiempo para su valoración y no era tomada en cuenta para la sentencia.

Al efecto, la Corte Suprema se ha pronunciado mediante la Casación N° 292-2014 Ancash, en cuya sumilla se expresa: “Cuando en el proceso se presenta una prueba científica de ADN que guarde relación directa con el hecho principal que se pretende probar, ésta debe actuarse en sede de instancia y en tiempo oportuno, así como efectuar su valoración previa a la emisión de la sentencia. El Juzgador no puede sentenciar si no se ha efectuado la actuación probatoria de dicha evidencia científica”. “Precisamente los motivos de la casación se centraron en la inobservancia de la garantía constitucional relacionado al principio constitucional de presunción de inocencia, derecho a la prueba pertinente y falta o manifiesta ilogicidad de la motivación, cuando el vicio resulte de su propio tenor; así como al desarrollo de doctrina jurisprudencial, respecto a”: "la necesaria realización de la prueba científica de ADN, su actuación en sede de instancia y su valoración previo a la emisión de sentencia".

Planteados así los motivos casacionales, inobservancia de las garantías constitucionales relacionadas a la presunción de inocencia, derecho a la prueba pertinente -prueba científica de ADN- así como la falta o manifiesta ilogicidad de la motivación, en sus fundamentos la Corte Suprema expresa que “antes de referirnos en concreto al caso de autos, es necesario tener en consideración que el proceso penal está revestido de diversas garantías de reconocimiento constitucional que busca no solo otorgar al encausado un marco de seguridad jurídica, sino en última instancia mantener un equilibrio entre la búsqueda de la verdad material y los derechos fundamentales del imputado, los cuales constituyen un límite al

poder punitivo estatal, cuya protección y respeto no pueden ser ajenos a una justicia penal contemporánea”.

“En tal contexto, las garantías constitucionales del proceso penal se erigen como límite y marco de actuación de la justicia penal. En ese orden de ideas, el derecho a la presunción de inocencia alegado por el recurrente, es un derecho subjetivo del ciudadano, la misma que despliega una doble vertiente: temporal y material. La primera parte radica en una verdad inicial, la inocencia del procesado, que no se destruye hasta que su culpabilidad no haya quedado establecida en sentencia firme; y, la segunda, radica en que a partir de la presunción inicial de inocencia, la condena sólo puede fundarse en una prueba plena o prueba indiciaria sin contraindicios que acredite fehacientemente su culpabilidad, por lo tanto enerve dicha presunción, y si no se produce aquélla deberá absolvérsele de la imputación penal”.

Así, “en el Informe elaborado por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas de los Derechos Humanos en 1984 para la Asamblea General sobre el estado de aplicación de los derechos consagrados en el Pacto, resumía dicha doble eficacia, al sostener que por razón de la presunción de inocencia, la carga de la prueba corresponde a la acusación y el acusado tiene el beneficio de la duda. No cabe presumir culpabilidad alguna hasta que la acusación haya sido probada más allá de cualquier duda razonable. Además, la presunción de inocencia implica el derecho a ser tratado de acuerdo con dicho principio. Constituye, por tanto, una obligación de todas las autoridades públicas de abstenerse de prejuzgar el resultado del proceso”.

“Asimismo, el artículo 2º, inciso 24, literal e) de nuestra Carta Constitucional” al sostener que “Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”. “Ello supone, en primer lugar, que por el derecho a la presunción o estado de inocencia toda persona es considerada inocente antes y durante el proceso penal; es precisamente mediante la sentencia firme que se determinará si mantiene ese estado de inocencia o si, por el contrario, se le declara

culpable; mientras ello no ocurra es inocente; y, en segundo lugar, que el juez ordinario para dictar esa sentencia condenatoria debe alcanzar la certeza de culpabilidad del acusado, y esa certeza debe ser el resultado de la valoración razonable de los medios de prueba practicados en el proceso penal”.

“Es por ello que, la tutela del derecho a la presunción de inocencia está dentro del ámbito casacional, a efectos de establecer si ha existido una actividad probatoria de cargo, practicada con las debidas garantías, suficientes para desvirtuar tal presunción. En ese sentido, el derecho a la presunción de inocencia se vincula directamente con la actividad probatoria en cuanto exige, para la emisión de una sentencia condenatoria, que el órgano jurisdiccional, sobre la base de la prueba de cargo aportada, alcance el convencimiento respecto de dos cuestiones fundamentales en el proceso: a la acreditación de un hecho, a través de la prueba practicada, y a la participación en el mismo de una persona a la que se le imputa la comisión de ese hecho delictivo. Por lo dicho, cualquier denuncia de afectación a la presunción de inocencia habilita a este Tribunal Supremo a verificar solamente si existió o no en el proceso penal actividad probatoria mínima que desvirtúe ese estado de inocencia (valoración objetiva de los medios de prueba)”.

Respecto al “derecho a la prueba pertinente”, “este derecho garantiza a las partes la obligatoriedad del juzgador de atender a sus solicitudes de prueba ofrecidas, siempre que resulten pertinentes y necesarias dadas en el tiempo y forma”. “En ese sentido, el Juez o Tribunal debe garantizar a las partes la atención a sus solicitudes de ofrecimiento de pruebas, siempre que: i) sean pertinentes, es decir, que guarden conexión con los hechos objeto del proceso; y, ii) tengan un grado de incidencia sobre el objeto del proceso, es decir, resulten relevantes, útiles y necesarios respecto al hecho que pretende ser probado. Empero cabe precisar que el derecho a utilizar medios de prueba pertinentes no es ilimitado, su ejercicio debe ser solicitado en la forma y momento legalmente previsto” (San Martín Castro 2015, p. 130).

Así, el profesor “Julio Maier” afirma que “la producción de prueba de descargo (o de cargo) es considerada una facultad imprescindible como manifestación del derecho de defensa. Facultad que genera el deber del Tribunal de ordenar su recepción, salvo cuando la prueba ofrecida sea evidentemente impertinente (no referida al objeto procesal concreto) o superabundante (excesiva para demostrar el extremo que se pretende)” (“Vid. Maier Julio. Derecho Procesal Penal. Tomo I: Fundamentos. Buenos Aires. Editores del Puerto S.R.L. 1996. P. 587”). “Además, afirma que la inobservancia por el Tribunal de esta regla, oportunamente advertida, permite recurrir la sentencia por vía de la casación (falta de fundamento de prueba omitida)” (Ibidem. P. 587).

Así, “recibida la prueba, corresponderá al Tribunal valorarla. Para el acusador y el imputado ello significa la posibilidad de argumentar ante el Tribunal el sentido que debe tener su decisión, desde el punto de vista fáctico y jurídico. Por ello, la relación entre el derecho a la prueba pertinente y el derecho a probar resulta ineludible, pues según este último, las partes o un tercero legitimado en un proceso o procedimiento, tienen el derecho a producir la prueba necesaria con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa. Así, se trata de un derecho complejo que está compuesto por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito con la finalidad que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectivo y adecuadamente realizado” (“Cfr. Sentencia del T.C. del 17 de octubre de 2005, Exp. N° 6712-2005-HC/TC, fundamentos jurídicos 15”).

“Ahora bien, respecto a la prueba científica de ADN, se debe precisar que en los últimos años los constantes avances científicos y técnicos han

tenido un profundo impacto en el ámbito de la prueba. La dactiloscopia, la balística, la patología, entre otros, son ejemplos de esta proyección de los conocimientos científicos en el campo de la investigación criminal. En esa línea, la explicación de la evidencia científica en el ámbito del proceso contribuye al esclarecimiento de los hechos y sirve como fundamento para un pronunciamiento condenatorio o absolutorio. En concreto, el carácter científico de la prueba de ADN viene dado por el estudio de la Genética Forense, consistente en el análisis genético de la diversidad humana. Así, la importancia de la prueba de ADN en el ámbito forense reside en su potencial aplicabilidad para resolver casos que serían muy difíciles de esclarecer por los procedimientos de investigación convencionales y en su elevadísima fiabilidad de sus resultados. Así, los tipos más comunes de aplicación forense de la prueba de ADN, son la investigación biológica de la paternidad, la resolución de problemas de identificación y la investigación de indicios en criminalística biológica, es decir, el análisis de muestras biológicas de interés criminal, como son los tejidos, pelos, restos óseos, fluidos de sangre, saliva, semen, orina entre otros”.

Así, establece la acotada casación, “el juez frente a la prueba científica de ADN no debe eximirse de realizar el trabajo de valoración. Es responsabilidad del juez interpretar esos resultados correctamente y atribuirles un determinado peso en la formación de su convicción sobre el hecho principal. Ello es importante, pues no es lo mismo que la prueba guarde una relación directa con el hecho principal que se pretende probar o que la prueba proporcione tan solo un indicio más para probar ese hecho principal. Estamos en el primer supuesto, por ejemplo, cuando en el proceso por un delito contra la libertad sexual el análisis de ADN del semen encontrado en la vagina de la víctima demuestra que el semen es del acusado (o que no lo es). En este supuesto cabe decir que la prueba de ADN hace prueba plena (o excluye, según sea el caso) la culpabilidad del acusado. Asimismo, en este mismo delito, cuando la prueba de ADN evidencie la paternidad del menor engendrado producto de la violación. Estamos en el segundo supuesto, por ejemplo, cuando en el proceso por delito de homicidio, la prueba de ADN de unos cabellos encontrados en la

escena de los hechos demuestra que los cabellos son del acusado. En este supuesto, lo único que prueba el análisis de ADN es que el acusado estuvo en la escena del crimen; pero no prueba que estuvo en el momento en que éste se cometió, y menos que fuera él quien lo hizo. El resultado de la prueba de ADN (que el acusado estuvo en la escena del crimen) no es más que un indicio de la culpabilidad del encausado. Para probar que el acusado es culpable se necesitan otros indicios o pruebas”.

“Por tanto, cuando en el proceso se presenta una prueba científica-ADN que guarde una relación directa con el hecho principal que se pretende probar, ésta debe actuarse en sede de primera instancia y en tiempo oportuno, así como efectuar su valoración previa a la emisión de sentencia por el A quo. El juzgador no puede sentenciar si no se ha efectuado la actuación probatoria de dicha evidencia científica. Lo contrario afecta el derecho a la prueba que es consustancial al principio de inocencia. Así también, en cuanto a la motivación de las resoluciones judiciales cuestionado por el recurrente, como bien lo ha precisado esta Suprema Sala en la Sentencia Casatoria número tres guión dos mil siete, del siete de noviembre de dos mil siete, en la cual establece que: la motivación constitucionalmente exigible requiere de una argumentación que fundamente la declaración de voluntad del juzgador y atienda al sistema de fuentes normativas establecido”.

“Así, una debida motivación es aquella decisión que se sustenta en criterios de racionalidad y razonabilidad, esto es, respetando las pautas de la lógica formal ciñéndose a lo previsto por el derecho y las conductas sociales aceptadas, de no ser así, se originaría el vicio procesal llamado motivación defectuosa en sentido estricto, lo que indudablemente vulnera el principio lógico de congruencia; que, en efecto, toda sentencia -sea absolutoria o condenatoria- debe ser la expresión lógica de la valoración concreta de las pruebas practicadas -motivación fáctica- y de la interpretación de la norma aplicable -motivación jurídica-, de modo que se garantice al justiciable una resolución fundada en derecho; de ahí que, una de las manifestaciones de la garantía de la motivación de resoluciones judiciales es la exigibilidad al

órgano judicial para que explique las razones que sustentan su fallo, de modo que haga posible conocer las pruebas y el razonamiento en virtud de los cuales condena o absuelve a un encausado, y del mismo modo, las razones legales en cuya virtud la conducta se subsume o no en el tipo penal materia de incriminación; que este derecho es una garantía de las partes del proceso, mediante el cual se puede comprobar que la resolución expedida es consecuencia de una exigencia racional del ordenamiento jurídico y no producto de la arbitrariedad judicial”.

Al respecto, el “Tribunal Constitucional” ha señalado también, que "el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones judiciales no se encuentren justificados en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso, En esa línea, la motivación debe abarcar: a) la fundamentación del relato fáctico con exposición de las pruebas de las imputaciones que el mismo contiene; b) la fundamentación de la subsunción de los hechos declarados probados en el tipo legal procedente, con análisis de los elementos descriptivos y normativos, tipo objetivo y subjetivo y circunstancias modificativas; y, c) la fundamentación de las consecuencias penales y civiles, por tanto, de la individualización de la pena y medidas de seguridad en su caso, responsabilidades civiles, costas y consecuencias accesorias. Cabe precisar, que la mera indicación de las pruebas que sustentan el fallo, no constituye motivación, pues no hay una explicación sobre ellas”.

De conformidad con lo expuesto, la Casación de referencia N° 292-2014 Ancash, en relación al análisis en el caso concreto, se pronunció de la siguiente manera:

3.3.1. “En atención a lo antes expuesto y luego de revisar la decisión adoptada por la Sala Penal de Apelaciones, se aprecia que tanto éste como el Juzgado Colegiado en sus respectivas fundamentaciones no se advierte que hayan consignado elementos probatorios que logren enervar la garantía

constitucional de presunción de inocencia que le asiste al recurrente Carrión Quito; denotándose además la infracción de la garantía de motivación de las resoluciones judiciales, al existir deficiencia en su motivación interna ya que carece de coherencia en su justificación, pues las razones en que justifica su decisión resulta confuso e incongruente”.

3.3.2. “Así, el Tribunal de instancia en un primer momento razona que no es necesario efectuar una valoración de la prueba biológica de ADN a fin de determinar la paternidad del neonato producto de la violación sexual [véase considerando 3.3.3 e - obrante a fojas doscientos sesenta y siete]. Sin embargo, líneas posteriores, sin mediar fundamentación alguna concluye que existe como hecho probado y cierto que la agraviada ha mantenido relaciones sexuales [con el progenitor-encausado] y producto de ello ha alumbrado a un neonato, concretándose la autoría directa del recurrente [véase considerando 3.3.6 e - obrante a fojas doscientos sesenta y ocho]. En ese sentido, se aprecia de la propia argumentación efectuada por la Sala Penal, que ésta presenta una sustancial incongruencia e inconsistencia en su justificación, pues según la propia Sala Superior se encuentra ‘fehacientemente probado’, que producto de la violación [relaciones sexuales con el encausado] la agraviada ha alumbrado a un neonato, sin embargo descarta la valoración del resultado de la prueba de ADN que vincularía científicamente o no al recurrente como progenitor del neonato y autor de la violación. Por lo que, dicho razonamiento efectuado por el Tribunal de mérito en la sentencia de vista resulta arbitrario e incongruente, que la convierte en una motivación ilógica, pues toda sentencia condenatoria o absolutoria debe ser expresión lógica de la valoración concreta de las pruebas y de la interpretación de la norma aplicable, a fin de garantizar al justiciable una resolución fundada en derecho”.

3.3.3. “Asimismo, se observa falta de motivación en la sentencia de vista, pues el Tribunal de mérito no expuso con argumentos determinantes las razones de la omisión en la actuación y valoración de la prueba biológica de ADN, solicitado por el recurrente en su apelación, pues esta prueba resulta ser pertinente y necesaria para tener certeza que el neonato es producto o

no de la violación que sufrió la agraviada, más aún si la imputación se sustenta en gran medida en que el hijo de la agraviada es resultado de la violación sexual, máxime si la propia adolescente afirmó que la única oportunidad en la que sostuvo relaciones sexuales fue cuando el recurrente abusó de ella. Por lo que, la Sala Superior al no compulsar y valorar dicho medio de prueba [prueba biológica de ADN] afectó también el derecho del recurrente a utilizar medios de prueba pertinente, pues este derecho garantiza a las partes la obligatoriedad del juzgador de atender a sus solicitudes de prueba ofrecidas, siempre que resulten pertinentes y necesarias dadas en el tiempo y forma. En ese sentido, al haberse ofrecido la prueba biológica de ADN tomándose las muestras pertinentes, dentro del plazo y con las formalidades que exige la ley, resulta insostenible soslayar la compulsión y su valoración de dicha prueba, para llegar a la certeza del thema probandum y la responsabilidad del recurrente”.

3.3.4. “Cuando en el proceso se presenta una prueba científica de ADN que guarde una relación directa con el hecho principal que se pretende probar, ésta debe actuarse en sede de instancia y en tiempo oportuno, así como efectuar su valoración previa a la emisión de sentencia. El juzgador no puede sentenciar si no se ha efectuado la actuación probatoria de dicha evidencia científica. Lo contrario afectaría el derecho a la prueba que es consustancial al principio de inocencia”.

3.3.5. “La aplicación forense de la prueba de ADN, se da en la investigación biológica de la paternidad, en la resolución de problemas de identificación y la investigación de indicios en criminalística biológica, es decir, el análisis de muestras biológicas de interés criminal, como los tejidos, pelos, restos óseos, fluidos de sangre, saliva, semen, orina entre otros”.

3.3.6. “En los delitos contra la libertad sexual, cuando se trata de imputación contra una sola persona que ha mantenido relaciones sexuales con la presunta agraviada y a consecuencia de ello procrea un menor, es necesario la realización de la prueba científica de ADN a fin de determinar la paternidad y la responsabilidad penal o no del encausado”.

3.3.7. “Por tanto, como ya se indicó precedentemente, el Ad quem no solo infringió la garantía constitucional de la presunción de inocencia, derecho a la prueba pertinente, sino también a la debida motivación de resoluciones judiciales, pues las razones en que justifica su decisión resultó incongruentes, por lo que estamos frente a una resolución no arreglada al mérito de lo actuado y a la ley, por lo que corresponde anularlo y disponer que otro Colegiado emita nuevo pronunciamiento, conforme lo establece el artículo cuatrocientos treinta y tres, inciso primero, del Código Procesal Penal”.

3.3.8. “De otro lado, atendiendo a que el encausado Melecio Gaudencio Carrión Quito, se encuentra recluso en el Establecimiento Penitenciario de Huaraz, por mandato de la sentencia de fecha veinticuatro de marzo de dos mil catorce -fojas ciento cuarenta del cuaderno de debates-, confirmada por la sentencia de vista del dieciséis de mayo de dos mil catorce -fojas doscientos cincuenta y siete del cuaderno de debates-, y estando a que las mismas han sido declaradas nulas por este Supremo Tribunal, corresponde su inmediata excarcelación”.

16) Valoración de la prueba pericial en materia sexual

En algunos delitos, como los sexuales, es necesaria la realización de exámenes especiales a fin de conocer un asunto que no es susceptible de conocerse mediante el uso directo de facultades sensoriales y cognitivas, pues como bien indica Peña Cabrera Freyre, “al juzgador no se le puede exigir un conocimiento exhaustivo en todas las materias que forman parte de todo el saber científico” (2014. p. 514). La pericia, a decir de San Martín Castro, “es el medio de prueba, de carácter complementario, mediante el cual se obtiene, para el proceso, diversas actividades de observación, recojo de vestigios materiales y análisis consiguientes, que den lugar a un informe o dictamen -aporte de conocimientos- fundado en especiales conocimientos científicos, técnicos, artísticos o de experiencia calificada, indispensables

para poder conocer o apreciar los hechos relevantes de la causa, en cuya virtud su autor o autores se someten a un examen por las partes procesales y, en su caso, por el juez, para proporcionar las explicaciones y aclaraciones correspondientes sobre el contenido de lo que realizaron. Todo el procedimiento regulado legalmente para obtener del perito -que es quien aporta la información técnica necesaria- determinadas conclusiones probatorias, es lo que se conoce como prueba pericial” (2015. p. 533).

Conforme lo norma el artículo 172 del C.P.P., “la pericia procederá siempre que, para la explicación y mejor comprensión de algún hecho, se requiera conocimiento especializado de naturaleza científica, técnica, artística o de experiencia calificada (inciso 1)”.

“Hoy en día la pericia, como prueba indiciaria, es la prueba reina y la que ofrece un mayor grado de conocimiento y seguridad. La técnica ha hecho aparecer sistemas más objetivos y seguros; los avances técnicos permiten investigar un delito y proporcionan una certeza mucho mayor que la aportada por simples declaraciones testimoniales. En efecto, la retractación de la víctima no tiene virtualidad en atención a lo que fluye de la pericia psicológica (RN N° 1312-2013/La libertad, de 31-03-14). Así, por ejemplo: 1. En una violación siempre será más seguro determinar el autor mediante un análisis de semen o sangre, que por medio de un testimonio. 2. Las huellas dactilares permiten acreditar con certeza que una persona estuvo en cierto lugar con más seguridad que una declaración. 3. La presencia de sangre en la ropa de la víctima proveniente de otra persona permite acreditar que hubo contacto entre ellos” (Loc. Cit.).

El tema de la valoración de la prueba pericial en delitos de violación sexual, fue objeto de tratamiento por la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario N° 4-2015/CIJ-116 (2-10-15). Los fundamentos jurídicos fueron los siguientes:

1. “La prueba pericial”

6°. “En el proceso penal, frente a problemas acerca de la determinación de la causa de la muerte, el tipo de sangre, el daño psicológico, etc., no es suficiente el conocimiento privado del juez, sino que se requiere que un profesional calificado explique la materia desconocida [Jauchen, Eduardo M: Tratado de la prueba en materia penal, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2004, p. 375]; el perito, mediante sus conocimientos profesionales, ayuda al órgano jurisdiccional en la estimación de una cuestión probatoria [Roxin, Claus: Derecho procesal penal, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 238]. Por ello, a la prueba pericial se la ha conceptualizado como el medio probatorio por el cual se intenta obtener para el proceso un dictamen fundado en especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos, útil para el descubrimiento o la valoración de un elemento de prueba [Caferatta Nores, José: La prueba en el proceso penal, Ediciones De Palma, Buenos Aires, 1998, p. 53] –ello significa que la pericia es una prueba indirecta pues proporciona conocimientos científicos, técnicos o artísticos para valorar los hechos controvertidos, pero no un conocimiento directo sobre cómo ocurrieron los hechos [conforme: STS de 31 de julio de 1998]. Por el propio carácter de la pericia, el órgano jurisdiccional no puede adoptar en la sentencia las conclusiones de la pericia –y de las explicaciones del perito en el acto oral– sin haberlas controlado y, en caso de apartamiento, debe fundar su opinión de forma verificable con la exposición de las diferencias respectivas, sin desligarse de los estándares científicos [Roxin, Claus: Derecho procesal penal, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 239]”.

7°. “La prueba pericial tiene un aspecto documental referido a la redacción de los métodos usados para llegar a la conclusión que se presenta respecto del objeto peritado –que está precedido de la actividad perceptiva y analítica del perito–. Además, necesita de un órgano de prueba, el cual es necesario que comparezca al juicio y explique el significado de su pericia –que es lo que define su carácter de prueba personal, en cuanto declaración de conocimiento del perito–. Los casos en el proceso de conocimiento técnico-científico que se sitúan fuera de la cultura media que el juez normalmente

posee no son nuevos, de allí que el problema de la prueba pericial se presenta en términos bastante diferentes y complejos”.

8°. “Más allá de la importancia de este acto procesal, es necesario que la Corte Suprema establezca reglas generales sobre la valoración de la prueba pericial, sin poner el acento exclusivamente en ciertos aspectos, tales como quién designa al que labora el dictamen pericial (oficial o de parte). Es evidente que las reglas de la sana crítica, los conocimientos científicos o técnicos se aplican, en la valoración del dictamen emitido por el perito oficial designado por el Ministerio Público, o por el juez, según el caso, o, por las partes procesales, sin que necesariamente deba prevalecer el primero, aunque goce, en su origen, de mayor objetividad sobre el de parte, en la medida que es escogido por quien puede controlar el resultado. Lo decisivo es la objetividad del resultado que se deduce de los diversos criterios o máximas de experiencia y la mayor o menor fundamentación del perito [Abel Lluch, Xavier: Valoración de los medios de prueba en el proceso civil. Disponible en: <http://itemsweb.esade.edu/research/ipdp/valoracion-de-los-medios.pdf>.]”.

“Asimismo, como afirma Andrés Ibáñez, también el trabajo de profesionales, incluso cuando no hubiera motivo para dudar de su imparcialidad subjetiva (caso de los peritos de oficio), está expuesto al riesgo de la parcialidad objetiva [Andrés Ibáñez, Perfecto / Taruffo, Michele: Consideraciones sobre la prueba judicial, Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Madrid, 2009, p. 89]”.

“Lo expuesto no hace sino destacar las dos notas características del perito: (i) imparcialidad –el perito oficial puede ser recusado en caso de parcialidad, a lo que es ajeno el perito de parte– y (ii) la fiabilidad –cualidad común a ambos peritos que depende de la apreciación de su dictamen y de las ulteriores explicaciones en el acto oral, y que se basa a su vez en razones de formación y cualificación profesional [conforme: STSE de 5 de marzo de 2010]”.

2. “Etapas de la actividad probatoria pericial”

9°. “La investigación preparatoria es una etapa procesal previa al enjuiciamiento, encaminada a determinar y descubrir las circunstancias que rodean el hecho delictivo y a su posible autor, donde se practican variados actos de investigación y se adoptan medidas de distinta naturaleza. La pericia, por el tiempo que requiere su elaboración, se practica regularmente en dicha etapa procesal –sus pasos referidos al análisis del objeto peritado y aplicación de la metodología científica o técnica correspondiente, así como a la elaboración del informe o dictamen pericial–. En este procedimiento, el Ministerio Público recolecta los elementos de convicción – materiales de instrucción– que fundamentarán una futura acusación o la propia defensa, y por el plazo con que se cuenta de ciento veinte días más sesenta en el proceso común y de ocho meses, prorrogables a ocho meses más en casos complejos. Excepcionalmente, la pericia puede realizarse después, incluso durante el desarrollo del juicio oral -siempre que lo permita el principio procedimental de concentración- cuando la entidad o característica del delito la justifique, cuando la información para elaborarla recién se haya obtenido, o cuando por su complejidad no se haya podido terminar durante la investigación”.

10°. “Para la actividad pericial, como establece el artículo 173° del NCPP, el juez o fiscal competente según la etapa del proceso, nombrará un perito – salvo el caso de las instituciones dedicadas, por su objeto, a la labor pericial–. Escogerá especialistas donde los hubiere y, entre estos, a quienes se hallen sirviendo al Estado. Este prestará juramento o promesa de honor de desempeñar el cargo con verdad y diligencia, oportunidad en que expresará si le asiste algún impedimento. La disposición o resolución de nombramiento precisará el punto o problema sobre el que incidirá la pericia y fijará el plazo para la entrega del informe pericial, escuchando para su determinación al perito y a las partes. El artículo 176° del NCPP establece que el perito tiene acceso al expediente y demás pruebas materiales que

estén a disposición judicial a fin de recabar las informaciones que estimen convenientes para el cumplimiento de su cometido”.

11°. “El artículo 178° del NCPP determina el contenido del informe pericial oficial: a) El nombre, apellido, domicilio y Documento Nacional de Identidad del perito, así como el número de su registro profesional en caso de colegiación obligatoria. b) La descripción de la situación o estado de hechos, sea persona o cosa, sobre los que se hizo el peritaje. c) La exposición detallada de lo que se ha comprobado en relación al encargo. d) La motivación o fundamentación del examen técnico. e) La indicación de los criterios científicos o técnicos, médicos y reglas de los que se sirvieron para hacer el examen. f) Las conclusiones. g) La fecha, sello y firma”.

“La actividad pericial es una unidad y consta de tres momentos: a) La información en cualquier soporte para elaborarla –es la percepción o reconocimiento del objeto peritado: actividad perceptiva–. b) El informe escrito –que está precedido de las opiniones técnicas o el análisis y la deliberación y conclusiones. Aspecto técnico–. Y c) La sustentación oral. Es necesario para el examen pericial contar con los dos primeros elementos indicados o inclusive, de mediar una imposibilidad material de que el perito asista al juzgamiento y se justifique por quién lo ofreció, que se oralice el informe escrito, el cual debe ser examinado y valorado conjuntamente con el primer elemento citado”.

“Como se sabe, en el caso de pericias institucionales, en atención a las garantías técnicas y de imparcialidad que ofrecen los gabinetes, laboratorios y servicios técnicos de las entidades públicas especializadas, se propicia la validez prima facie de sus dictámenes e informes, sin necesidad de su ratificación en el juicio oral, siempre que no haya sido objeto de impugnación expresa, en cuyo caso han de ser sometidos a contradicción en dicho acto como requisito de eficacia probatoria, siempre, claro está, que ésta no sea meramente retórica o abusiva [conforme: SSTSE de 29 de enero de 2004 y de 2 de noviembre de 2006]”.

12°. “Una vez efectuada la pericia, de acuerdo a las pautas que establece la Ley Procesal Penal, el fiscal podrá ofrecerla como medio probatorio que acredita su acusación o la defensa como descargo, o incluso ofrecer una pericia de parte. El análisis que se hace para la admisión de los medios de prueba en la audiencia de control de acusación, de conformidad con el artículo 352° del NCPP, solo versa sobre su pertinencia, conducencia y utilidad, es decir, sólo se analiza si tiene relación con los hechos del objeto del debate, si la pericia específica solicitada no viola el ordenamiento, y si es compatible con el fin propuesto, así como si no es sobreabundante. Ese es el marco de decisión porque esta etapa tiene por función analizar la viabilidad del juicio oral y no la valoración de la prueba que se hace en el juicio oral”.

13°. “El juicio es la etapa principal del proceso porque es allí donde se ‘resuelve’ o ‘redefine’ de un modo definitivo el conflicto [Binder, Alberto: Introducción al Derecho procesal penal, Ad-hoc, Buenos Aires, 1993, p. 233]. Al ser el escenario clave o central del proceso penal, es donde las partes aportan todos los datos para valorar la prueba que presentan y el juez obtenga un resultado probatorio con el que realizará la reconstrucción de los hechos relevantes”.

14°. “Es en esta etapa que el informe pericial es oralizado, el perito es examinado y ambos debatidos contradictoriamente. El apartado 5) del artículo 378° del NCPP estatuye que el examen de los peritos se inicia con la exposición breve del contenido y conclusiones del dictamen pericial (...). Por otra parte, el apartado 1) del artículo 181° del NCPP dispone que el examen o interrogatorio del perito en la audiencia se orientará a obtener una mejor explicación sobre la comprobación que se haya efectuado respecto al objeto de la pericia, sobre los fundamentos y la conclusión”.

3. “La experiencia estadounidense relativa a la valoración de la prueba pericial”:

15°. “Cualquier estudio referente a la valoración de las pruebas periciales no puede obviar los criterios emitidos por la jurisprudencia estadounidense: el caso Frey y la llamada ‘trilogía Daubert’ (conformada por el caso Daubert propiamente dicho y los casos Jonier y Kumho), en virtud a que dicha jurisprudencia marcó **un antes y un después** en relación al modo en que se valoraban las pruebas periciales. En efecto, antes de la experiencia estadounidense los criterios de valoración de las pruebas periciales se centraba **únicamente** en el sujeto que emitía el informe pericial: **el experto**, así, el análisis se centraba en sus credenciales, en su imparcialidad, etc. En cambio, a partir de la mencionada jurisprudencia las credenciales del experto son **condición necesaria pero no suficiente**, pues se empieza a valorar, además, las afirmaciones del perito, es decir, que **fundamentos tiene el experto para afirmar lo que afirma**”.

“Este **salto epistemológico** dado por la jurisprudencia estadounidense ha impactado no sólo en los estudios teóricos que se han acercado a la valoración de la prueba pericial, sino también en la **jurisprudencia de muchos países** (México, Perú, Italia, Argentina, etc.). Es más, ha habido casos en donde la influencia ha llegado a **nivel legislativo**. Un caso claro es el de Colombia en donde en el inciso 1 del art. 422 de su Código de Procedimiento Penal se señala: que la teoría o técnica subyacente haya sido o pueda llegar a ser verificada, lo que no es más que una interpretación⁴ del primer criterio Daubert”.

1) El caso Frye vs United States:

i) Exposición del caso:

En un primer momento James Alphonzo Frye confesó haber asesinado al Dr. Robert W. Brown, pero posteriormente se retractó. “En tal contexto, su defensa ofreció como prueba la posibilidad de someter al acusado a un

⁴ VÁZQUEZ, Carmen. De la prueba pericial..., pág. 111.

entonces novedoso detector de mentiras consistente en un análisis de la presión sanguínea. Según su creador William Moulton Martson las mentiras requieren un esfuerzo de conciencia que tiene su reflejo en un incremento de la presión sanguínea. El Juez de primera instancia excluyó esta prueba pericial y condenó a Frye. En diciembre de 1923 la Court of Appeals of the District of Columbia ratificó la exclusión de dicha prueba pericial”.

ii) El criterio Frye:

El criterio sentado por la “Court of Appeals of the District of Columbia” representó un giro epistemológico en la experiencia estadounidense, pues por primera vez se ponía el acento en la información que se usa para la determinación de los hechos y no en las credenciales del experto⁵. Posteriormente, este criterio fue acogido en el caso “Daubert” y, actualmente, “parece estar en boga en muchos sistemas de tradición romano-germánica”.

El criterio para determinar la difícil cuestión de cuándo una “**ciencia novel**” se encuentra aún en su etapa experimental y cuando ya ingresó al ámbito de lo demostrable es el de que **sus principios subyacentes deben estar lo suficientemente establecidos como para contar con la aceptación general en el área relevante.**

Esto puede ser interpretado poniendo el énfasis en que lo importante es el “fundamento de la aceptación general en el área relevante (versión epistemológica) o el hecho en sí de su aceptación general en el área relevante (versión sociológica).⁶ La lectura más acorde con lo sostenido por

⁵ VÁZQUEZ, Carmen. De la prueba pericial..., pág. 94.

⁶ VÁZQUEZ, Carmen. De la prueba pericial..., pág. 94.

Court of Appeals of the District of Columbia es la **epistemológica**⁷, empero la interpretación más popular es la sociológica”.

Pese a que “el criterio frye originalmente se ciñó a lo que el tribunal denominó una ‘ciencia novel’, **posteriormente el mismo fue aplicado a todo tipo de conocimiento científico que pudiera utilizarse como medio de prueba** (p.e.: polígrafo, grabaciones auditivas, huellas digitales, pruebas psiquiátricas, etc.)⁸”.

2) El caso Daubert:

i) Exposición del caso:

En 1984 los padres de los menores Jason Daubert y Eric Schuller demandaron a Merrel Dow Pharmaceuticals Inc. alegando que la ingesta (durante la gestación de sus hijos) del antihistamínico producido por tal farmacéutica para aliviar náuseas y mareos (el Bendectin) causó en ellos graves malformaciones congénitas en sus extremidades superiores.

“Merrel Dow presentó el testimonio de Steven H. Lamm, médico epidemiólogo experto en riesgos por la exposición a sustancias químicas y biológicas. Este señaló que más de treinta estudios publicados en diversas revistas especializadas (que comprendían una muestra aproximada de 130.000 pacientes) demostraban **que no había una correlación estadística significativa entre la ingesta de Bendectin durante el embarazo y daños congénitos en los nacidos**”.

⁷ En ese sentido, el citado Tribunal ratificó la exclusión del análisis de la presión sanguínea señalando que **no estaba lo suficientemente establecido para ser aceptado por las áreas de la fisiología y la psicología.**

⁸ VÁZQUEZ, Carmen. De la prueba pericial..., pág. 95.

“Como respuesta los actores presentaron el testimonio de unos expertos (con un currículum nada desdeñable) quienes afirmaron que **el Bendectin podría posiblemente causar daños congénitos**. Tal aseveración la basaron en un **conjunto de estudios** que en aquél entonces se realizaban en el ámbito farmacológico para probar los efectos de un medicamento nuevo, a saber: **a)** Estudios realizados en células animales (test tube) y con animales vivos, **b)** Estudios farmacológicos mostraron que el Bendectin contenía succinato de doxilamina (un antihistamínico que alivia las náuseas) y está comprobado que algunos antihistamínicos son teratógenos, **c)** un recálculo no publicado de estudios epidemiológicos anteriores”.

ii) Los 4 criterios Daubert:

“La Corte Suprema en el caso Daubert convirtió a los juzgadores en **gatekeepers**, esto es **vigilantes**, de que el conocimiento que ingresara a los procesos no constituya ‘ciencia basura’. A tal efecto, señaló que los jueces, en la etapa de admisibilidad, debían analizar la **validez científica del método** por el cual el experto había llegado a sus conclusiones. En ese sentido, enfatizó la Corte que tal análisis debía centrarse sólo en los principios y metodología subyacentes al informe en cuestión (el método) y **no en sus conclusiones** (sin embargo, como veremos, en el **caso Jonier** la Corte Suprema abandonó esta última puntualización)”.

a) El sometimiento a prueba:

Este criterio parte del **presupuesto** de que científicidad y fiabilidad son sinónimos, es decir, de que el **conocimiento científico**, a diferencia de cualquier otro tipo de conocimiento, es per se **fiable**. De ello sigue que si se logra establecer claramente **los límites entre lo que es científico y lo que no lo es** se podrá identificar que informes periciales, por hacer uso de un

método científico, son fiables y cuáles, por carecer de un método de ese tipo, no lo son.

Bajo ese panorama, “la Corte Suprema estadounidense, **presuponiendo** de que en filosofía de la ciencia existen criterios que **demarcan claramente** el conocimiento científico del que no lo es, aludió a dos reconocidos filósofos de la ciencia: **Hempel y Popper**. Del primero de ellos tomó su idea de que **“los enunciados que constituyen una explicación científica deben ser susceptibles de contrastación empírica”** y del segundo se citó su criterio de la **falsabilidad”**⁹.

Sin embargo, “los filósofos de la ciencia han llegado a la conclusión que **el problema de la demarcación** entre lo científico y lo no-científico es un **pseudoproblema”**¹⁰, pues plantear la cuestión de **en términos de todo o nada** (¡únicamente lo científico es fiable y el resto de conocimientos no lo son!) constituye una **presentación errada del problema**, en la medida en que **la fiabilidad no es una característica exclusiva de los conocimientos científicos** (¡no sólo lo científico es fiable!) y, **aun dentro del ámbito de la empresa científica, cabe encontrar métodos y técnicas con muy distintos grados de fiabilidad**.

En esa línea, una vez desechada la premisa de que científicidad y fiabilidad son sinónimos el mismo ya no nos sirve, como creyó la Corte Suprema estadounidense en el caso Daubert, para identificar los informes periciales fiables (“supuestamente” los científicos) de los no fiables (“presuntamente” los no-científicos) y, en esa medida, es perfectamente posible que un conocimiento científico por presentar un grado de fiabilidad demasiado bajo y ampare un conocimientos no-científico en virtud de su elevado grado de fiabilidad.

⁹ VÁZQUEZ, Carmen. **De la prueba pericial...**, pág. 105.

¹⁰ **Pseudo-** o **seudo-** es un elemento compositivo del lenguaje que se utiliza como prefijo. Es proveniente del griego ψευδο y significa **falso**. Indica una imitación, parecido engañoso o falsedad, y se coloca antes de la disciplina, profesión, concepto, persona o cosa a la que se parece, o aquello que es directamente falso.

b) Las publicaciones y la evaluación por pares:

La Corte Suprema afirmó que, si bien es cierto que el “sometimiento de una teoría o técnica a la revisión por pares” para su publicación no es contidido sine qua non para la admisión de la prueba pericial en cuestión, tal hecho, **al incrementar las posibilidades de encontrar errores metodológicos sustantivos**, permiten valorar **mejor** su fiabilidad¹¹.

En principio, debe tenerse en claro que este criterio no nos lleva a evaluar “directamente” la calidad de las afirmaciones realizadas por el experto, sino a obtener un indicio de ésta en el control al que fue sometido tal trabajo **antes** de su publicación para una revista académica o casa editorial. Pero rápidamente se advierte que el uso de este criterio sólo arroja resultados adecuados si es que los parámetros o estándares de la revista en cuestión son **prolijos** y no en cambio si es que los mismos, más que atender a lineamientos de calidad epistemológica, obedecen a otros factores (p.e. criterios mercantiles, facilismo en la publicación, etc.). En ese sentido, poco o nada sirve este criterio si es que aparte de la publicación en sí misma ¹² el Juez **no cuenta con información sobre el proceso de publicación en concreto**¹³.

Sin embargo, la poca utilidad del anterior criterio no sólo reside en que lo común es que el proceso de control pre-publicación permanezca oculto al juzgador, sino en que **el control más relevante de una publicación es el dado posteriormente por los pares del autor o la comunidad científica**¹⁴. Únicamente este **control post-publicación** (que evidentemente requiere **tiempo**) es el que, o bien, confirma, de un modo epistemológicamente

¹¹ VÁZQUEZ, Carmen. De la prueba pericial..., pág. 115.

¹² Salvo el caso de revistas **altamente prestigiosas**.

¹³ VÁZQUEZ, Carmen. De la prueba pericial..., pág. 115.

¹⁴ VÁZQUEZ, Carmen. De la prueba pericial..., pág. 117.

consistente, las afirmaciones realizadas por el experto, o bien, encuentra en las misma graves errores o defectos metodológicos. Más si ello es así, la utilidad que cabe darle a la publicación en sí misma es muy reducida.

c) **El rango de error:**

Resulta innegable que si la técnica concreta utilizada por el experto cuenta con estudios que informen sobre **la ratio o frecuencia de sus errores** (falsos positivos y negativos) el juez estará **en mejores condiciones** “para valorar la fiabilidad de las afirmaciones realizadas por el experto”. Se trata de un criterio de estimación **cuantitativo**¹⁵, pues con tal información el Juez puede **medir** la fiabilidad de las afirmaciones realizadas por el perito.

Claro está que este criterio **presupone** que dentro del área de conocimiento en cuestión se hayan realizado investigaciones a partir de las cuales se haya podido recabar **información empírica sobre la frecuencia de sus errores**.

Por otro lado, debe distinguirse nítidamente entre el **rango de error** que los científicos o expertos estiman **tolerable** para realizar afirmaciones dentro de su área de conocimiento (una cuestión científica) y el rango de error que un Juez debe considerar aceptable para dar por **admitido** un informe pericial o **superado un determinado estándar de prueba** (una cuestión jurídica), pues puede ser que las mismas no resulten **compatibles**. Por ejemplo, si se toma en cuenta que, según los estudiosos del tema, el rango de error de los polígrafos es de un 13%, no se puede sustentar una condena **únicamente** en tal medio de prueba porque tal ratio de error **no es conciliable con el exigente estándar de prueba del ámbito penal**.

d) **Una amplia aceptación de la comunidad científica:**

¹⁵ VÁZQUEZ, Carmen. De la prueba pericial..., pág. 117.

Manifiesta Dwyer¹⁶, en opinión que compartimos, “que no todas las pruebas periciales son el resultado de la práctica de una comunidad científica estable en una sociedad, pues en otros casos, o bien, solo existe un grupo que comparte un conjunto genérico de conocimientos (a la que no cabe denominar comunidad científica), o bien, hay sólo un individuo que cuenta con un conjunto de conocimientos”.

Bajo ese panorama, resulta claro que los problemas de determinación en relación a cuando nos hallamos ante una comunidad científica se presentan respecto a los casos en donde solo existe un grupo que comparte un conjunto genérico de conocimientos¹⁷. En doctrina se han dado criterios tanto formales (p.e.: “credencial de pertenencia por haber pagado una cuota, participan en los mismos congresos, publican en las mismas revistas, etc.”) como materiales (comparten, implícita o explícitamente, los mismos presupuestos teóricos, metodológicos, experimentales, etc.) para identificar **cuándo** estamos ante una comunidad científica.

Sin embargo, debe admitirse que dada la vaguedad de tales nociones materiales (hipótesis, modelo, valor experimental, método, etc.) como el hecho de que los requisitos formales mencionados pueden ser cumplidos por variados grupos que no necesariamente tienen un conjunto de presupuestos metodológicos que los una fuertemente, hasta el momento no se ha delimitado con precisión cuándo nos encontramos ante una comunidad científica, por lo que **muchas veces** la aplicación de este criterio aparejará grandes problemas.

Pero los problemas no terminan allí, pues este criterio no solamente exige identificar una comunidad científica, sino además **“una amplia aceptación”**

¹⁶ VÁZQUEZ, Carmen. *De la prueba pericial...*, pág. 121.

¹⁷ Resulta claro que en los casos en donde solo existe un individuo con un conjunto de conocimientos no cabe aplicar este criterio.

por parte de ella. Con ello la imprecisión se multiplica pues no queda claro si con ello se alude a una "**mayoría absoluta**", una "**mayoría calificada**" o una "**mayoría ordinaria**"¹⁸. Asimismo, como se mencionó ya al referirnos a este criterio con ocasión del caso Frye, la "aceptación" puede entenderse en el sentido de que deben existir **razones** para que la comunidad científica otorgue fiabilidad al informe pericial (**versión epistemológica**) o en el sentido de que lo único que basta es **el hecho en sí** de la aceptación de la comunidad científica (**versión sociológica**).

Más allá de los problemas de **indeterminación** antes aludidos (que dificultan ya de por sí la aplicación de este criterio), cabe señalar que la versión sociológica de este criterio (la más popular) conllevaría a que los jueces adoptan una "**actitud deferencialista** no hacia el perito en concreto, más si **hacia la comunidad científica**" que avala tal haz de conocimientos (sin escudriñar el **fundamento** de dicha aceptación)¹⁹.

iii) ¿Un criterio más? El criterio añadido del Juez Kozinski:

"Una vez que la Corte Suprema en la resolución del caso Daubert revocara la resolución de segunda instancia remitió el expediente al Tribunal de apelaciones para que resolviera la admisibilidad del informe pericial en cuestión. En ese contexto, el Tribunal de apelaciones, bajo la ponencia del Juez Kozinski, **adicionó** un criterio o factor más a tener en cuenta: el que los expertos ofrecidos hubiesen llevado a cabo investigaciones científicas anteriores e independientes al proceso en análisis".

"Según la ponencia del Juez Kozinski el hecho de que el experto en cuestión haya llevado a cabo investigaciones anteriores e independientes al proceso de turno **daba fuertes luces en relación a la validez científica del método utilizado por el experto**, pues, por un lado, a diferencia de la investigación que surge a causa de un litigio que **se haya más propensa a recaer en**

¹⁸ VÁZQUEZ, Carmen. De la prueba pericial..., pág. 123.

¹⁹ VÁZQUEZ, Carmen. De la prueba pericial..., pág. 123.

sesgos en la elaboración del informe correspondiente (p.e.: por la promesa de remuneración) el hecho de que el experto haya estado realizando investigaciones previas en relación al mismo tema sobre el que versara su informe **lo inmuniza, en cierto medida, de incurrir en sesgos en su elaboración**; por otro lado, en tanto que es conditio sine qua non para que una investigación científica pueda conseguir financiación y soporte institucional el que su método cuente con cierto grado de validez científica, cabe colegir que **un informe pericial al que le anteceda una investigación independiente tendrá mayor fiabilidad respecto al informe que surja únicamente con ocasión de la litis**²⁰.

4) El caso Jonier:

i) Exposición del caso:

“En el año de 1992, el electricista Robert K. Jonier alegó que su constante exposición a las diversas sustancias químicas (PCBs y sus derivados furfurano y dioxinas) presentes en los materiales fabricados por Monsanto, General Electric y Westinghouse Electric habrían contribuido significativamente a que este desarrolle un cáncer pulmonar microcítico. Como fundamento de su demanda ofreció el testimonio de dos expertos cuyo informe se basaba en estudios toxicológicos, epidemiológicos, in vitro y estudios hechos en crías de ratones cuya exposición a la citada sustancia les originó el desarrollo de adenomas pulmonares”.

ii) Fallo de primera instancia:

“El tribunal de primera instancia determinó la inadmisibilidad de las pruebas periciales afirmando que las **conclusiones** de los expertos del demandante eran meras especulaciones, puesto que ninguno de los estudios **aislados** probaba el nexo causal en cuestión; así, entre otras cosas, señaló que había mucha diferencia entre los estudios realizados sobre las crías de ratones y

²⁰ VÁZQUEZ, Carmen. De la prueba pericial..., pág. 125.

su caso, pues mientras que en el primero los animales fueron expuestos a altas dosis de PcBs directamente inyectadas en sus estómagos, tras lo cual desarrollaron sólo adenomas, en el caso de demandante su exposición fue mucho menor y había desarrollado carcinomas”.

“El demandante apeló señalando que, según lo establecido en el caso Daubert, el tribunal se debía centrar solamente en la validez científica del método (los principios y la metodología subyacentes al caso en cuestión) y **no en las conclusiones**. Además, afirmó que si bien es cierto que **individualmente** ninguno de los estudios demostraba la relación de causalidad, tomados **conjuntamente** si podían sustentar tal punto”.

“En la última instancia la Corte Suprema señalado, por un lado, abandonando la distinción entre método y conclusiones, que **éstas no eran enteramente distinguibles unas de otras**; por otro lado, señaló que los estudios presentados eran insuficientes **tanto individualmente como en conjunto**”.

5) Caso Kumho:

i) Exposición del caso:

“En 1993 los descendientes de Patrick Carmichael, fallecido en un accidente automovilístico **causado por la explosión de un neumático del vehículo en que viajaban**, demandaron, junto con otros sobrevivientes, al fabricante Kumho y a su distribuidor, afirmando que la razón del siniestro se debió a **una falla mecánica causada por un defecto de fabrica**”.

“Los demandantes ofrecieron como prueba el testimonio del **ingeniero mecánico** Dennis Carlson Jr., el cual afirmaba que, según su experiencia²¹,

²¹ “Éste tenía un máster en ingeniería mecánica y había trabajado durante 10 años en Michelin American Inc. y había sido perito en otros casos sobre este tipo de cuestiones”.

la explosión de un neumático se debía a un abuso en su uso cuando **concurría un cierto número de indicios físicos**²², por lo que a **partir de una inspección visual y táctil del neumático afectado** podía determinar si tal siniestro obedeció a un **abuso en su uso o a un defecto de fábrica**. Así, la explosión del neumático obedecía a un abuso en su uso si se daban cuatro o tres de estos indicadores; en cambio, **si solo concurrían dos de estos indicadores el siniestro tenía su explicación en un defecto de fábrica**”.

ii) **El fallo de primera instancia:**

“Se consideró que la función de **gatekeeper** del juez no se limitaba a las pericias científicas, sino que **abarcaba también a las pericias técnicas**; por lo tanto, no debía inadmitirse el testimonio del ingeniero mecánico Carlson por el simple hecho de que éste perteneciera al ámbito del **conocimiento técnico** y no el científico”²³.

“Empero, pese a que se era consciente que el testimonio del ingeniero mecánico Carlson no se sustentaba en la aplicación de principios o teorías científicas, sino en su experiencia y/o habilidades, se analizó su fiabilidad de la mano de los **factores Daubert**. En ese sentido, se la rechazó en base a que sus afirmaciones no habían sido sometidas previamente a ningún test, no había publicaciones con evaluación entre pares sobre la técnica empleada, no había un rango de error conocido y no se observaba una amplia aceptación de la comunidad de expertos relevante”²⁴.

²² “Eran 4 los indicios físicos señalados por el ingeniero Carlson: **a)** mayor desgaste (irregular) en el hombro del neumático (zona externa de rodadura) que en el centro, **b)** signos de ranuras en los bordes de contacto con la llanta (los bordes del neumático se han presionado muy fuertemente sobre los bordes internos de la llanta), **c)** paredes laterales con signos físicos de deterioro como decoloración y **d)** marcas en los bordes de las llantas de las ruedas”.

²³ VASQUEZ, Carmen. De la prueba pericial...,pág. 154.

²⁴ VASQUEZ, Carmen. De la prueba pericial..., pág. 154.

4. “Criterios para la valoración de la prueba pericial”

16°. “La valoración de la prueba cuenta con dos fases en las que el juez debe tener en cuenta criterios distintos: (i) La primera fase de la valoración es meramente un control de legalidad sobre la existencia o no de actividad probatoria lícita (juicio de valorabilidad), y en caso de su existencia, si ésta tiene un sentido incriminatorio. (ii) La segunda fase es ya de la valoración en sentido estricto, cuyo objeto es determinar tanto si existen elementos de prueba de cargo o incriminatorio y, luego, si tal prueba existente es suficiente o no para condenar”.

17°. “El sistema de valoración de prueba que ha acogido nuestra legislación procesal es el de la sana crítica. Un sistema de sana crítica o valoración racional de la prueba no limita la posibilidad de establecer criterios determinados para la valoración, por el contrario, estos servirían de pautas para el juez que, apoyado en un conocimiento sobre la ciencia o la técnica, resolverá sobre la base de un sistema de valoración regido por verdaderos criterios de conocimiento que garanticen a la vez un adecuado juzgamiento”.

18°. “Las opiniones periciales no obligan al juez y pueden ser valoradas de acuerdo a la sana crítica; sin embargo, el juez no puede ‘descalificar’ el dictamen pericial desde el punto de vista científico, técnico, artístico ni modificar las conclusiones del mismo fundándose en sus conocimientos personales”.

“En consecuencia, el juez deberá fundamentar coherentemente tanto la aceptación como el rechazo del dictamen, observando para ello las reglas que gobiernan el pensamiento humano; lo que generará, asimismo, la posibilidad de un control adecuado de sus decisiones. El juez, en suma, no está vinculado a lo que declaren los peritos; él puede formar su convicción libremente. Ahora bien, es indudable la fuerza de convicción que tienen los informes periciales, especialmente los de carácter estrictamente científico técnico. Más discutible pueden resultar los de otra naturaleza (pericias

médicas, o psicológicas, o contables), pero, en cualquier caso, siempre suelen ser la prueba de cargo, es decir, la fundamental para enervar la presunción de inocencia [Banacloche Palao, Julio: Aspectos fundamentales del Derecho procesal penal, La Ley, Madrid, 2010, p. 268]”.

“Las pericias no son en sí mismas la manifestación de una verdad incontrovertible [STSE 997/1997, de 8 de julio]. No se puede conferir a priori valor superior a un medio de prueba sobre otro, por lo que si respecto a un tema concreto se hubieren llevado a cabo distintas pruebas, además de la pericial, con resultado diferente, claro es que entonces se reconoce al órgano jurisdiccional la facultad de realizar la conjunta valoración de la prueba, que permite estimar eventualmente que la verdad del hecho no es la que aparece expuesta por la prueba pericial sino la que ofrecen otros medios probatorios. Igual pauta metodológica tendrá lugar cuando el juez razonablemente discrepe de todo o de parte del contenido pericial [STSE 1/1997, de 28 de octubre]. Sin embargo, es igualmente plausible que si el juez se aparta de la pericia sin razones que lo expliquen y justifiquen, se estará ante un razonamiento contrario a las reglas de la racionalidad”.

19°. “Los criterios que se exponen están orientados a la fijación de evaluación de la validez y fiabilidad de la prueba pericial. De ellos se deriva la diferenciación entre lo que puede considerarse ciencia de la que no es. Al respecto, la doctrina [Miranda Estrampes, Manuel: Pruebas científicas y estándares de calidad, en La prueba en el proceso penal acusatorio. Reflexiones adaptadas al Código Procesal Penal peruano de 2004, Jurista Editores, Lima, 2011, pp. 142 y 143] –sobre la base de la experiencia judicial norteamericana– ha propuesto los criterios siguientes”:

- a. “La controlabilidad y falsabilidad de la teoría científica, o de la técnica en que se fundamenta la prueba, lo que implica que la teoría haya sido probada de forma empírica, no solo dentro de un laboratorio”.

- b. “El porcentaje de error conocido o potencial, así como el cumplimiento de los estándares correspondientes a la prueba empleada”.
- c. “La publicación en revistas sometidas al control de otros expertos de la teoría o la técnica en cuestión, lo que permite su control y revisión por otros expertos”.
- d. “La existencia de un consenso general de la comunidad científica interesada. Este criterio de la aceptación general ‘general acceptance’ deja de ser el único elemento de decisión (como se había establecido en el caso Frye).

La decisión sobre la admisión de esta prueba ya no corresponde únicamente a la comunidad científica sino al juez, quien deberá controlar la confiabilidad de la prueba científica, con arreglo a dichos criterios, y exponer los motivos de su inadmisión. El enfoque de un tribunal no debe ser sobre las conclusiones alcanzadas por el perito, sino sobre la metodología empleada para llegar a estas conclusiones. Y en caso que la conclusión no se desprenda de los datos que señala en su dictamen, el Tribunal tiene la libertad de determinar que existe un análisis inaceptable entre premisas y conclusión [Sanders, Joseph: ‘La paradoja de la relación metodológica y conclusión y la estructura de la decisión judicial en los Estados Unidos’, en Derecho Probatorio contemporáneo: Pruebas científicas y técnicas forenses, Universidad de Medellín, Medellín, 2012. p. 110]”.

20°. “A efectos de la valoración de las pericias, estas son clasificadas en formales y fácticas. Forman parte de las primeras, saberes como la química, biología e ingeniería, cuya calificación es indiscutible. Así, por ejemplo, la prueba de ADN se basa en conocimientos científicos biológicos, o las pericias toxicológicas, físicas, médicas (que se guían por el Manual de Protocolos de Procedimientos Médicos Legales Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses de 1998, Protocolos de Procedimiento Médicos Legales 1997, Guía Médico Legal Evaluación Física de la Integridad sexual y Manual de Procedimientos Administrativos de la División Central de Exámenes Médicos Legales del Perú de 1995), y químicas”.

21°. “Por otro lado, integran las ciencias fácticas, las ciencias sociales: psicología, historia, etc. Sus principales pericias son: la pericia psicológica, psiquiátrica (que cuando son oficiales se orientan por la Guía Psicológica Forense para la Evaluación de casos en Violencia Familiar 2013, Guía Médico Legal Evaluación Física de la Integridad sexual, Guía de Procedimientos para Entrevista Única de Niños, Niñas y Adolescentes Víctimas de Abuso Sexual, Explotación Sexual y Trata con fines de Explotación Sexual en Cámara Gesell de 2011, Guía de Procedimientos para la Evaluación Psicológica de Presuntas víctimas de Abuso y Violencia Sexual atendidas en Consultorio del año 2013 y Guía de Valoración del Daño Psíquico en Víctimas Adultas de Violencia Familiar, Sexual Tortura y otras formas de Violencia Intencional del año 2011), económica, antropológica”.

22°. “No toda pericia que se utilizará en el proceso tendrá como base conocimientos científicos, pues como enfatiza el artículo 172° del CPP, también procederá siempre que, para la explicación y mejor comprensión de algún hecho, se requiera conocimiento especializado de naturaleza científica, técnica, artística o de experiencia calificada. Muestra de ello es la pericia valorativa, balística, contable, grafotécnica, dactiloscópica, informes especiales de controlaría (que se guía por el lineamiento de Contraloría General de la República N° 03-2012-CG/GCAL)”.

23°. “Sobre la base de estas consideraciones, se establecen los siguientes criterios de valoración de la prueba pericial”:

- A. “La pericia como prueba compleja debe evaluarse en el acto oral a través, primero de la acreditación del profesional que suscribió el informe documentado: grado académico, especialización, objetividad y profesionalidad. No se debe poner el acento en que el perito es oficial o de parte”.
- B. “El informe debe haberse elaborado de acuerdo a las reglas de la lógica y conocimientos científicos o técnicos. Especialmente,

si se analiza el objeto del dictamen, la correlación entre los extremos propuestos por las partes y los expuestos del dictamen pericial, y la correspondencia entre los hechos probados y los extremos del dictamen, la existencia de contradicciones entre el informe y lo vertido por el perito en el acto oral. Asimismo, que se explique el método observado, que se aporten con el dictamen pericial, los documentos, instrumentos o materiales utilizados para elaborarlos y la explicación cómo se utilizó”.

- C. “Evaluarse las condiciones en que se elaboró la pericia, la proximidad en el tiempo y el carácter detallado en el informe, si son varios peritos la unanimidad de conclusiones. Para una mejor estimación será preferible que se grabe la realización de la pericia, se documente y se detalle cómo se llevó a cabo”.
- D. “Si la prueba es científica, desde un primer nivel de análisis, debe evaluarse si esta prueba pericial se hizo de conformidad con los estándares fijados por la comunidad científica. El juez al momento de evaluar al perito debe examinar sobre la relevancia y aceptación de la comunidad científica de la teoría utilizada, y cómo es que su uso apoya la conclusión a la que arribó. De ser notoria la relevancia y aceptación de la teoría, esto no será necesario. Asimismo, el juez debe apreciar el posible grado de error de las conclusiones a las que ha llegado el perito”.

24°. “Estos criterios son necesarios, pues no es suficiente confiar solo en la libre valoración del órgano judicial para garantizar que el conocimiento específico se utilice válidamente y se interprete correctamente como base para decidir sobre los hechos objeto del proceso. Lo que se requiere para que las pruebas periciales válidas ofrezcan fundamentos racionales a la decisión sobre los hechos, es un análisis judicial profundo y claro de las mismas acorde con estándares fiables de evaluación [Taruffo, Michele: La prueba, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 100]”.

“Empero, es de anotar, para no llevar a equívocos, que el juez, respecto de la prueba pericial, debe realizar un examen complejo, que comprende tres aspectos: 1) Subjetivo, referidos a la persona del perito (personalidad, relaciones con las partes, escuela científica a la que pertenece, nivel de percepción, capacidad de raciocinio y verdadero nivel de conocimientos, entre otros). 2) Fático o perceptual -de existir circunscrito al examen del objeto peritado, a su modo de acercamiento a él, a las técnicas utilizadas, etc. 3) Objetivo, concretado al método científico empleado, al grado que alcanzó la ciencia, arte o técnica utilizada, a la existencia de ligazón lógica entre los diversos elementos integrantes del informe pericial, a la entidad de las conclusiones: indecisas o categóricas, a la calidad de las fundamentaciones o motivaciones expuestas en el dictamen” [Climent Duran, Carlos: La prueba penal, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2da.edición, 2005, p. 847]”.

5. “Estándares de prueba”:

25°. “Si bien el objetivo institucional de la prueba en el procedimiento judicial es la averiguación de la verdad ello no quiere decir que llegaremos a certezas absolutas²⁵ acerca de lo ocurrido, sino solamente a que existe un determinado grado de probabilidad que la hipótesis sobre los hechos sea verdadera²⁶. Los estándares de prueba nos sirven, precisamente, para determinar cuál es el grado de probabilidad de una hipótesis para darla por probada. Sin la ayuda de tales estándares caeríamos en una gran inseguridad jurídica, pues no sabríamos cuando una hipótesis sobre los hechos está probada o no”.

26°. “La importancia de los estándares radica también en que muchas reglas del proceso (como p e. la carga de la prueba o principio pro reo) no pueden aplicarse si es que no se conoce el estándar de prueba respectivo. P.e., el principio in dubio pro reo indica que si no hay prueba suficiente debe

²⁵ Ello no ocurre en ningún ámbito de conocimiento.

²⁶ El razonamiento probatorio es probabilístico.

absolverse al acusado, empero el conocimiento de cuándo hay prueba suficiente lo brinda el estándar de prueba correspondiente. Esto es, sin la determinación previa de estándares tales reglas o, bien serían inaplicables o, bien se aplicarían arbitrariamente”.

27°. “En principio, debemos dejar en claro que los criterios subjetivos de determinación de los hechos (como la íntima convicción, la valoración en conciencia, etc.) son incompatibles con los estándares de prueba, pues no son pasibles de un control intersubjetivo. Así es, el convencimiento interno del juez no tiene nada que ver con la capacidad justificativa de las pruebas existentes en el expediente. En qué medida los elementos de juicio presentes en la causa justifican una decisión es un hecho externo que puede ser observado y evaluado por terceros no un hecho interno sustraído al control de las partes”.

28°. “Sin embargo, no basta con exigir que la conclusión respecto a los hechos se funde en el acervo probatorio existente en el expediente. Con ello todavía no tenemos un estándar de prueba. En el proceso se toman muchas decisiones relativas a los hechos sobre la base de los elementos de juicio presentes en la causa (como p.e.: el iniciar el procedimiento, la adopción de una medida de prisión preventiva, la decisión de abrir juicio oral, la decisión de condenar o absolver), más con niveles de exigencia probatoria diferentes. Por lo tanto, es necesario establecer, respecto de cada una de estas decisiones, un umbral a partir del cual podamos estimar probada la hipótesis y por debajo del cual no resulte probada la misma”.

29°. “Ahora bien, fijar cuál es el nivel de exigencia probatoria que vamos a exigir en cada tipo de procedimiento (el estándar de prueba de cada tipo de proceso) no es una cuestión que esta predeterminada, sino un asunto a determinar de acuerdo al peso que le otorguemos a distintos intereses. No se trata de “descubrir” un estándar de prueba (pues ésta no es un objeto en el sentido que lo es una célula para un biólogo), sino de ‘proponer’ uno en base a la justificación de ciertas preferencias valorativas. No existe un ‘único’ estándar de prueba que vincule de modo inexorable al legislador, sino ‘todos’

los que resulten de las distintas valoraciones posibles en juego. La elección de 'uno' de ellos siempre será algo contingente. Esto es lo que se quiere expresar cuando recurrentemente se manifiesta que la elección de un estándar de prueba obedece a una decisión política”.

30°. “En ese sentido, es errado señalar que un estándar de prueba busca, en el ámbito penal, únicamente, reducir el riesgo de condenar a alguien que es materialmente inocente, pues ello sería una visión ‘unidireccional’ de tal proceso valorativo. No sólo existe el interés de no condenar a alguien realmente inocente (lo cual obligaría a ubicar el umbral más arriba), sino también el interés de no absolver a alguien materialmente culpable (lo cual obliga a ubicar el umbral más abajo). En efecto, el hecho de que la consecuencia en el ámbito de lo penal sea muy drástica (cárcel) nos dirige a querer asegurarnos todo lo posible de que a quien le imputamos el delito sea verdaderamente autor del mismo. Y asimismo, el hecho de que el fin de la pena (sea cual fuere el que se defienda) se vea frustrado cada vez que queda absuelto alguien materialmente culpable nos dirige a no exigir estándares tan altos que, a la postre, vuelva impracticable la realización de tal fin (o fines)”.

31°. “En definitiva, no existe sólo el interés de evitar condenas falsas sino también el de impedir absoluciones falsas (y ambos operan en sentido opuesto). En la medida a cuál sea el concreto peso que se le dé a los mismos el umbral de exigencia probatoria será menor (habrá mayor nivel de riesgo de condenas falsas y menor nivel de riesgo de absoluciones falsas) o mayor (habrá menor nivel de riesgo de condenas falsas y mayor nivel de riesgo de absoluciones falsas). Es inexacto entonces afirmar que un estándar de prueba (sólo) reduce el riesgo de error de condenas falsas, pues, en realidad, lo que hace es distribuir el riesgo de error de condenas falsas como el riesgo de error de absoluciones falsas en ciertos grados (cuya magnitud depende del contingente peso que se le dé a los intereses previos en juego)”.

32°. “En ese sentido, el que actualmente el umbral de probabilidad para fundar una sentencia condenatoria en lo penal sea uno muy riguroso (el de más allá de toda duda razonable), y, en tal medida, se le dé más peso al riesgo de condenas falsas, no expresa una necesidad absoluta, sino que es algo que es producto de nuestras actuales convicciones. Así, nada puede excluir que en un futuro se les otorgue mayor peso a las absoluciones falsas. P.e. Podría argüirse que en el ámbito penal un estándar de prueba tan riguroso ha conllevado a que muchas personas materialmente culpables alcancen la impunidad, lo que a su vez ha provocado que los miembros de nuestro orden social tengan menos razones para seguir las reglas de conducta impuestas por el Derecho (con la anomia y desorganización social que ello implica) y que, por lo tanto, lo más razonable es adoptar un estándar de prueba menos exigente (como el de la probabilidad prevalente). Claro está, que no defendiendo este último punto de vista, lo único que deseo resaltar es que el ubicar el estándar penal en un nivel tan alto tiene un costo (tolerar un cierto nivel de desorganización social) que, hoy por hoy, consideramos tolerable. Esta es nuestra actual decisión político-criminal, más que ello vaya a ser así siempre no se puede asegurar”.

33°. “Si el estándar de prueba a adoptarse en lo penal es el resultado de una ponderación de determinados intereses jurídicos entonces los conceptos de inocencia y culpabilidad son técnico-jurídicos que no tienen por qué coincidir con el uso que de tales nociones se hace en otros ámbitos (moral o social). Efectivamente, en un mundo donde no existen certezas absolutas, no sólo el juicio (jurídico) de culpabilidad, sino también los juicios morales (o sociales) de reproche deben fundamentarse en un determinado grado de probabilidad. Y no puede exigirse que éste sea el mismo que en el ámbito jurídico-penal. Así, un quantum de elementos de juicio que en lo penal puede resultar insuficiente para declarar culpable a una persona, puede resultar suficiente a alguien para emitir un juicio moral de reproche”.

34°. “Y así como en el ámbito jurídico la adopción de un concreto estándar de prueba depende de una decisión política (contingente), asimismo en el ámbito moral o social la ligereza o severidad con que se juzga a alguien

depende de la asunción de un determinado umbral de probabilidad. Darnos cuenta de esto evita caer en dos errores: **(a)** que un determinado umbral social de reproche (por más razonable que sea) condicione la decisión técnica de un juez en lo penal (que debe basarse en un umbral muy exigente). Es una falacia creer que únicamente existe un estándar de probabilidad válido tanto para el ámbito social (o moral) como para el jurídico-penal²⁷. Lo correcto es entender que cada ámbito puede manejar distintos umbrales de probabilidad y que cada uno puede ser válido en su sector respectivo. Y así, un juicio de reproche social o moral basado en un determinado umbral de probabilidad puede ser racional²⁸ y ser totalmente inaplicable en el ámbito de lo penal. **(b)** que la decisión técnica de un juez en lo penal condicione juicios de reproche social o moral razonables (más basados en umbrales menos exigentes). Es decir, es una falacia señalar que por el hecho de que un juez penal haya absuelto a una persona, un juicio de reproche social o moral (sustentado en un umbral menos exigente) sea irracional per se. La racionalidad de un estándar de probabilidad no es privativa de lo jurídico”.

35°. “Los razonamientos antes descritos nos dan pie para referirme, aunque sea brevemente, a la ética de los abogados. Muchas veces se cuestiona, sin mayor reflexión, a los abogados litigantes por defender a personas culpables, poniendo su ética al servicio del dinero. En mi perspectiva, esta crítica es fruto, precisamente, de la falacia de creer que existe un único estándar de prueba válido para todos los contextos y no caer en la cuenta de que existen distintos umbrales de probabilidad válidos cada uno en sus sectores respectivos. Y así, p.e., un abogado que, después de entrevistarse con un cliente y estudiar las pruebas que existen en la causa, llega a la conclusión que los elementos de juicio vinculan a éste con el delito en una probabilidad alta (que, según su juicio personal, ya amerita emitir un reproche a tal persona), más no en el nivel de más allá de toda duda razonable, puede perfectamente defender la inocencia de esa persona en los tribunales, pues en dicho escenario él no va a hacer uso de su estándar

²⁷ Como hemos visto incluso dentro del proceso penal puede haber diferentes estándares.

²⁸ En el sentido de estar justificada en base a la ponderación de distintos intereses.

personal, sino va a seguir un estándar diferente. No hay contradicción en afirmar la reprochabilidad de una persona de acuerdo a un estándar personal (x) y, a su vez, sostener su inocencia según un estándar (z), siempre que se tenga en claro que éstos son distintos y que cada uno tiene validez en su sector respectivo. Lo contradictorio es afirmar, al mismo tiempo, la reprochabilidad y la inocencia bajo ‘un único’ umbral de probabilidad (porque bajo un mismo estándar ambas opciones son excluyentes)”.

“CAPITULO IV”

“INSTRUMENTALIZACIÓN DE LA CAMARA GESELL COMO MEDIO DE PRUEBA EN LOS DELITOS SEXUALES CONTRA MENORES”

1. Proscripción de la violencia sexual contra menores

“En el transcurso del tiempo la política criminal peruana, con respecto a la represión de los delitos que afectan la sexualidad de los menores, ha sufrido un proceso evolutivo desenfrenado y sobre criminalizador, que se ha evidenciado en una sucesión de normas cada una más grave que la otra. Y es que estos delitos afrontan de manera fundamental la conciencia ciudadana, circunstancia que refleja lo sensible que son estos temas en el sentimiento de la población”.

“Estos delitos mediante los que se afrontan la sexualidad de los menores, reflejan comportamientos sumamente violentos y reprochables, representativos de una especial gravedad, que atentan contra los derechos fundamentales de los menores lesionando su indemnidad sexual. Es así que en nuestro país se han dado una serie de reformas, motivadas por hechos de suma violencia sexual que conmocionaron a la opinión pública, que evidentemente desencadenaron la exigencia social de una respuesta punitiva mucho más severa como disuasivo preventivo general. Ello ha motivado que el legislador modificara el artículo 173 del CP, para sancionar con una respuesta sumamente drástica cualquier atentado contra la sexualidad de menores de menos de catorce años, a los que ahora se sanciona sin discriminación alguna a la pena de cadena perpetua (Ley N° 30838 de 04-08-18)”.

“Resulta pues obligación del Estado proporcionar a los menores los instrumentos normativos más idóneos para el resguardo de sus derechos, y en estos casos de agresiones sexuales proporcionarles un adecuado tratamiento en su condición de víctimas, garantizándoles un adecuado acceso a las instancias judiciales, velando por que se les haga justicia y evitándoles cualquier tipo de circunstancias que ocasionen en ellos formas de revictimización durante las investigaciones o durante el proceso penal”.

Cabe recordar, como así lo refiere Huayhua Berrocal, “que las víctimas menores de edad del delito de violación sexual, constituyen grupos vulnerables que durante el proceso penal necesitan una atención y tratamiento adecuados en salvaguarda de su integridad psicológica. Siendo ello así, los operadores de justicia deberían cumplir sus labores coordinada y eficazmente, haciendo uso de los mecanismos legales y tecnológicos que amerite el caso” (2014, p. 198).

2. Conceptualización: Utilidad de su instrumentalización

“La presencia de niños, niñas y adolescentes en el proceso penal sobre delitos contra la libertad sexual, ponen a la luz importantes problemas que se reflejan no sólo en la identificación de los mecanismos probatorios que creen convicción en el Juzgador sobre el delito y la responsabilidad del presunto agresor, sino en la necesidad de realizar la ponderación de los intereses en conflicto dentro de un marco constitucional”.

“En este tipo de delitos, es común advertir que en la mayoría de los casos el único medio de prueba con que cuenta el Juez es la sindicación de la víctima y el certificado médico legal, ello no puede permitir que de facto se descarte la denuncia de violación sexual, pues tendrá que escudriñarse otros medios probatorios que permitan revertir el blindaje constitucional del principio de presunción de inocencia del inculpado”.

“Si bien la Constitución y los Convenios Internacionales ratificados por el Perú, garantizan al inculpado un proceso justo y equitativo, ello no implica que se deje de lado los derechos de la víctima y la protección efectiva de su salud física y psíquica, pues ella también tiene derechos de igual rango y con mayor razón se debe ponderar derechos cuando la víctima o testigo es menor de edad, ello en función de principios universales como el principio del interés superior del niño, el ‘principio de favor debilis’, ‘principio de humanización’ y otros”.

Al efecto, es necesario recordar que las víctimas de violación sexual menores de catorce años, constituyen un sector poblacional sumamente vulnerable, que durante la secuela del proceso penal requieren de un tratamiento y atención especializada, que les procure la seguridad de su integridad psicológica. En tal sentido la “Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar N° 30364”, establece en su artículo 19, que: “cuando la víctima sea niña, niño y adolescente o mujer, su declaración debe practicarse bajo la técnica de entrevista única y se tramita como prueba anticipada. La declaración de la víctima mayor de edad a criterio del fiscal puede realizarse bajo la misma

técnica. En cualquiera de estos casos se llevará a cabo en un ambiente privado, cómodo y seguro [...]"

“En tal sentido, con el fin de introducir mejoras sustanciales al sistema de justicia, en relación al caso de las víctimas de violación menores de edad, y de conformidad con la experiencia normativa internacional, al igual que diversos países del orbe, el Perú a partir del año 2006, a través del Ministerio Público, ha optado por introducir a nuestro sistema, el uso de la Cámara Gesell, como instrumento novedoso y técnico para la obtención de la declaración del menor víctima”.

“De lo expresado, podemos definir a la Cámara Gesell, como aquel instrumento, dispositivo o herramienta técnica investigativa científica-jurídico-legal, de derecho humano y acceso al servicio de la justicia del o la menor de edad o persona con discapacidad víctima de violencia sexual cuya finalidad es coadyuvar a evitar revictimizaciones durante el proceso penal, restableciendo la protección de los derechos fundamentales de la víctima” (Huayhua Berrocal 2014, p. 201).

“Esta moderna herramienta técnico-forense, se caracteriza por esta constituido por un sistema de elementos audio visuales como son los equipos de video y audio, cámaras fotográficas, computadoras, etc. Y además en su infraestructura, básicamente cuenta con dos ambientes contiguos pero separados por un ‘vidrio espejado’, destinados uno a la entrevista propiamente dicha; y el otro a la observación, destinado al fiscal participante (penal o de familia), los abogados, los familiares de la víctima y el instructor de la policía. La entrevista la realizará el personal psicólogo especializado”.

“Conforme lo normado por la Resolución Administrativa N° 277-2019-CE-PJ, del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, se establece que este

Poder del Estado asume como una de sus mas importantes prioridades, propender a la atención especializada e interdisciplinaria de todas las personas en sociedad que se encuentren en condición de vulnerabilidad, de conformidad con el 'Plan Nacional de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad 2016-2021'. En tal sentido, la entrevista en Cámara Gesell se constituye en una diligencia judicial especializada, que tiene por finalidad registrar la declaración de la menor víctima de violencia sexual, procurando su revictimización”.

De esta manera, conforme a la acotada Resolución Administrativa N° 277-2019-CE-PJ, se entiende a la Cámara Gesell “como un ambiente especialmente condicionado, que permite la realización de la entrevista única a niñas, niños o adolescentes víctimas y/o testigos, permitiendo el registro y preservación de la declaración o testimonio. Garantiza la posibilidad de que dicha entrevista sea grabada en audio y video con las garantías correspondientes. Está conformada por dos habitaciones con una pared divisoria, en la que hay un vidrio de gran tamaño (espejo de visión unidireccional) que permite ver desde una de las habitaciones (sala de observación) lo que ocurre en la otra (Sala de Entrevista), donde se realizan entrevistas a la niña, niño o adolescente. Ambas salas están acondicionadas con equipos de audio y de video para la grabación de las diferentes acciones”.

“La entrevista en Cámara Gesell es una diligencia judicial que registra la declaración o testimonio de la niña, niño o adolescente, y tiene como finalidad esclarecer la verdad de los hechos y evitar su revictimización. Mediante esta prueba preconstituida, la víctima relatará los hechos que son materia de imputación; en lo posible y de acuerdo a su edad cronológica y entorno social y cultural, señalará las características físicas y el nombre del presunto responsable de los hechos. Por las condiciones y la inmediatez con que se lleva a cabo -bajo la dirección de un psicólogo, en un ambiente amigable y adecuado, sin el estrépito de una sala de audiencias ni la

presencia visible de otras personas-, es de alta fiabilidad y basta con una sola declaración de la víctima” (“Casación N° 1668-2018-Tacna. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República”).

3. Antecedentes de su implementación normativa

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

“Al efecto, podemos citar los siguientes instrumentos normativos, que revelan la evolución de la implementación en nuestro sistema de la Cámara Gesell”:

* “Protocolo de las Naciones Unidas para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, aprobado por Resolución Legislativa N° 27527, y ratificada por el Estado peruano”.

* “Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada mediante la Resolución Legislativa N° 25278, y ratificada por el Estado peruano”.

* “Código de los Niños y Adolescentes, aprobado por la Ley N° 27337 y sus modificaciones”.

- * “Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño, Ley N° 30466 y su Reglamento”.
- * “Ley que prohíbe el uso del castigo físico y humillante contra los niños, niñas y adolescentes, Ley N° 30403 y su Reglamento”.
- * “Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, Ley N° 30364, sus modificaciones y su Reglamento”.
- * “Ley N° 30920, ley que declara de interés público y prioridad nacional la implementación progresiva de Cámaras Gesell en todas las fiscalías provinciales penales, de familia o mixtas de las provincias de los distritos fiscales y juzgados de familia de los distritos judiciales del país, a fin de garantizar la actuación oportuna de las diligencias que sirvan como medios probatorios idóneos en los procesos judiciales y evitar la revictimización en los casos de violencia sexual, familiar y trata de personas”.
- * “Decreto Supremo que modifica el Reglamento de la Ley N° 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-MIMP”.
- * “Decreto Supremo que aprueba el Cronograma de Implementación del Sistema Nacional Especializado de Justicia para la Protección y Sanción de la Violencia contra las Mujeres e Integrantes del Grupo Familiar, aprobado por Decreto Supremo N° 003-2019-MIMP”.
- * “Resolución Administrativa N° 264-2017-CE-PJ, que aprueba el Protocolo de Justicia Itinerante para el Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad”.

* “Resolución Administrativa N° 228-2016-CE-PJ, que aprueba el Protocolo de Participación Judicial del Niño, Niña y Adolescente”.

* “Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 3963-2016-MP que aprueba la Guía de Procedimiento de Entrevista Única a Víctimas en el marco de la Ley N° 30364, Ley 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”.

* “Resolución Administrativa N° 090-2016-CE-PJ, que aprueba el Plan Nacional de Acceso a la Justicia de personas en condición de Vulnerabilidad – Poder Judicial 2016-2021”.

* “Resolución Administrativa N° 266-2010-CE-PJ, que dispone la adhesión del Poder Judicial a la implementación de las 100 Reglas de Brasilia de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y aprueba la Carta de Derechos de las Personas”.

* “Plan Nacional de Acción por la Infancia y la Adolescencia 2012-2021, Ley N° 27668”.

4. Naturaleza jurídica

La “entrevista en Cámara Gesell” es, por la definición ya establecida, es una diligencia judicial destinada a registrar la declaración de la niña, niño o adolescente, víctima de atentados contra su indemnidad sexual y tiene como finalidad contribuir al esclarecimiento de la verdad de los hechos ocurridos y concomitantemente evitar la nociva “revictimización” del menor agraviado.

El uso de la Cámara Gesell permite a los profesionales especializados, obtener de manera técnica y profesional la declaración del afectado, sin generar efectos traumáticos en la víctima menor, la que al

verse rodeada de las seguridades y privacidad que proporciona, brindará una declaración lo más ajustado a la realidad de los hechos, que luego será incluida al proceso como un medio de prueba bastante confiable.

Al efecto, mediante este medio probatorio se permitirá que la víctima relate los “hechos que son materia de imputación”; de conformidad con los fundamentos de la Casación N° 1668-2018-Tacna “en lo posible y de acuerdo a su edad cronológica y entorno social y cultural, señalará las características físicas y el nombre del presunto responsable de los hechos. Por las condiciones y la inmediatez con que se lleva a cabo -bajo la dirección de un psicólogo, en un ambiente amigable y adecuado, sin el estrépito de una sala de audiencias ni la presencia visible de otras personas-, es de alta fiabilidad y basta con una sola declaración de la víctima”.

La referida Casación N° 1668-2018-Tacna, especificó de manera expresa, que la entrevista en Cámara Gesell asumía la forma de una prueba preconstituida”

“La prueba preconstituida, es aquella prueba practicada tanto antes del inicio formal del proceso -en la denominada fase preprocesal- cuando en la propia fase de investigación, realizada siempre con las garantías constitucionales y legales pertinentes, y en la medida en que sean de imposible o de muy difícil reproducción” (Rosas Yataco 2009, p. 738). “La prueba preconstituida es una prueba documental, que puede practicar el Juez de Instrucción y su personal colaborador (policía judicial y Ministerio Fiscal) sobre hechos irrepetibles, que no pueden, a través de los medios de prueba ordinarios, ser trasladados al momento de realización de juicio oral. Por ello, dicha prueba tiene un carácter aseguratorio de los indicios y fuentes de prueba, que, bajo determinadas garantías formales, de entre las que destaca la de garantizar la ‘posibilidad de contradicción’, posibilitan su introducción en el juicio oral, a través de la lectura de documentos (art.730), como documentos públicos oficiales suficientes para fundar una sentencia de condena”. (Gimeno Sendra, en Caballero Castillo 2010, p. 441)

“La denominada prueba preconstituida es, sin duda, el aspecto hoy en día, de más alto nivel polémico. No está definida legalmente. El NCPP tiene señalado en su art. 325 el carácter de prueba de las actuaciones objetivas e irreproducibles -que el art. 425.2 NCPP denomina prueba preconstituida-, siempre que se lean en la estación oportuna del juicio oral -forma de reproducción o ratificación-. En verdad no es una prueba en estricto, sino un acto de investigación que adquiere valor probatorio realizado en el propio proceso penal, en etapas anteriores al juicio oral” (San Martín Castro 2015, p. 578).

“Lo dicho determina que este tipo de prueba ‘preconstituida’ se refiere directamente a hechos, que permiten, a través de ellos, constatar la realidad de un determinado hecho fáctico, como pueden ser por ejemplo, registros domiciliarios, registro vehicular o personal, alcoholemia; o también la prueba de la existencia de alguna relación entre las personas, para lo cual se puede instrumentalizar la intervención telefónica o de otras comunicaciones, que ciertamente no podrían ser reproducidas idénticamente”.

No parece pues técnicamente ser esta la naturaleza jurídica de la entrevista en Cámara Gesell como medio probatorio.

Por otro lado, es de tomarse en consideración que de conformidad con lo prescrito en el art. 171.3 del CPP, “cuando deba recibirse testimonio de menores y de personas que hayan resultado víctimas de hechos que las han afectado psicológicamente, se podrá disponer su recepción en privado. Si el testimonio no se actuó bajo las reglas de la prueba anticipada, el Juez adoptará las medidas necesarias para garantizar la integridad emocional del testigo y dispondrá la intervención de un perito psicólogo, que llevará a cabo el interrogatorio propuesto por las partes. Igualmente, permitirá la asistencia de un familiar del testigo” (art. 171.3)”. Por la naturaleza propia de la entrevista en Cámara Gesell, la norma de referencia es posible de serle extendida, para graficar la determinación que se trata en esencia de una forma de “prueba anticipada”

En igual sentido, la Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar establece que cuando la víctima sea niña, niño y adolescente o mujer, su declaración debe practicarse bajo la técnica de entrevista única y se tramita como prueba anticipada. La declaración de la víctima mayor de edad a criterio del fiscal puede realizarse bajo la misma técnica. En cualquiera de estos casos se llevará a cabo en un ambiente privado, cómodo y seguro” (art. 19, Ley N° 30364).

Se constata en consecuencia que la naturaleza jurídica que le corresponde a este medio de prueba es la de una “prueba anticipada”. El CPP regula la “prueba anticipada” en el Título IV, arts. 242 al 246, se fundamenta en la previsión de la imposibilidad de llevar al juicio oral determinados medios de prueba, en especial la testifical. A decir de San Martín Castro, “puede definirse como actos de investigación de carácter personal, de carácter irrepetible y urgente, que se realizan por el juez de la investigación preparatoria, bajo las pautas de ejecución del juicio oral -oralidad, inmediación y contradicción-. (2015, p. 582)

El art. 242° del CPP establece los supuestos de la prueba anticipada, estableciéndose que 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 casos que específicamente señala la norma. Entre ellos, en el supuesto d), se establece que: “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”.

“La prueba anticipada, es aquella practicada siempre con intervención del Juez Penal o Tribunal y con posibilidad de someterla a

contradicción, realizada cuando fuere de temer que no podrá practicarse en el juicio oral o que pudieran motivar sus suspensión, esto es, cuando no sean reproducibles en el acto oral o cuando siendo por naturaleza reproducibles, como es la declaración testifical, concurren circunstancias fundadas que impiden practicarlas en el plenario”. (cit. Rosas Yataco 2009, p. 738)

“A diferencia de la prueba preconstituida, su objeto no es documental sino testifical y pericial, y el sujeto que la actúa es siempre el juez -principio de exclusividad jurisdiccional-. Además, a diferencia de la prueba plenaria, es inmediata en su ejecución pero mediata en su valoración, compartiendo con ella el principio de publicidad. En definitiva, lo característico de la prueba anticipada es que es típica del juicio oral, de modo que su práctica anticipada se ha de hacer exactamente igual que si se ejecutara en este acto. Así, interrogatorio”. (San Martín Castro loc. cit.)

5. El menor como víctima y testigo

Como ya hemos referido, el abuso sexual es una de las manifestaciones más graves de la violencia que se puede cometer contra un menor. Esta forma de sumo maltrato infantil “representa un problema social de grandes proporciones, sobre todo por el sufrimiento que esta nefasta experiencia produce en la vida de las víctimas y de sus familiares”. Probado está que la violencia sexual sufrida por la víctima ocasiona una potencial amenaza a su desarrollo psicosocial, impactando incluso en su convivencia social y familiar y al modo de relacionarse con su entorno. Incluso, los

efectos de la violencia vivida lo seguirán como estigma hacia su adultez. En el corto plazo “el abuso sexual” trae como consecuencia para la víctima, “sentimientos de tristeza y desamparo, cambios radicales de estado de ánimo, rebeldía e irritabilidad, vergüenza y culpa, conductas agresivas, distorsión de su desarrollo sexual, hasta incluso tendencias suicidas, entre otros muchos efectos perniciosos”.

Producido el hecho violento de la violación, corresponde al Estado a poner en marcha la maquinaria de la justicia y proveer a la víctima de los mecanismos más idóneos para hacerle justicia. Para ello necesita buscar la verdad, dando inicio a la actividad probatoria, y un elemento esencial de la misma en materia de abuso sexual infantil, es la declaración del menor agraviado. Como ya se ha precisado la constatación de la responsabilidad penal ante la comisión de un delito, requiere como fundamental derivado del principio del debido proceso, de toda una actividad jurisdiccional encaminada a la probanza de que el hecho se cometió y que fundamentalmente el imputado es el autor del mismo. Ardua y fundamental tarea, que por mandato constitucional le corresponde al Poder Judicial mediante sus “órganos de administración de justicia”. Aparece así la impostergable vigencia de la actividad probatoria que de manera técnica y eficiente deberá realizar el juzgador para no afectar la seguridad jurídica del imputado y otorgar justicia a la víctima.

“La actividad probatoria en el proceso penal está constituida por una serie indeterminada, concatenada y finalista de actos procesales de complejidad variable que, metódica y sucesivamente se concretan en el acopio de medios de prueba así como en el siguiente debate y valoración de los mismos para conocer si el objeto del procedimiento es real, si la imputación es verdadera o falsa o equivocada, si el imputado reúne o no los requisitos de culpabilidad y, finalmente, adquirir la certeza de haber esclarecido el caso” (Mixan Mass 1992, p. 311).

“En estos casos de violencia sexual de menores, en el desarrollo del proceso penal, casi siempre la prueba de cargo fundamental resulta ser la

manifestación de la víctima, que así se convierte en el único testigo directo de los hechos; pero antaño, en la búsqueda del conocimiento de la verdad de los hechos, el menor era objeto de una doble victimización por las deficiencias propias del sistema penal. Antes de la instauración de las Cámaras Gesell, las víctimas de violación sexual eran objeto de múltiples interrogatorios propios del proceso judicial, que por su forma vetusta y anti técnica, terminaban afectando su intimidad, integridad y personalidad, sometiéndolo al miedo y al trauma de revivir el hecho criminal, generando la negativa a recordar o a declarar negando en muchos casos el hecho de la violación”.

6. La entrevista única

De conformidad con lo establecido por la “R.A. N° 277-2019-CE-PJ” (“Protocolo de Entrevista Única para Niñas, Niños y Adolescentes en Cámara Gesell”), “la entrevista única es la diligencia judicial que registra la declaración o testimonio de la niña, niño o adolescente y tiene como finalidad esclarecer la verdad de los hechos y evitar la revictimización”. “Esta diligencia se realiza en un ambiente especialmente acondicionado y técnicamente realizado, a la que se denomina Cámara Gesell, que permite adecuadamente el registro y preservación de la declaración o testimonio, utilizando para ello medios técnicos de audio y de video”.

“El Poder Judicial protege los derechos de la niña, niño y adolescente, y provee los recursos necesarios para restituirlos cuando tales derechos han sido vulnerados en los casos que sean víctimas de cualquier forma de violencia. El Juez asegurará la protección de la niña, niño y adolescente, particularmente a su integridad y seguridad personal antes, durante y después de haberse realizado la entrevista única den la Cámara Gesell. El Juez garantiza que si ellos ya han sido entrevistados o evaluados en la Cámara Gesell del Ministerio Público, por los hechos contenidos en el

informe correspondiente, no volverán a ser entrevistados o evaluados en la Cámara Gesell del Poder Judicial, a fin de evitar su revictimización”.

“De oficio o a pedido de parte, el Juez dispondrá la declaración de la niña, niño o adolescente en “entrevista única” en la Cámara Gesell, para constituir así un medio probatorio, bajo los siguientes supuestos”:

- a. “Cuando exista razonable presunción de que la niña, niño o adolescente ha sido víctima de violencia familiar, sexual o de trata de personas”.
- b. “Cuando se evidencie o presuma razonablemente que la niña, niño o adolescente, es influenciado, direccionado o alienado por su padre, madre, tutores o representantes legales”.
- c. “Cuando se requiera la opinión de la niña, niño o adolescente, para la adopción de cualquier medida de protección”.
- d. “Cuando exista alguna otra circunstancia debidamente motivada”.

“En la sala de entrevista participan la niña, niño o adolescente y el profesional psicólogo entrevistador. También participará el traductor y/o interprete cuando corresponda. Por su lado, en la sala de observación, participan el Juez, la fiscalía, el abogado defensor, el servidor jurisdiccional, el mediador cultural cuando corresponda; el padre, madre, tutor o representante legal del agraviado; el abogado defensor del imputado; el ingeniero informático o profesional de soporte técnico; y el digitador de la entrevista única”.

“Antes de la entrevista, el Juez con la participación del psicólogo entrevistador, se reunirá con el padre, madre, tutores o responsables de la niña, niño o adolescente, para de esta manera poderles informar sobre la forma de realización de la entrevista única en la Cámara Gesell. En esta reunión se deberá solicitar la mayor información que resulte pertinente para la realización de la entrevista, así como obtener sus datos personales, información anterior al suceso y sobre sus condiciones familiares entre otros.

El profesional entrevistador deberá reunirse con la niña, niño o adolescente, a fin de establecer una preparación antes de la entrevista, que genere una relación de confianza, dando lugar a que sienta comodidad, seguridad y disposición para comunicarse y manifestar los hechos; cuidando siempre que no tenga sensación de frío, sueños, hambre, calor, estrés, entre otros, que puedan generar condiciones que puedan perturbar o interrumpir el desarrollo de la entrevista”.

“En el inicio de la entrevista única, el psicólogo entrevistador se presentará ante la niña, niño o adolescente y comenzará el interrogatorio. En forma simultánea el personal técnico procederá a grabar en audio y video (si surgen motivos que justifiquen la suspensión del desarrollo de la entrevista, ésta será reprogramada, asegurándose la uniformidad y espontaneidad de la información proporcionada por la niña, niño o adolescente)”.

De acuerdo con lo establecido por la “R.A. N° 277-2019-CE-PJ” (“Protocolo de Entrevista Única para Niñas, Niños y Adolescentes en Cámara Gesell”), “durante el inicio de la entrevista única, el psicólogo entrevistador “deberá cumplir las siguientes pautas”:

- a) “Considerar la edad, sexo orientación sexual e identidad de género, estado emocional, discapacidad, proveniencia de un pueblo indígena, situación de migrante o desplazado interno, así como alguna otra causa de vulnerabilidad o la necesidad personal que requiera la niña, niño o adolescente durante la entrevista, de acuerdo a su entorno socio cultural y familiar”.
- b) “Procurar que la niña, o adolescente espere en menor tiempo posible para iniciar la diligencia”.
- c) “Facilitar la espontaneidad del relato narrado por la niña, niño o adolescente”.
- d) “Escuchar con atención la narración de los hechos (de ser posible la fecha, hora, descripción de las personas y del lugar, entre otros)”.

- e) “Recoger datos que permitan identificar a la parte imputada u otra persona implicada (señas particulares, tales como tatuajes, cicatrices, cortes, quemaduras, entre otros), cuando corresponda”.
- f) “Formular preguntas que no sean ambiguas, capciosas o subjetivas y evitar aquellas que induzcan a la niña, niño o adolescente a eludir la respuesta, adoptando actitudes negativas”.
- g) “Permitir a la niña, niño o adolescente que cuente con el tiempo suficiente para narrar los hechos y responder las preguntas que se formulan”.
- h) “Evitar las comparaciones, los comentarios sobre sí mismo o las menciones de temas irrelevantes para la entrevista”.
- i) “Evitar las expresiones verbales o gestuales que señalen acuerdo o desacuerdo con las declaraciones de la niña, niño o adolescente”.
- j) “Formular preguntas que no atenten contra la dignidad, privacidad o intimidad de la niña, niño o adolescente”.
- k) “Evitar la emisión de juicios de valor sobre la condición de la niña, niño o adolescente, su conducta, apariencia, relaciones u orientación sexual”.
- l) “Plantear preguntas que esclarezcan otros hechos de violenciadistintos a los de la investigación”.
- m) “No aplicar pruebas psicológicas durante la entrevista”.
- n) “Permanecer con la niña, niño o adolescente en la sala de entrevista única hasta su conclusión”.

“En igual sentido, de conformidad con lo dispuesto por la R.A. N° 277-2019-CE-PJ, se establece también que los participantes en la sala de observación, deberán cumplir las siguientes pautas”:

- a) “Escuchar con atención las declaraciones de la niña, niño o adolescente”.
- b) “Formular preguntas pertinentes al Juez.

c) “Abstenerse de interrumpir la entrevista y su seguimiento por los demás participantes”.

“Durante el desarrollo de la audiencia única, el Juez, en coordinación con el psicólogo entrevistador, deberá verificar que las preguntas formuladas se manifiesten concordantes con la situación particular de la niña, niño o adolescente. Durante la entrevista quedará prohibida cualquier exigencia que se pueda hacer para forzar la declaración de la víctima, debiendo en todo caso el psicólogo entrevistador, respetar la decisión de la niña, niño o adolescente a permanecer callado si esa es su decisión”.

“En todo caso, la entrevista única podrá ser suspendida cuando la niña, niño o adolescente manifieste de motu proprio, su deseo de no seguir permaneciendo en la Cámara Gesell, ni de proseguir con la entrevista; o cuando a criterio del psicólogo entrevistador, la niña, niño o adolescente presente alguna alteración emocional atendible que impida continuar con la diligencia de la entrevista. En este caso, el Juez, excepcionalmente podrá reprogramar en el plazo más corto, la fecha y la hora para continuar con la entrevista”.

“Culminada la entrevista el psicólogo entrevistador realizará la evaluación psicológica forense. Luego, permanecerá en la sala de entrevista con la niña, niño o adolescentes hasta que el padre, madre, tutores o sus representantes legales se apersonen para retirarse con la niña, niño o adolescente. Excepcionalmente, la evaluación psicológica forense se llevará a cabo en otra fecha”.

“Los participantes deberán suscribir el acta correspondiente, elaborada por el servidor jurisdiccional, dejando constancia de cualquier incidencia que se hubiera suscitado durante el desarrollo de la diligencia. Simultáneamente, el ingeniero informático o profesional de soporte técnico, deberá guardar el audio y video, a través de cualquier medio de grabación, sea disco compacto (CD), disco versátil digital (DVD) u otro, que deberá ser

remitido formalmente al/la juez/a para ser incorporado al expediente, de manera inmediata”.

“La entrevista única es un procedimiento reservado, por tanto, la información obtenida no podrá ser difundida o replicada por persona alguna, en resguardo del interés superior de la niña, niño o adolescente, evitándose así una posible revictimización”.

7. Valor probatorio de la entrevista

Podemos apreciar que, en los inicios de su aplicación, la normatividad que acompañó la utilización de la Cámara Gesell, constituida por su original “guía”, no fue clara ni precisa con respecto al peso o valor probatorio del testimonio logrado mediante la “entrevista única”. “Inicialmente los jueces lo trataron como un acto de investigación que en su momento debía reproducirse en la etapa oral para ser valorada como elemento probatorio”.

Conforme a la doctrina y la legislación procesal existe diferencia conceptual entre “actos de investigación” y “actos de prueba”. Así, los “actos de investigación” tienen su oportunidad de actuación durante la fase de la “investigación preliminar” y tienen por finalidad “averiguar la realidad de los hechos relacionados con el delito sujeto a investigación” (“sirven, entonces, de base para preparar la imputación penal, determinar la apertura del proceso y el juicio oral, así como para adoptar medidas cautelares” <STC Exp. N° 8811-2005-PHC/TC, f. 2>). Por otro lado, los “actos de prueba son aquellos que se integran en el juicio oral”, y conforme lo precisa Wong Abad “sus fines son los de servir de fundamento a la sentencia, debiendo respetar sobre todo los principios de inmediación y contradicción. Únicamente un acto de investigación tendrá los efectos de un acto de prueba cuando no sea posible física o jurídicamente su reproducción en el juicio oral, caso contrario, se atentaría a los principios de oralidad, inmediación, contradicción e igualdad” (2012, p. 285).

Como ya hemos precisado anteriormente, la norma procesal establece que, “cuando deba recibirse testimonio de menores y de personas que hayan resultado víctimas de hechos que las han afectado psicológicamente, se podrá disponer su recepción en privado. Si el testimonio no se actuó bajo las reglas de la prueba anticipada, el Juez adoptará las medidas necesarias para garantizar la integridad emocional del testigo y dispondrá la intervención de un perito psicólogo, que llevará a cabo el interrogatorio propuesto por las partes. Igualmente, permitirá la asistencia de un familiar del testigo” (art. 171.3).

En igual sentido, la Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar establece que “cuando la víctima sea niña, niño y adolescente o mujer, su declaración debe practicarse bajo la técnica de entrevista única y se tramita como prueba anticipada. La declaración de la víctima mayor de edad a criterio del fiscal puede realizarse bajo la misma técnica. En cualquiera de estos casos se llevará a cabo en un ambiente privado, cómodo y seguro” (art. 19, Ley N° 30364).

“La entrevista en Cámara Gesell es una diligencia judicial que registra la declaración o testimonio de la niña, niño o adolescente, y tiene como finalidad esclarecer la verdad de los hechos y evitar su revictimización. Mediante esta prueba [...], la víctima relatará los hechos que son materia de imputación; en lo posible y de acuerdo a su edad cronológica y entorno social y cultural, señalará las características físicas y el nombre del presunto responsable de los hechos. Por las condiciones y la inmediatez con que se lleva a cabo -bajo la dirección de un psicólogo, en un ambiente amigable y adecuado, sin el estrépito de una sala de audiencias ni la presencia visible de otras personas-, es de alta fiabilidad y basta con una sola declaración de la víctima” (Casación N° 1668-2018-Tacna. “Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República”).

8. Ventajas y desventajas de la utilización de la Cámara Gesell

“Entre las desventajas que se pueden anotar de la no utilización de la Cámara Gesell, son las siguientes”:

- a) “Su no utilización podría evidenciar supuestos de vulneración del principio de la no revictimización”.
- b) “Se presentaría el caso de una reiterancia perniciosa, de los interrogatorios de la víctima menor de edad por parte de los operadores de justicia”.
- c) “La diligencia de la declaración referencial de las víctimas se realizaba por intermedio de profesionales no especializados en la toma de declaración testimonial”. Actualmente en proyecto de especializar a los psicólogos.
- d) “La participación e intervención de profesionales interinstitucionales, devendría en mínima y deficiente”.
- e) “A nivel de la Policía Nacional, se verifica la creación de registro de víctimas de violencia sexual”. No guarda la reserva ni es minucioso
- f) “No utilizar los beneficios que aporta la Cámara Gesell, no asegura la minimización de daños en la víctima o la posible provocación de nuevos daños psicológicos a la víctima”.
- g) “No se garantiza adecuadamente el respeto de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en relación a la protección de la integridad psicológica, moral, dignidad, trato justo de estos”.
- h) “Se dificulta innecesariamente el acceso a la justicia eficaz, igualitaria y oportuna de la víctima”.
- i) “Se diluye ostensiblemente la posibilidad de garantizar el principio del interés superior del niño”.

“Por otro lado, la utilización adecuada de la Cámara Gesell presenta una serie de factores beneficiosos. Así, las ventajas que se pueden apreciar son las siguientes”:

- a) “Por la formalidad y cientificidad de su realización, reafirma la observancia irrestricta del principio de la no revictimización de la víctima”.
- b) “La diligencia de entrevista única del o la menor de edad agraviado, se concretiza a cargo de profesionales psicólogos forenses especializados en la materia”.
- c) “La entrevista única se realiza dentro de ambientes adecuados, que garantizan la seguridad, tranquilidad y seguridad de la víctima menor de edad”.
- d) “Se propende al reforzamiento y mejoramiento de las relaciones interinstitucionales entre profesionales del Ministerio Público, Policía, Ministerio de Justicia y el Centro Emergencia Mujer, beneficiándose así las coordinaciones ente estos organismos tutelares”.
- e) “Se fomenta la creación de un registro nacional de víctimas de violencia sexual”.
- f) “La participación de psicólogos forenses y la aplicación de técnicas especializadas para la toma de declaración, reduce ostensiblemente otros nuevos daños psicológicos en las víctimas”.
- g) “Las formalidades técnicas utilizadas para la obtención de la declaración de la víctima en la Cámara Gesell, garantizan en gran medida el respeto de los derechos de las niñas, niños y adolescentes con relación a la integridad psicológica, moral, dignidad y trato justo”.
- h) “La utilización de la Cámara Gesell y su procedimiento, garantiza el debido proceso y un adecuado acceso a la justicia eficaz y racional con relación a la víctima”.
- i) “La participación de psicólogos forenses y la aplicación de técnicas especializadas para la toma de declaración garantiza el principio del interés Superior del niño”.
- j) “Las víctimas directas e indirectas del delito son informadas apropiadamente de sus derechos”.

8.1 Aseguramiento del interés superior del niño

“El principio fundamental que se deduce tanto de las proclamaciones normativas internacionales como de las internas es el del interés superior del menor, que debe ser considerado prioritariamente, y ello implica siempre la evaluación de sus circunstancias personales, familiares y sociales en general, y atender, en consecuencia, sus específicas necesidades”. Así, el artículo 3.1 de la “Convención del 20 de noviembre de 1989, sobre los derechos del niño”, adoptada por la “Asamblea General de las Naciones Unidas” dispone que “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Al respecto, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), establece que “los Estados partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y aseguran su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión pública, o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales”. Asimismo, “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. Los Estados parte se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin tomaran todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”.

“De acuerdo a lo dicho, este principio del interés superior del niño, se encuentra indisolublemente vinculado con la adopción de acciones necesarias por parte del Estado, con la finalidad de asegurar los

fundamentales derechos de los niños, por tanto, el citado principio se constituye como el núcleo duro y fundamental del sistema judicial, que al efecto, deberá centrarse en beneficio del menor víctima de la violencia sexual”.

8.2 Protección de la integridad y dignidad del menor

“En el ámbito nacional es pertinente mencionar que existen en nuestro sistema, diversos cuerpos normativos que consagran el derecho a la integridad moral y psicológica, así como la dignidad del menor, como por ejemplo la misma Constitución, el Código de los Niños y Adolescentes”.

“Sin duda los niños, niñas y adolescentes tienen derecho al respeto de su integridad psíquica, moral y dignidad más aún si tienen la calidad de víctimas de violencia sexual; por lo tanto, deberán ser tratados con comprensión, alta sensibilidad humana, garantizándose de este modo el acceso a la justicia y respeto de sus derechos”.

8.3 Protección del menor contra la revictimización

“Las víctimas de los delitos contra la libertad sexual soportan toda una penosa realidad frente al sistema de administración de justicia que en una etapa pre procesal y procesal, ponen en evidencia una situación de maltrato a la víctima y testigo quienes tienen que rendir su testimonio ante diversas personas, al cabo de cuyo proceso, termina en una estigmatización que la sociedad hace frente a la víctima”.

“Ante este contexto, los clásicos interrogatorios que los menores de edad prestan en las sedes de las diversas agencias (policía y fiscalías) progresivamente se ven reemplazados por el uso de la nueva tecnología en el acceso a la justicia de niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia,

abuso y explotación sexual infantil, al haberse implementado la denominada Sala de Entrevista Unica - Cámara Gesell, que constituye un espacio dotado de alta tecnología, en el cual la víctima es entrevistada y examinada de la manera más adecuada por parte de un equipo de expertos que realizan la Entrevista Única”.

La Sala de “Entrevista - Cámara Gesell”, “consta de dos ambientes dotados de alta tecnología y separados por un vidrio espejado, que permite entrevistar a un niño, niña o adolescente en condiciones adecuadas y asimismo permite grabar la entrevista en medio audio visual que será posteriormente usada en el proceso judicial, sin la necesidad de que el menor de edad tenga que concurrir a los Tribunales dado a que su voz e imagen quedan perennizadas en la entrevista realizada por un equipo de expertos dirigidos por el Fiscal y con la presencia de los operadores de justicia llamados por ley, quienes observan de la habitación contigua la entrevista que realiza el entrevistador a la víctima en otro ambiente acondicionado para ello”.

En el “Sistema Judicial”, el niño, niña o adolescente víctima de “abuso sexual infantil”, “toma el lugar de testigo y es sumamente preocupante cuando es citado para hablar sobre eventos traumáticos que pueden haberle ocurrido, es por ello que las entrevistas a los menores de edad debe estar a cargo de personal altamente especializado que permita obtener la mayor cantidad de información del niño por medio de la rememoración libre y sin inducción, captándose el lenguaje propio del niño y adaptándose a él según su nivel de maduración y desarrollo cognoscitivo, lo que permitirá una comunicación fluida”.

“Desde la perspectiva del proceso penal en que se exija la participación de menores, hay varias finalidades que la aplicación de este principio general va a procurar: En primer lugar, se trata de proteger y promover los derechos del niño, en especial del que se encuentra en situaciones de especial vulnerabilidad (por ejemplo, por ser objeto de explotación sexual, trata de menores, malos tratos); y, en segundo lugar, se trata de evitar al niño, en la medida de lo posible, las consecuencias

negativas de la persecución penal, es decir, se trata de evitar una victimización secundaria del menor. Es necesario que el proceso no agrave el posible trauma sufrido por el niño, y por ello se hace imprescindible acompañar la respuesta penal de la necesaria asistencia, a través de medidas extraprocesales y, por supuesto, a través de las necesarias adaptaciones en el proceso en el momento de los interrogatorios; por ejemplo, evitando el contacto visual con los imputados o acusados”.

“La no revictimización involucra a los operadores de justicia, al Estado, a la sociedad y a los medios de comunicación que tienen por finalidad evitar que las víctimas conciban reiteradamente los efectos psicosociales del delito que afectan su dignidad y calidad de vida” (Huayhua Berrocal 2014, p. 203)

De conformidad con lo expresado en el Acuerdo Plenario N° 1-2011/CJ-116 (06-12-11), “la victimización primaria se produce como consecuencia directa del crimen (en este caso, sexual). La victimización secundaria viene constituida por los sufrimientos de las víctimas que con motivo de la investigación del caso y corroboración de las afirmaciones infieran las instituciones, criminólogos, funcionarios de instituciones penitenciarias, entre otros. La victimización terciaria es aquella que infringe la sociedad”.

“El Estado ha de mostrar una función tuitiva respecto a la víctima que denuncia una agresión sexual, como criterio de justicia y por fines de eficacia probatoria. La victimización secundaria hace referencia a la mala o inadecuada atención que recibe una víctima por parte del sistema penal, e instituciones de salud, policía, entre otros. La revictimización también incluye la mala intervención psicológica terapéutica o médica que brindan profesionales mal entrenados para atender situaciones que revisten características particulares. La víctima de una agresión sexual sufre por el propio hecho en sí; y por la dolorosa experiencia de repetir el suceso vivido a los profesionales de las diferentes instituciones sucesivamente: familia, pediatra, trabajadora social, médico forense, policía, psicólogo, juez,

abogado del acusado. En efecto, el trauma de la víctima del abuso sexual se prolonga cuando debe enfrentarse a los interrogatorios que contempla el sistema de justicia”.

“A efectos de evitar la victimización secundaria, en especial de los menores de edad, mermando las aflicciones de quien es pasible de abuso sexual, se debe tener en cuenta las siguientes reglas: a) Reserva de las actuaciones judiciales; b) Preservación de la identidad de la víctima; c) Promover y fomentar la actuación de única declaración de la víctima. Esta regla es obligatoria en el caso de menores de edad, valiéndose para ello de las directivas establecidas por el Ministerio Público en la utilización de la Cámara Gesell, especialmente respecto a la completitud, exhaustividad y contradicción de la declaración”.

“Por su parte, el artículo 10 del D.S. N° 009-2016-MIMP (Reglamento de la Ley N° 30364 <Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar>), establece que en la valoración de la prueba en casos de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, se observan las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia. Se debe evitar, en todo momento, la aplicación de criterios basados en estereotipos que generan discriminación (en estos procesos se admiten y valoran, de acuerdo a su pertinencia, todos los medios probatorios que puedan acreditar los hechos de violencia)”.

9. Problemática de su implementación

“Como ya hemos precisado, la realidad nacional demuestra en los últimos tiempos, un preocupante incremento de la tasa de delitos sexuales, especialmente sobre menores de edad”. “El delito contra la sexualidad en agravio de niñas, niños o adolescentes, genera, a no dudarlo, una evidente y profunda afectación a su integridad física, espiritual o psicológica, como consecuencia directa del episodio traumático vivido, que termina afectando

su personalidad y la manera como se relacionará a futuro con los demás sujetos de su entorno social y familiar”. La violencia sexual contra menores constituye a no dudarlo, un ilícito execrable, absolutamente reprochable y mediante el cual se agravia fundamentales derechos humanos de los menores, que así ven lesionada su indemnidad sexual, con secuelas de orden psico-fisiológico, familiar, social y de toda índole que lamentablemente los deja ‘estigmatizados y “recortados” en sus posibilidades de vida digna futura’”. Es preocupante la alta incidencia comisiva, es notorio que las penas altas no disuaden a los infractores.

“Esta situación determina como correlato, una efectiva respuesta del Estado, que debe proporcionar a la víctima en este caso, la seguridad de un tratamiento adecuado, acorde a su condición de menor, sobre la base de las normas internacionales sobre protección del “interés superior del niño y adolescente”; poniendo a disposición los más adecuados medios para la investigación y persecución penal del agente y velar por el debido tratamiento de la víctima, a la que debe asegurar y garantizar un adecuado acceso a la justicia, evitando innecesarios padecimientos, agravios, integridad y dignidad como efectos secundarios ‘revictimizadores’, que serían absolutamente contraproducentes y trastocarían la esencia protectora del “sistema penal”. Requerimos una mayor identificación profesional de los psicólogos para efectuar esta pericia que debe ser científica, en la que se debe incorporar a la Asistente Social para el recojo de datos de report, que aportan certeza de los datos del medio psico social de la víctima y su agresor.

“Es como consecuencia de la exigencia internacional, sobre todo la referida a la obligación estatal de la preservación de los derechos fundamentales del niño y de los adolescentes, que se hizo exigencia y obligación por parte del Estado, de implementar la adopción y ejecución de estrategias y procedimientos investigatorios, que no atenten contra el derecho de defensa, pero que procuren la aplicación de procedimientos modernos y técnicos, dirigidos por profesionales idóneos para la toma de declaraciones de los menores víctimas de abuso sexual”. Y es que el uso de

la tecnología es esencial para la optimización de la captación de esta prueba, que resulta de suma importancia a los efectos investigatorios; la utilización de personal especializado, apoyado por medios audiovisuales e instrumentos idóneos, permite la realización efectiva y lo mas cercano posible a la verdad de la declaración testimonial del menor. En este sentido, la implementación y la utilización de la Cámara Gesell constituye un gran avance para evitar la “revictimización” de los menores agraviados”. Por datos proporcionados por la División de Medicina Legal solo hasta la fecha se cuenta con 80 Cámaras Gesell habilitadas en las sedes de las Cortes de Justicia. No hay registro de psicólogos forenses con especialidad en la conducta.

“Advertido así, la utilización de la Cámara Gesell denota sus ventajas por cuanto no desconoce los derechos del imputado, quien siempre goza de la “presunción de inocencia” y las garantías procesales a que tiene derecho; y con respecto a la víctima, el aseguramiento de sus fundamentales derechos. Sin embargo, nos percatamos que existen circunstancias negativas que van en contra de su utilización; la falta de condiciones adecuadas de infraestructura, carencia de personal calificado, deficiencia en las condiciones logísticas y de tecnología, se representan como circunstancias que determinan notorias dificultades no solo en Lima, sino en todo el territorio nacional”. El derecho de defensa para que sea efectiva debe ser ejercida para esta pericia con un psicólogo de su elección que observe el interrogatorio y pueda preguntar, por el que realice las preguntas, en razón que, el abogado , el fiscal el policía no conocen las técnicas de interrogatorio que deben ser construidas por el perito, porque el objeto de la pericia es recibir el testimonio de la víctima que por edad, expresión no puede describir el hecho aflictivo.

“Pero la experiencia personal como magistrado, nos ha permitido apreciar que la sola instalación de la Cámara Gesell, como principal instrumento judicial de recaudación de información, no garantiza la disminución de las consecuencias ‘revictimizantes’, puesto que éstas aún

siguen persistiendo perniciosamente, determinando que la Cámara Gesell sea, muy a nuestro pesar, tan solo un proceso formalista o protocolar del proceso penal, y en lugar de mejorar el sistema legal, se siga vulnerando los derechos fundamentales, trasgrediendo el respeto a la dignidad de la víctima. Desde el punto de vista jurídico, se requiere la adecuación, implementación y modificación normativa reglamentaría y de la guía de procedimientos que permita, de manera más oportuna e idónea, la actuación profesional del psicólogo forense, así como el ambiente, la infraestructura, la dinámica en la aplicación del protocolo y la instauración de más Cámaras Gesell en el país y se evite así la 'revictimización', con miras a desaparecer o por lo menos minimizar sus efectos, y propender a un sano equilibrio entre la necesidad de la víctima y las del sistema judicial en su conjunto”.

“Por lo dicho, resulta necesario valorar la necesidad de ampliar a nivel nacional, la implementación de un mayor número de Cámaras Gesell, para difundir con mayor eficacia la cobertura de los beneficios que contrae, para la atención y protección adecuada de las víctimas menores, garantizándoles el principio de no revictimización, de conformidad con los fines propuestos por el principio de respeto al interés superior del niño y a la posibilidad de un acceso adecuado a la justicia. Para ello se recomienda la celebración de convenios internacionales, nacionales, regionales o locales, con tal finalidad”. Tenemos la esperanza que la ley transversal de protección de víctimas menores y mujeres centralice este objetivo, que es de primer orden en el control social.

“Fomentar convenios inter institucionales con la finalidad de facilitar la implementación de Cámaras Gesell, como la Policía Nacional, Ministerio Público, Poder Judicial, Ministerio de Justicia, Centro Emergencia Mujer del Programa Nacional contra la Violencia Familiar y Sexual del Ministerio de la mujer y Poblaciones Vulnerables, Salud, educación, gobiernos regionales, gobiernos locales, ONG, iglesia y sociedad civil, instituciones que podrían gestionar recursos con la finalidad de financiar la implementación de la cámara Gesell, inclusive el Estado mismo deberá

destinar parte del presupuesto económico para la implementación respectiva de esta herramienta forense especializada”.

“Por otro lado, y atendiendo a la crítica sobre la idoneidad de sus operadores, se debería realizar capacitaciones especializadas y de sensibilización, dirigidas a los operadores intervinientes en la atención de Cámara Gesell, especialmente en los casos de violencia sexual, con la finalidad de crear mecanismos de atención, denuncias y servicios accesibles adecuados para víctimas menores de edad”. El Ministerio Público que tiene el monopolio de esta pericia en diez años solo ha realizado seis eventos, dos internacionales y otros cuatro de instrucción a nivel nacional.

“Al efecto, se exige también al Estado, la implementación de oportunos y viables mecanismos de coordinación entre sectores fiscales, policiales y judiciales, promoviéndose de esta manera una atención integral, oportuna e inmediata de las víctimas de violencia sexual, adoptando sistemas que prioricen el trato adecuado y comprensible hacia la víctima”.

10. Análisis de la Sentencia de Casación N° 21-2019/Arequipa:

i) Antecedentes:

La **2da Fiscalía Provincial Corporativa de Arequipa** solicitó el 19/7/2018 que se actué como **prueba anticipada** las declaraciones de las menores N.S.C. y A.S.C., pese a que éstas ya habían declarado en Cámara Gessel el 14/5/2018.

El **Cuarto Juzgado de Investigación Preparatoria de Arequipa** mediante **auto** de fecha 3/octubre/2018 dispuso la realización de tal audiencia única.

La **Segunda Sala de Apelaciones de Arequipa** mediante auto del 31/octubre/2018 confirmó el **auto** de 1era instancia. Contra el referido auto la defensa de Sanz Delgado interpuso **recurso de casación**.

“El sustento del recurso de casación es que el **segundo párrafo de la ley 30364** (del 23/11/2015) **restringe** la declaración de menores víctimas de abuso sexual a la etapa de juicio oral, esto es, **no cabe una segunda declaración de los menores en sede de investigación preparatoria e intermedia**. El art. 18 de la ley 30364 (reformado por ley 30862 del 25/10/2018) señala que se debe evitar la doble revictimización de las personas agraviadas a través de declaraciones reiterativas o de contenido humillante. El art. 19 señala que **la declaración debe practicarse bajo la técnica de entrevista única y tiene la calidad de prueba preconstituida** (lo que constituye, ciertamente, un yerro conceptual porque la prueba preconstituida está referida a la **prueba material** y a la **documental**, más no la **prueba personal**); además, establece que el Juez **sólo puede practicar una diligencia de declaración ampliatoria de la víctima, en los casos que requiere aclarar, complementar o precisar algún punto sobre su declaración**”.

Empero, el **Decreto Legislativo 1386 del 4/9/2018** señaló que tal declaración **se tramita como prueba anticipada**. Además, se añadió al apartado 1 del art. 242 del NCPP que regula **la prueba anticipada** el literal d) (que permite recibir a través de la misma la declaración de niños y adolescentes víctimas de abuso sexual). Además, el Decreto Legislativo 1307 estableció que la prueba anticipada **también puede pedirse en la etapa de Diligencias Preliminares**.

ii) Diferencias entre prueba preconstituida y prueba anticipada:

La “prueba preconstituida” es un complejo compuesto por aquellos actos de investigación de carácter material (no personal), objetivos e irreproducibles,

que “se practican con anterioridad al Juicio Oral por la PNP o el Fiscal”²⁹. En el Juicio Oral únicamente cabe su **ratificación formal**, cuando sea necesario llamar a los autores para impugnar **el modo** en que se han realizado o su **reproducción** (p.e. se solicita la presencia de los policías que realizaron una inspección ocular a efectos de impugnar el procedimiento seguido)³⁰. El Informe Policial contiene elementos de prueba preconstituida (p.e. actas de constancia, pericias, recogida y conservación del cuerpo del delito, levantamiento del cadáver, etc.).

“La prueba anticipada son **actos de investigación de carácter personal**, de carácter irrepetible y urgente, que **se lleva a cabo por el Juez de la Investigación Preparatoria**, bajo las pautas de ejecución del Juicio Oral (**oralidad, inmediación y contradicción**)”³¹. A diferencia de la prueba preconstituida **su objeto no es documental**, sino **testifical y pericial**. En tanto lo característico de la prueba anticipada es que es una prueba típica del Juicio Oral se ciñe a la **prueba personal** (testimoniales, examen pericial, careos). Sin embargo, el art. 242.1c del NCPP ha incluido tres diligencias que, propiamente, son pruebas materiales (reconocimiento, inspección judicial y reconstrucción).

iii) Los distintos supuestos que alude la Corte Suprema en la Sentencia casatoria N° 21-2019/Arequipa:

A fin de entender con mayor claridad los distintos argumentos presentes en la sentencia de casación N° 21-2019/Arequipa resulta muy útil distinguir tres supuestos:

(a) Los casos en donde, al amparo de la ley procesal vigente en tal momento (la ley 30364 del 23/11/2015), la declaración de la presunta

²⁹ SAN MARTÍN CASTRO, Cesar. **Derecho Procesal Penal. Lecciones**, INPECCP, 2015, pág. 579.

³⁰ SAN MARTÍN CASTRO, **Derecho Procesal Penal...**, pág. 579.

³¹ SAN MARTÍN CASTRO, **Derecho Procesal Penal...**, pág. 579.

víctima (vía Cámara Gessel) se realizó sólo bajo la dirección del Fiscal (como prueba preconstituida) y su ejecución fue correcta (pues estuvo a cargo de un experto y siguió los protocolos consolidados) y respetó el principio de contradicción (presencia de la defensa técnica de las partes procesales e intervención en la formulación de preguntas, repreguntas y objeciones). Aún cabe diferenciar estos casos según:

(a.1) La declaración de la presunta víctima tuvo algún “defecto interno relevante” que hiciese necesario una aclaración, complementación o precisión.

(a.2) La declaración de la presunta víctima no tuvo ningún “defecto interno relevante” que amerite una aclaración, complementación o precisión.

(b) Los casos en donde, al amparo de la ley procesal vigente en tal momento (la ley 30364 del 23/11/2015), la declaración de la víctima (vía Cámara Gessel) se realizó sólo bajo la dirección del Fiscal (como prueba preconstituida) y la misma o, bien, tuvo defectos en su ejecución o, bien, no respetó el principio de contradicción.

(c) Los supuestos en donde, al amparo de la ley procesal actualmente vigente (el Decreto Legislativo 1386 del 4/9/2018), la declaración de la víctima (vía Cámara Gessel) se llevó a cabo bajo la dirección del Juez del Investigación Preparatoria (como prueba anticipada) y su ejecución fue correcta y no irrespetó el principio de contradicción. Cabría, también, distinguir estos casos según:

(c.1) La declaración de la presunta víctima tuvo algún “defecto interno relevante” que hiciese necesario una aclaración, complementación o precisión.

(c.2) La declaración de la presunta víctima no tuvo ningún “defecto interno relevante” que amerite una aclaración, complementación o precisión.

Como veremos la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en su **sentencia casatoria N° 21-2019/Arequipa** alude a los **distintos** casos antes señalados. Por ello, el panorama antes delineado nos será de mucha utilidad **para identificar a qué grupo de supuestos se refieren los distintos considerandos de la sentencia antes citada.**

En primer término, la Corte Suprema alude a los supuestos que hemos identificado como **(a.2)**, esto es, los casos en donde la entrevista única, correctamente ejecutada y respetuosa del principio de contradicción, y donde no hay necesidad de aclaración, complementación o precisión, ha sido dirigida por el Fiscal (como prueba preconstituida). El problema en lo relativo a estos supuestos reside en que convergen dos **interpretaciones antagónicas** tanto respecto a la **eficacia probatoria** de la **precedente** entrevista única (prueba preconstituida) como en lo referente al **alcance** de la nueva regulación de la entrevista única como prueba anticipada.

En efecto, una **primera interpretación** afirma que la primigenia declaración de la víctima, al no haber sido dirigida por un Juez de acuerdo a las reglas y principios del juicio oral, no tiene eficacia probatoria y, por ello, la nueva regulación autoriza a repetir, en estos casos, la declaración. En cambio, una **segunda interpretación** señala que la primera declaración sí tiene eficacia probatoria (pues basta que la misma haya sido correctamente ejecutada y ha sido respetuosa del principio de contradicción, pese a que solamente fue dirigida por el Fiscal) y, en consecuencia, es innecesario repetir la declaración de la víctima (obviamente, sólo en el caso-que es, justamente, al que nos estamos refiriendo- en que el desarrollo de la primera diligencia no amerite una aclaración, complementación o precisión).

Este es el supuesto (a.2) al que la Corte Suprema presta especial atención en su sentencia casatoria, pues resulta claro que ambas interpretaciones **antagónicas** no pueden convivir a la vez. En esa línea, la Corte Suprema inicia el considerando quinto de la citada casación señalando que desde una **lectura gramatical** podría asumirse que estamos en presencia de una **antinomia**. Sobre este primer punto, compartimos el criterio de la Corte Suprema al calificar la contrariedad entre estas dos interpretaciones como una antinomia, siempre que se tenga en claro que se está haciendo un uso laxo (genérico) de tal noción, esto es, que se está entendiendo por antinomia **cualquier** incompatibilidad entre dos normas **cualquiera**.

“Este último apunte es oportuno pues, como señala Pierluigi Chiassoni³², caben hasta **tres** conceptos de antinomia: **i)** cualquier incompatibilidad entre dos normas que se asume son simultáneamente vigentes, al menos prima facie, para un mismo ordenamiento jurídico (**se trata de un concepto eminentemente genérico** que no hace referencia a sus modos de resolución); **ii)** cualquier incompatibilidad entre dos normas, **que no pueda ser eliminada por medio de interpretación** y **iii)** cualquier incompatibilidad entre dos normas, **que no pueda ser eliminada por medio de interpretación, ni pueda ser superada aplicando un criterio de resolución preconstituido”**.

En ese sentido, cabe puntualizar que **los criterios de resolución de antinomias** trabajados (ampliamente) en la **metodología del derecho** (tanto los formales: el **criterio jerárquico**, el **criterio de competencia**, el **criterio cronológico**; como los materiales: el **criterio de especialidad**, el **criterio de excepcionalidad** y el **criterio axiológico**) aluden a este último tipo de antinomias (las “verdaderas antinomias”)³³.

³² CHIASSONI, Pierluigi. “Antinomias”. En: *Interpretación y razonamiento jurídico. Volumen II*, ARA Editores, 2010, pág. 270.

³³ CHIASSONI, Pierluigi. “Antinomias”, pág. 308.

Bajo ese marco, resulta nítido que la noción de antinomia al que alude la Corte Suprema en su sentencia casatoria es la primera (**concepto genérico de antinomia**), pues la misma sólo existe desde una interpretación literal de las normas en juego, más desde una lectura que atiende a los fines (teleológica) de éstas aquella se disuelve. No nos hallamos, pues, ni ante la segunda ni tercera noción de antinomia antes expuesta (**pues ambas exigen como condición negativa el que la incompatibilidad no pueda ser resuelta vía interpretación**).

Aclarado este punto (relativo al tipo de antinomia al que alude la Sala Penal Permanente), corresponde volver a centrarnos en el caso (a.2). Como señalamos la **quaestio** a dilucidar aquí reside en sí, en tales casos, el hecho de que no haya intervenido **un juez** ocasiona que dicha diligencia carezca de eficacia probatoria y haga **necesario** (pese a la revictimización que ello siempre implica) una nueva declaración de la víctima bajo la dirección de un juez o si, **únicamente** para estos casos (realizados bajo el imperio de la anterior regulación) y no así para los nuevos (c)³⁴, resulta suficiente la dirección del Fiscal y, por ende, resulta **innecesario** revictimizar a la presunta víctima mediante una nueva declaración (siempre y cuando la declaración se haya ejecutado correctamente y no haya irrespetado el principio de contradicción).

Y la solución de la Corte Suprema es categórica: **en los casos de estructura (a.2.) no cabe repetir la diligencia**. El argumento central para dotar de eficacia probatoria a la primera entrevista (pese a que no intervino un juez) es que ella haya sido ejecutada correctamente y haya respetado el principio de contradicción, en tanto si ello es así, resulta **innecesario** volver a revictimizar a la presunta víctima (ponderación del principio de interdicción de la doble victimización, así como del principio general del interés superior del niño)³⁵. En ese sentido, el argumento de la preclusión procesal (la

³⁴ En donde, no cabe duda, debe intervenir un juez.

³⁵ En ese sentido, la Corte Suprema señala: “Empero, **lo esencial y determinante desde la perspectiva jurídica es que la entrevista única se realice bajo los requisitos antes indicados**, de ser así, tendrá eficacia probatoria y, por ende, podrá ser valorada por el juez conforme a las reglas de la sana crítica”. (por “requisitos antes indicados” la Corte Suprema alude a la

declaración, vía prueba preconstituida, es un acto procesal agotado que creó efectos inalterables) es secundario pues depende de la anterior dilucidación.

Sin embargo, uno podría preguntarse si basta para los casos (a.2) el que la diligencia haya sido ejecutada correctamente y haya respetado el principio de contradicción para que ella posea eficacia probatoria ¿Por qué con relación a los casos dados con la nueva regulación se supedita tal eficacia a la dirección de un Juez? Y la respuesta es que la diferencia entre los casos (a.2) y (c) no reside únicamente que en la primera no participa un Juez y en la segunda sí, sino que en los primeros la diligencia ya fue efectuada y en la segunda nos estamos refiriendo a diligencias que van a realizarse. La diferencia es **fundamental**, pues supone que en los casos (a.2) **ya ha existido una revictimización de la presunta víctima** (no se parte de cero), en cambio en los casos (c) **aún no se dado esa previa victimización**.

En ese sentido, el problema se simplifica (erróneamente) si es que se lo presenta como una controversia ceñida en discernir entre menores (prueba preconstituida) o mayores (prueba anticipada) cánones de garantía, pues no se trata únicamente de eso. Se trata, también, en relación a estos casos (a.2), de decidir entre menores (otorgarle eficacia probatoria y evitar una **nueva** declaración de la víctima) o mayores (negarle eficacia probatoria y aceptar una **nueva** declaración de la víctima) **grados de revictimización de las presuntas víctimas**. En cambio, en lo relativo a los casos (c) la cuestión **es más sencilla**: en tanto todavía no se ha recibido la declaración de las víctimas (se parte de cero) el exigir que ésta se lleve a cabo con la participación del juez no “carga” con el peso una previa victimización. Presentado así el panorama la solución de la Corte Suprema nos parece convincente: “el principio del interés superior del niño y el principio de interdicción de la doble victimización” se verían **intolerablemente** conculcados si es que se permite una **nueva** declaración de las presuntas víctimas (ya victimizadas mediante una **previa** declaración) **bajo el único sustento** de que la mediación de un juez **otorgaría mayores niveles de**

corrección de la ejecución de la diligencia-a cargo de un experto y bajo protocolos consolidados- y el respeto del principio de contradicción).

garantía a la nueva diligencia (que trae consigo, a su vez, una **nueva** revictimización de la víctima). Es decir, aceptar **dos** revictimizaciones para mejorar la realización de una diligencia (ejecutada correctamente y respetuosa del principio de contradicción) **no constituye un buen saldo** (es **injusto** para con las presuntas víctimas).

Sin embargo, la casación de la Corte Suprema no sólo se refiere a estos casos. También alude a diligencias llevadas a cabo bajo al anterior como prueba preconstituida (esto es, sólo dirigidas por el Fiscal) pero en donde o, bien no se siguieron los protocolos o, bien no se respetó el principio de contradicción; a saber, los casos que hemos identificado como (b). En estos casos, la Corte Suprema **si admite una repetición** de la diligencia (vía prueba anticipada), pese a que ello implicaría una **segunda** revictimización de la víctima. Y ello es correcto, pues a diferencia de los casos anteriores (a.2), aquí la **primera** diligencia **no ha respetado ningún mínimo** a fin de otorgarle eficacia probatoria. En otras palabras, **tolerar** dos revictimizaciones para **rehacer una primera diligencia completamente inútil** constituye una **solución armoniosa** entre el principio que prohíbe una **innecesaria** revictimización y los fines de averiguación de la verdad que persigue el proceso.

Por otra parte, la casación de la Corte Suprema también alude a los casos llevados a cabo bajo la anterior regulación (dirigidos únicamente del Fiscal), correctamente ejecutados y respetuosos del principio de contradicción (a), en donde, empero, a diferencia de (a.2), la declaración de la presunta víctima tuvo algún defecto interno relevante que hace necesario una aclaración, complementación o precisión (a.1). En estos supuestos, la Corte Suprema señala que cabe **repetir** la declaración (¡pese a la revictimización que ello siempre produce en la presunta víctima!) a fin de que se realice la aclaración, complementación o precisión correspondiente.

Repárese en que, a diferencia del supuesto anterior (b), aquí la primera declaración fue parcialmente útil, esto es, no requiere una repetición in totum, sino sólo la realización de una aclaración, complementación o

precisión. Esto no supone que la nueva diligencia no suponga una revictimización (en tanto cada vez que una presunta víctima es llamada a prestar declaración sobre un evento traumático resulta afectada) pero si que **el grado de revictimización aquí (a.1) sea menor en comparación con el caso anterior (b)** en donde ésta debe volver a realizar una **declaración íntegra** sobre lo que le sucedió. Más, también debe advertirse que, **en contraste con el caso anterior (b), en donde la justificación de la repetición de la declaración es patente dada la total inutilidad de la primera diligencia, aquí (a.1) la justificación no resulta tan evidente**, pues podría argüirse que el principio de averiguación de la verdad (al no resultar **tan afectado** en estos casos) no ameritaría una nueva declaración de la víctima (¡con el daño que ella siempre implica!).

Esclarecido del modo anterior los matices del presente grupo de casos (a.1), mi posición se ubica del lado del criterio de la Corte Suprema. En efecto, si bien es cierto que en estos casos el valor de la averiguación de la verdad no se ve gravemente afectado (puesto que la diligencia es parcialmente útil) como en (b), también lo es que, en contraste con (b), aquí el grado de revictimización es menor (puesto que la nueva diligencia sólo se circunscribirá a “aclarar, complementar o precisar algún punto de la anterior declaración”). Dicho de otro modo: **tolerar** dos revictimizaciones para **rehacer una primera diligencia parcialmente útil** constituye una **solución armoniosa** entre el principio que prohíbe una **innecesaria** revictimización y los fines de averiguación de la verdad que persigue el proceso, cuando **el grado de revictimización de la segunda declaración es menor** (en tanto se ciñe a aclarar, complementar o precisar algún punto). En vista a ello resulta **fundamental** que se valore correctamente: **1)** si, en realidad, es necesario aclarar, complementar o precisar la primera declaración, pues si no es así en vez de encontrarnos ante este caso (a.1) nos hallaremos ante el caso (a.2) en donde, como vimos, resulta prohibido realizar de nuevo la diligencia y **2)** que el Juez de investigación preparatoria al llevar a cabo la segunda diligencia la **ciña** a aclarar, complementar o precisar algún punto de la primera, en tanto si la transforma en una nueva versión (total) de la primera declaración se rompería la **relación de proporción** antes

mencionada: ante una **leve** afectación del principio de averiguación de la verdad se ampararía (abusivamente) una **grave** revictimización de la presunta víctima (¡la permisión para permitir una nueva declaración de la víctima está **condicionada** a que ésta se **limite** a la aclaración, complementación o precisión de algún punto de la primera!).

Finalmente, todo lo dicho y argumentado en relación al caso (a.1) puede aplicarse mutatis mutandis en lo concerniente al caso (c.1). A saber, en los casos en donde al amparo de la nueva regulación se lleven a cabo vía prueba anticipada **su repetición está condicionada a que sea imprescindible** una aclaración, complementación o precisión de algún punto de ésta.

PARTE CUATRO TOMA DE POSTURA Y CONSECUENCIAS

1. Contrastación de las hipótesis: Toma de postura

1.1 Hipótesis general

H. “El Estado peruano ha cumplido con incluir dentro de su normatividad interna, la implementación de la Cámara Gesell, como un instrumento técnico y especializado, para la toma de declaración de los menores afectados por violación sexual, dentro de un marco garantista y protector, de conformidad con los estándares internacionales”.

Como ya hemos precisado, “la presencia de niños, niñas y adolescentes en el proceso penal sobre delitos contra la libertad sexual, ponen a la luz importantes problemas que se reflejan no sólo en la identificación de los mecanismos probatorios orientados a crear convicción en el Juez sobre el delito y la responsabilidad del presunto agresor, sino en la necesidad de realizar la ponderación de los intereses en conflicto dentro de un marco estrictamente constitucional. En este tipo de delitos, es común advertir que en la mayoría de los casos el único medio de prueba con que

cuenta el Juez es la sindicación de la víctima y el certificado médico legal, ello no puede permitir que de facto se descarte la denuncia de violación sexual, pues tendrá que escudriñarse otros medios probatorios que permitan revertir el blindaje constitucional del principio de presunción de inocencia del inculpado”.

Conforme lo normado por la “Resolución Administrativa N° 277-2019-CE-PJ, del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial”, se establece que este Poder del Estado asume como una de sus más importantes prioridades, propender a la atención especializada e interdisciplinaria de todas las personas en sociedad que se encuentren en condición de vulnerabilidad, de conformidad con el “Plan Nacional de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad 2016-2021”. En tal sentido, “la entrevista en Cámara Gesell se constituye en una diligencia judicial especializada, que tiene por finalidad registrar la declaración de la menor víctima de violencia sexual, procurando su revictimización”.

De esta manera, conforme a la acotada Resolución Administrativa N° 277-2019-CE-PJ, se entiende a la Cámara Gesell “como un ambiente especialmente condicionado, que permite la realización de la entrevista única a niñas, niños o adolescentes víctimas y/o testigos, permitiendo el registro y preservación de la declaración o testimonio. Garantiza la posibilidad de que dicha entrevista sea grabada en audio y video con las garantías correspondientes. Está conformada por dos habitaciones con una pared divisoria, en la que hay un vidrio de gran tamaño (espejo de visión unidireccional) que permite ver desde una de las habitaciones (sala de observación) lo que ocurre en la otra (Sala de Entrevista), donde se realizan entrevistas a la niña, niño o adolescente. Ambas salas están acondicionadas con equipos de audio y de video para la grabación de las diferentes acciones”.

“La entrevista en Cámara Gesell es una diligencia judicial que registra la declaración o testimonio de la niña, niño o adolescente, y tiene como finalidad esclarecer la verdad de los hechos y evitar su revictimización. Mediante esta prueba preconstituida, antes de la vigencia de la ley transversal y a partir de ella solo lo hará como prueba anticipada (en presencia del juez) la víctima relatará los hechos que son materia de imputación; en lo posible y de acuerdo a su edad cronológica y entorno social y cultural, señalará las características físicas y el nombre del presunto responsable de los hechos. Por las condiciones y la inmediatez con que se lleva a cabo -bajo la dirección de un psicólogo, en un ambiente amigable y adecuado, sin el estrépito de una sala de audiencias ni la presencia visible de otras personas-, es de alta fiabilidad y basta con una sola declaración de la víctima” (“Casación N° 1668-2018-Tacna. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República”).

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

Al efecto, podemos citar los siguientes instrumentos normativos, que revelan la evolución de la implementación en nuestro sistema de la Cámara Gesell:

* “Protocolo de las Naciones Unidas para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, aprobado por Resolución Legislativa N° 27527, y ratificada por el Estado peruano”.

* “Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada mediante la Resolución Legislativa N° 25278, y ratificada por el Estado peruano”.

* “Código de los Niños y Adolescentes, aprobado por la Ley N° 27337 y sus modificaciones”.

* “Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño, Ley N° 30466 y su Reglamento”.

* “Ley que prohíbe el uso del castigo físico y humillante contra los niños, niñas y adolescentes, Ley N° 30403 y su Reglamento”.

* “Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, Ley N° 30364, sus modificaciones y su Reglamento”.

* “Ley N° 30920, ley que declara de interés público y prioridad nacional la implementación progresiva de Cámaras Gesell en todas las fiscalías provinciales penales, de familia o mixtas de las provincias de los distritos fiscales y juzgados de familia de los distritos judiciales del país, a fin de garantizar la actuación oportuna de las diligencias que sirvan como medios probatorios idóneos en los procesos judiciales y evitar la revictimización en los casos de violencia sexual, familiar y trata de personas”.

* “Decreto Supremo que modifica el Reglamento de la Ley N° 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-MIMP”.

* “Decreto Supremo que aprueba el Cronograma de Implementación del Sistema Nacional Especializado de Justicia para la Protección y Sanción de la Violencia contra las Mujeres e Integrantes del Grupo Familiar, aprobado por Decreto Supremo N° 003-2019-MIMP”.

* “Resolución Administrativa N° 264-2017-CE-PJ, que aprueba el Protocolo de Justicia Itinerante para el Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad”.

* “Resolución Administrativa N° 228-2016-CE-PJ, que aprueba el Protocolo de Participación Judicial del Niño, Niña y Adolescente”.

* “Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 3963-2016-MP que aprueba la Guía de Procedimiento de Entrevista Única a Víctimas en el marco de la Ley N° 30364, Ley 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”.

* “Resolución Administrativa N° 090-2016-CE-PJ, que aprueba el Plan Nacional de Acceso a la Justicia de personas en condición de Vulnerabilidad – Poder Judicial 2016-2021”.

* “Resolución Administrativa N° 266-2010-CE-PJ, que dispone la adhesión del Poder Judicial a la implementación de las 100 Reglas de Brasilia de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y aprueba la Carta de Derechos de las Personas”.

* “Plan Nacional de Acción por la Infancia y la Adolescencia 2012-2021, Ley N° 27668”.

En tal sentido el Estado peruano si ha cumplido con incluir dentro de su normatividad interna, la implementación de la Cámara Gesell, por lo que se ha comprobado nuestra hipótesis general.

1.2 Hipótesis específicas

1.2.1 H.1. “La entrevista en Cámara Gesell, es una diligencia judicial que en los casos en que el menor haya sido agraviado por violación sexual, permite registrar su declaración referencial en calidad de prueba anticipada”.

Ya hemos podido apreciar también, que en los inicios de su aplicación, la normatividad que acompañó la utilización de la Cámara Gesell, constituida por su original “guía”, no fue clara ni precisa con respecto al peso o valor probatorio del testimonio logrado mediante la “entrevista única”. “Inicialmente los jueces lo trataron como un acto de investigación que en su momento debía reproducirse en la etapa oral para ser valorada como elemento probatorio”.

Hemos constatado también que existe diferencia conceptual entre “actos de investigación” y “actos de prueba”. Así, los “actos de investigación tienen su oportunidad de actuación durante la fase de la investigación preliminar y tienen por finalidad averiguar la realidad de los hechos relacionados con el delito sujeto a investigación (“sirven, entonces, de base para preparar la imputación penal, determinar la apertura del proceso y el juicio oral, así como para adoptar medidas cautelares” <STC Exp. N° 8811-2005-PHC/TC, f. 2>). Por otro lado, los “actos de prueba son aquellos que se integran en el juicio oral”, y conforme lo precisa Wong Abad “sus fines son los de servir de fundamento a la sentencia, debiendo respetar sobre todo los principios de inmediación y contradicción. Únicamente un acto de investigación tendrá los efectos de un acto de prueba cuando no sea posible física o jurídicamente su reproducción en el juicio oral, caso contrario, se atentaría a los principios de oralidad, inmediación, contradicción e igualdad” (2012, p. 285).

El uso de la Cámara Gesell permite a los profesionales especializados, obtener de manera técnica y profesional la declaración del afectado, sin generar efectos traumáticos en la víctima menor, la que al

verse rodeada de las seguridades y privacidad que proporciona, brindará una declaración lo más ajustado a la realidad de los hechos, que luego será incluida al proceso como un medio de prueba bastante confiable.

Al efecto, mediante este medio probatorio se permitirá que la víctima relate los “hechos que son materia de imputación”; de conformidad con los fundamentos de la Casación N° 1668-2018-Tacna “en lo posible y de acuerdo a su edad cronológica y entorno social y cultural, señalará las características físicas y el nombre del presunto responsable de los hechos. Por las condiciones y la inmediatez con que se lleva a cabo -bajo la dirección de un psicólogo, en un ambiente amigable y adecuado, sin el estrépito de una sala de audiencias ni la presencia visible de otras personas-, es de alta fiabilidad y basta con una sola declaración de la víctima”.

La referida Casación N° 1668-2018-Tacna, especificó de manera expresa, que la entrevista en Cámara Gesell asumía la forma de una prueba preconstituida”

“La prueba preconstituida, es aquella prueba practicada tanto antes del inicio formal del proceso -en la denominada fase preprocesal- cuando en la propia fase de investigación, realizada siempre con las garantías constitucionales y legales pertinentes, y en la medida en que sean de imposible o de muy difícil reproducción” (Rosas Yataco 2009, p. 738). “La prueba preconstituida es una prueba documental, que puede practicar el Juez de Instrucción y su personal colaborador (policía judicial y Ministerio Fiscal) sobre hechos irrepetibles, que no pueden, a través de los medios de prueba ordinarios, ser trasladados al momento de realización de juicio oral. Por ello, dicha prueba tiene un carácter aseguratorio de los indicios y fuentes de prueba, que, bajo determinadas garantías formales, de entre las que destaca la de garantizar la ‘posibilidad de contradicción’, posibilitan su introducción en el juicio oral, a través de la lectura de documentos (art.730), como documentos públicos oficiales suficientes para fundar una sentencia de condena”. (Gimeno Sendra, en Caballero Castillo 2010, p. 441)

“La denominada prueba preconstituida es, sin duda, el aspecto hoy en día, de más alto nivel polémico. No está definida legalmente. El NCPP tiene señalado en su art. 325 el carácter de prueba de las actuaciones objetivas e irreproducibles -que el art. 425.2 NCPP denomina prueba preconstituida-, siempre que se lean en la estación oportuna del juicio oral -forma de reproducción o ratificación-. En verdad no es una prueba en estricto, sino un acto de investigación que adquiere valor probatorio realizado en el propio proceso penal, en etapas anteriores al juicio oral” (San Martín Castro 2015, p. 578).

“Lo dicho determina que este tipo de prueba ‘preconstituida’ se refiere directamente a hechos, que permiten, a través de ellos, constatar la realidad de un determinado hecho fáctico, como pueden ser por ejemplo, registros domiciliarios, registro vehicular o personal, alcoholemia; o también la prueba de la existencia de alguna relación entre las personas, para lo cual se puede instrumentalizar la intervención telefónica o de otras comunicaciones, que ciertamente no podrían ser reproducidas idénticamente”.

No parece pues técnicamente ser esta la naturaleza jurídica de la entrevista en Cámara Gesell como medio probatorio.

Por otro lado, es de tomarse en consideración que de conformidad con lo prescrito en el art. 171.3 del CPP, “cuando deba recibirse testimonio de menores y de personas que hayan resultado víctimas de hechos que las han afectado psicológicamente, se podrá disponer su recepción en privado. Si el testimonio no se actuó bajo las reglas de la prueba anticipada, el Juez adoptará las medidas necesarias para garantizar la integridad emocional del testigo y dispondrá la intervención de un perito psicólogo, que llevará a cabo el interrogatorio propuesto por las partes. Igualmente, permitirá la asistencia de un familiar del testigo” (art. 171.3)”. Por la naturaleza propia de la entrevista en Cámara Gesell, la norma de referencia es posible de serle extendida, para graficar la determinación que se trata en esencia de una forma de “prueba anticipada”

En igual sentido, la Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar establece que cuando la víctima sea niña, niño y adolescente o mujer, su declaración debe practicarse bajo la técnica de entrevista única y se tramita como prueba anticipada. La declaración de la víctima mayor de edad a criterio del fiscal puede realizarse bajo la misma técnica. En cualquiera de estos casos se llevará a cabo en un ambiente privado, cómodo y seguro” (art. 19, Ley N° 30364).

Se constata en consecuencia que la naturaleza jurídica que le corresponde a este medio de prueba es la de una “prueba anticipada”. El CPP regula la “prueba anticipada” en el Título IV, arts. 242 al 246, se fundamenta en la previsión de la imposibilidad de llevar al juicio oral determinados medios de prueba, en especial la testifical. A decir de San Martín Castro, “puede definirse como actos de investigación de carácter personal, de carácter irrepetible y urgente, que se realizan por el juez de la investigación preparatoria, bajo las pautas de ejecución del juicio oral -oralidad, inmediación y contradicción-. (2015, p. 582)

El art. 242° del CPP establece los supuestos de la prueba anticipada, estableciéndose que 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 casos que específicamente señala la norma. Entre ellos, en el supuesto d), se establece que: “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”.

“La prueba anticipada, es aquella practicada siempre con

intervención del Juez Penal o Tribunal y con posibilidad de someterla a contradicción, realizada cuando fuere de temer que no podrá practicarse en el juicio oral o que pudieran motivar sus suspensión, esto es, cuando no sean reproducibles en el acto oral o cuando siendo por naturaleza reproducibles, como es la declaración testifical, concurren circunstancias fundadas que impiden practicarlas en el plenario". (cit. Rosas Yataco 2009, p. 738)

"A diferencia de la prueba preconstituida, su objeto no es documental sino testifical y pericial, y el sujeto que la actúa es siempre el juez -principio de exclusividad jurisdiccional-. Además, a diferencia de la prueba plenarial, es inmediata en su ejecución pero mediata en su valoración, compartiendo con ella el principio de publicidad. En definitiva, lo característico de la prueba anticipada es que es típica del juicio oral, de modo que su práctica anticipada se ha de hacer exactamente igual que si se ejecutara en este acto. Así, interrogatorio". (San Martín Castro loc. cit.)

1.2.2 H.2. "La entrevista en Cámara Gesell, es una diligencia judicial especializada y técnica, orientada a registrar la declaración o testimonio del menor agraviado por violación sexual, que se constituye como un medio efectivo para esclarecer la verdad de los hechos y reducir eficazmente su revictimización".

Al efecto, es necesario recordar que las víctimas de violación sexual menores de catorce años, constituyen un sector poblacional sumamente vulnerable, que durante la secuela del proceso penal requieren de un tratamiento y atención especializada, que les procure la seguridad de su integridad psicológica. En tal sentido la Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar

N° 30364, establece en su artículo 19, que: “cuando la víctima sea niña, niño y adolescente o mujer, su declaración debe practicarse bajo la técnica de entrevista única y se tramita como prueba anticipada. La declaración de la víctima mayor de edad a criterio del fiscal puede realizarse bajo la misma técnica. En cualquiera de estos casos se llevará a cabo en un ambiente privado, cómodo y seguro [...]”

En tal sentido, “con el fin de introducir mejoras sustanciales al sistema de justicia, en relación al caso de las víctimas de violación menores de edad, y de conformidad con la experiencia normativa internacional, al igual que diversos países del orbe, el Perú a partir del año 2006, a través del Ministerio Público, ha optado por introducir a nuestro sistema, el uso de la Cámara Gesell, como instrumento novedoso y técnico para la obtención de la declaración de la menor víctima”.

“De lo expresado, podemos definir a la Cámara Gesell, como aquel instrumento, dispositivo o herramienta técnica investigativa. Científico-jurídico-legal, de derecho humano y acceso al servicio de la justicia del o la menor de edad o persona con discapacidad víctima de violencia sexual cuya finalidad es coadyuvar a evitar revictimizaciones durante el proceso penal, restableciendo la protección de los derechos fundamentales de la víctima” (Huayhua Berrocal 2014, p. 201).

Esta moderna herramienta técnico-forense, se caracteriza por esta constituido por un sistema de elementos audio visuales como son los equipos de video y audio, cámaras fotográficas, computadoras, etc. Y además en su infraestructura, básicamente cuenta con dos ambientes contiguos pero separados por un “vidrio espejado”, destinados uno a la “entrevista propiamente dicha; y el otro a la observación, destinado al fiscal participante (penal o de familia), los abogados, los familiares de la víctima y el instructor de la policía. La entrevista la realizará el personal psicólogo especializado”.

Conforme lo normado por la “Resolución Administrativa N° 277-2019-CE-PJ”, del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, se establece que este Poder del Estado asume como una de sus mas importantes prioridades, propender a la atención especializada e interdisciplinaria de todas las personas en sociedad que se encuentren en condición de vulnerabilidad, de conformidad con el “Plan Nacional de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad 2016-2021”. En tal sentido, “la entrevista en Cámara Gesell se constituye en una diligencia judicial especializada, que tiene por finalidad registrar la declaración de la menor víctima de violencia sexual, procurando su revictimización”.

De esta manera, conforme a la acotada Resolución Administrativa N° 277-2019-CE-PJ, se entiende a la Cámara Gesell “como un ambiente especialmente condicionado, que permite la realización de la entrevista única a niñas, niños o adolescentes víctimas y/o testigos, permitiendo el registro y preservación de la declaración o testimonio. Garantiza la posibilidad de que dicha entrevista sea grabada en audio y video con las garantías correspondientes. Está conformada por dos habitaciones con una pared divisoria, en la que hay un vidrio de gran tamaño (espejo de visión unidireccional) que permite ver desde una de las habitaciones (sala de observación) lo que ocurre en la otra (Sala de Entrevista), donde se realizan entrevistas a la niña, niño o adolescente. Ambas salas están acondicionadas con equipos de audio y de video para la grabación de las diferentes acciones”.

“La entrevista en Cámara Gesell es una diligencia judicial que registra la declaración o testimonio de la niña, niño o adolescente, y tiene como finalidad esclarecer la verdad de los hechos y evitar su revictimización. Mediante esta prueba preconstituida, la víctima relatará los hechos que son materia de imputación; en lo posible y de acuerdo a su edad cronológica y entorno social y cultural, señalará las características físicas y el nombre del

presunto responsable de los hechos. Por las condiciones y la inmediatez con que se lleva a cabo -bajo la dirección de un psicólogo, en un ambiente amigable y adecuado, sin el estrépito de una sala de audiencias ni la presencia visible de otras personas-, es de alta fiabilidad y basta con una sola declaración de la víctima” (“Casación N° 1668-2018-Tacna. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República”).

“La entrevista en Cámara Gesell, es una diligencia judicial especializada y técnica, orientada a registrar la declaración o testimonio del menor agraviado por violación sexual, que se constituye como un medio efectivo para esclarecer la verdad de los hechos y reducir eficazmente su revictimización”.

“El principio fundamental que se deduce tanto de las proclamaciones normativas internacionales como de las internas es el del interés superior del menor, que debe ser considerado prioritariamente, y ello implica siempre la evaluación de sus circunstancias personales, familiares y sociales en general, y atender, en consecuencia, sus específicas necesidades. Así, el artículo 3.1 de la Convención del 20 de noviembre de 1989, sobre los derechos del niño, adoptada por la ‘Asamblea General de las Naciones Unidas’ dispone que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Al respecto, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), establece que “los Estados partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y aseguran su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión pública, o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes

legales”. Asimismo, “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. Los Estados parte se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin tomaran todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”.

De acuerdo a lo dicho, este “principio del interés superior del niño”, se encuentra indisolublemente “vinculado con la adopción de acciones necesarias por parte del Estado”, con la finalidad de asegurar los fundamentales derechos de los niños, por tanto, el citado principio se constituye como el núcleo duro y fundamental del sistema judicial, que al efecto, deberá centrarse en beneficio del menor víctima de la violencia sexual. “En el ámbito nacional es pertinente mencionar que existen en nuestro sistema, diversos cuerpos normativos que consagran el derecho a la integridad moral y psicológica, así como la dignidad del menor, como por ejemplo la misma Constitución, el Código de los Niños y Adolescentes”.

“Sin duda los niños, niñas y adolescentes tienen derecho al respeto de su integridad psíquica, moral y dignidad más aún si tienen la calidad de víctimas de violencia sexual; por lo tanto, deberán ser tratados con comprensión, alta sensibilidad humana, garantizándose de este modo el acceso a la justicia y respeto de sus derechos. Las víctimas de los delitos contra la libertad sexual soportan toda una penosa realidad frente al sistema de administración de justicia que en una etapa pre procesal y procesal, ponen en evidencia una situación de maltrato a la víctima y testigo quienes tienen que rendir su testimonio ante diversas personas, al cabo de cuyo proceso, termina en una estigmatización que la sociedad hace frente a la víctima”.

“Ante este contexto, los clásicos interrogatorios que los menores

de edad prestan en las sedes de las diversas agencias (policía y fiscalías) progresivamente se ven reemplazados por el uso de la nueva tecnología en el acceso a la justicia de niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia, abuso y explotación sexual infantil, al haberse implementado la denominada Sala de Entrevista Unica - Cámara Gesell, que constituye un espacio dotado de alta tecnología, en el cual la víctima es entrevistada y examinada de la manera más adecuada por parte de un equipo de expertos que realizan la Entrevista Única”.

“La Sala de Entrevista - Cámara Gesell, consta de dos ambientes dotados de alta tecnología y separados por un vidrio espejado, que permite entrevistar a un niño, niña o adolescente en condiciones adecuadas y asimismo permite grabar la entrevista en medio audio visual que será posteriormente usada en el proceso judicial, sin la necesidad de que el menor de edad tenga que concurrir a los Tribunales dado a que su voz e imagen quedan perennizadas en la entrevista realizada por un equipo de expertos dirigidos por el Fiscal y con la presencia de los operadores de justicia llamados por ley, quienes observan de la habitación contigua la entrevista que realiza el entrevistador a la víctima en otro ambiente acondicionado para ello”.

“En el Sistema Judicial, el niño, niña o adolescente víctima de abuso sexual infantil, toma el lugar de testigo y es sumamente preocupante cuando es citado para hablar sobre eventos traumáticos que pueden haberle ocurrido, es por ello que las entrevistas a los menores de edad debe estar a cargo de personal altamente especializado que permita obtener la mayor cantidad de información del niño por medio de la rememoración libre y sin inducción, captándose el lenguaje propio del niño y adaptándose a él según su nivel de maduración y desarrollo cognoscitivo, lo que permitirá una comunicación fluida”.

“Desde la perspectiva del proceso penal en que se exija la participación de menores, hay varias finalidades que la aplicación de este

principio general va a procurar: En primer lugar, se trata de proteger y promover los derechos del niño, en especial del que se encuentra en situaciones de especial vulnerabilidad (por ejemplo, por ser objeto de explotación sexual, trata de menores, malos tratos); y, en segundo lugar, se trata de evitar al niño, en la medida de lo posible, las consecuencias negativas de la persecución penal, es decir, se trata de evitar una victimización secundaria del menor. Es necesario que el proceso no agrave el posible trauma sufrido por el niño, y por ello se hace imprescindible acompañar la respuesta penal de la necesaria asistencia, a través de medidas extraprocerales y, por supuesto, a través de las necesarias adaptaciones en el proceso en el momento de los interrogatorios; por ejemplo, evitando el contacto visual con los imputados o acusados”.

“La no revictimización involucra a los operadores de justicia, al Estado, a la sociedad y a los medios de comunicación que tienen por finalidad evitar que las víctimas conciban reiteradamente los efectos psicosociales del delito que afectan su dignidad y calidad de vida” (Huayhua Berrocal 2014, p. 203).

De conformidad con lo expresado en el Acuerdo Plenario N° 1-2011/CJ-116 (06-12-11), “la victimización primaria se produce como consecuencia directa del crimen (en este caso, sexual). La victimización secundaria viene constituida por los sufrimientos de las víctimas que con motivo de la investigación del caso y corroboración de las afirmaciones infieran las instituciones, criminólogos, funcionarios de instituciones penitenciarias, entre otros. La victimización terciaria es aquella que infringe la sociedad”.

“El Estado ha de mostrar una función tuitiva respecto a la víctima que denuncia una agresión sexual, como criterio de justicia y por fines de eficacia probatoria. La victimización secundaria hace referencia a la mala o inadecuada atención que recibe una víctima por parte del sistema penal, e instituciones de salud, policía, entre otros. La revictimización también incluye la mala intervención psicológica terapéutica o médica que brindan

profesionales mal entrenados para atender situaciones que revisten características particulares. La víctima de una agresión sexual sufre por el propio hecho en sí; y por la dolorosa experiencia de repetir el suceso vivido a los profesionales de las diferentes instituciones sucesivamente: familia, pediatra, trabajadora social, médico forense, policía, psicólogo, juez, abogado del acusado. En efecto, el trauma de la víctima del abuso sexual se prolonga cuando debe enfrentarse a los interrogatorios que contempla el sistema de justicia”.

“A efectos de evitar la victimización secundaria, en especial de los menores de edad, mermando las aflicciones de quien es pasible de abuso sexual, se debe tener en cuenta las siguientes reglas: a) Reserva de las actuaciones judiciales; b) Preservación de la identidad de la víctima; c) Promover y fomentar la actuación de única declaración de la víctima. Esta regla es obligatoria en el caso de menores de edad, valiéndose para ello de las directivas establecidas por el Ministerio Público en la utilización de la Cámara Gesell, especialmente respecto a la completitud, exhaustividad y contradicción de la declaración”.

“Por su parte, el artículo 10 del D.S. N° 009-2016-MIMP (Reglamento de la Ley N° 30364 <Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar>), establece que en la valoración de la prueba en casos de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, se observan las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia. Se debe evitar, en todo momento, la aplicación de criterios basados en estereotipos que generan discriminación (en estos procesos se admiten y valoran, de acuerdo a su pertinencia, todos los medios probatorios que puedan acreditar los hechos de violencia)”.

En tal sentido, “hemos comprobado que la entrevista en Cámara Gesell, es una diligencia judicial especializada y técnica, orientada a registrar la declaración o testimonio del menor agraviado, que se constituye como un medio efectivo para esclarecer la verdad de los hechos y reducir eficazmente la revictimización”.

1.2.3 H.3. “En nuestro sistema, la implementación y la utilización de la Cámara Gesell, que debería constituirse como un efectivo medio especializado y técnico, para la investigación de delitos sexuales contra menores, adolece de una serie de problemas, que dificultan y/o impiden ostensiblemente un adecuado nivel de éxito como medio de prueba”.

Como ya hemos precisado, la realidad nacional demuestra en los últimos tiempos, un preocupante incremento de la tasa de delitos sexuales, especialmente sobre menores de edad. “El delito contra la sexualidad en agravio de niñas, niños o adolescentes, genera, a no dudarlo, una evidente y profunda afectación a su integridad física, espiritual o psicológica, como consecuencia directa del episodio traumático vivido, que termina afectando su personalidad y la manera como se relacionará a futuro con los demás sujetos de su entorno social y familiar”. La violencia sexual contra menores constituye a no dudarlo, un ilícito execrable, absolutamente reprochable y mediante el cual se agravia fundamentales derechos humanos de los menores, que así ven lesionada su indemnidad sexual, con secuelas de orden psico-fisiológico, familiar, social y de toda índole que lamentablemente los deja “estigmatizados” y “recortados” en sus posibilidades de vida digna futura.

Esta situación determina como correlato, una efectiva respuesta del Estado, que debe proporcionar a la víctima en este caso, la seguridad de un tratamiento adecuado, acorde a su condición de menor, sobre la base de las normas internacionales sobre protección del “interés superior del niño y adolescente”; poniendo a disposición los más adecuados medios para la investigación y persecución penal del agente y velar por el debido tratamiento de la víctima, a la que debe asegurar y garantizar un adecuado acceso a la justicia, evitando innecesarios padecimientos, agravios, integridad y dignidad como efectos secundarios “revictimizadores”, que

serían absolutamente contraproducentes y trastocarían la esencia protectora del “sistema penal”.

Es como consecuencia de la exigencia internacional, sobre todo la referida a la obligación estatal de la preservación de “los derechos fundamentales del niño y de los adolescentes”, que se hizo exigencia y obligación por parte del Estado, de implementar la adopción y ejecución de estrategias y procedimientos investigatorios, que no atenten contra el derecho de defensa, pero que procuren la aplicación de procedimientos modernos y técnicos, dirigidos por profesionales idóneos para la toma de declaraciones de los menores víctimas de abuso sexual. Y es que el uso de la tecnología es esencial para la optimización de la captación de esta prueba, que resulta de suma importancia a los efectos investigatorios; la utilización de personal especializado, apoyado por medios audiovisuales e instrumentos idóneos, permite la realización efectiva y lo mas cercano posible a la verdad de la declaración testimonial del menor. En este sentido, la implementación y la utilización de la Cámara Gesell constituye un gran avance para evitar la “revictimización” de los menores agraviados.

Advertido así, la utilización de la Cámara Gesell denota sus ventajas por cuanto no desconoce los derechos del imputado, quien siempre goza de la “presunción de inocencia” y las garantías procesales a que tiene derecho; y con respecto a la víctima, el aseguramiento de sus fundamentales derechos. Sin embargo, nos percatamos que existen circunstancias negativas que van en contra de su utilización; la falta de condiciones adecuadas de infraestructura, carencia de personal calificado, deficiencia en las condiciones logísticas y de tecnología, se representan como circunstancias que determinan notorias dificultades no solo en Lima, sino en todo el territorio nacional.

Pero la experiencia personal como magistrado, nos ha permitido apreciar que “la sola instalación de la Cámara Gesell, como principal instrumento judicial de recaudación de información, no garantiza la disminución de las consecuencias ‘revictimizantes’, puesto que éstas aún

siguen persistiendo perniciosamente, determinando que la Cámara Gesell sea, muy a nuestro pesar, tan solo un proceso formalista o protocolar del proceso penal, y en lugar de mejorar el sistema legal, se siga vulnerando los derechos fundamentales, trasgrediendo el respeto a la dignidad de la víctima. Desde el punto de vista jurídico, se requiere la adecuación, implementación y modificación normativa que permita, de manera más oportuna e idónea, la actuación profesional del psicólogo forense, así como el ambiente, la infraestructura, la dinámica en la aplicación del protocolo y la instauración de más Cámaras Gesell en el país y se evite así la ‘revictimización’, con miras a desaparecer o por lo menos minimizar sus efectos, y propender a un sano equilibrio entre la necesidad de la víctima y las del sistema judicial en su conjunto”.

Por lo dicho, “resulta necesario valorar la necesidad de ampliar a nivel nacional, la implementación de un mayor número de Cámaras Gesell, para difundir con mayor eficacia la cobertura de los beneficios que contrae, para la atención y protección adecuada de las víctimas menores, garantizándoles el principio de no revictimización, de conformidad con los fines propuestos por el principio de respeto al interés superior del niño y a la posibilidad de un acceso adecuado a la justicia”. Para ello se recomienda la celebración de convenios internacionales, nacionales, regionales o locales, con tal finalidad.

“Fomentar convenios inter institucionales con la finalidad de fomentar la implementación de Cámaras Gesell, como la Policía Nacional, Ministerio Público, Poder Judicial, Ministerio de Justicia, Centro Emergencia Mujer del Programa Nacional contra la Violencia Familiar y Sexual del Ministerio de la mujer y Poblaciones Vulnerables, Salud, educación, gobiernos regionales, gobiernos locales, ONG, iglesia y sociedad civil, instituciones que podrían gestionar recursos con la finalidad de financiar la implementación de la cámara Gesell, inclusive el Estado mismo deberá destinar parte del presupuesto económico para la implementación respectiva de esta herramienta forense especializada”.

“Por otro lado, y atendiendo a la crítica sobre la idoneidad de sus operadores, se debería realizar capacitaciones especializadas y de sensibilización, dirigidas a los operadores intervinientes en la atención de Cámara Gesell, especialmente en los casos de violencia sexual, con la finalidad de crear mecanismos de atención, denuncias y servicios accesibles adecuados para víctimas menores de edad”.

“Al efecto, se exige también al Estado, la implementación de oportunos y viables mecanismos de coordinación entre sectores fiscales, policiales y judiciales, promoviéndose de esta manera una atención integral, oportuna e inmediata de las víctimas de violencia sexual, adoptando sistemas que prioricen el trato adecuado y comprensible hacia la víctima”.

2. Conclusiones

1. “Las víctimas de violación sexual menores de catorce años, constituyen un sector poblacional sumamente vulnerable, que durante la secuela del proceso penal requieren de un tratamiento y atención especializada, que les procure la seguridad de su integridad psicológica. En tal sentido, la Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar N° 30364, establece en su artículo 19, que: ‘cuando la víctima sea niña, niño y adolescente o mujer, su declaración debe practicarse bajo la técnica de entrevista única y se tramita como prueba anticipada. La declaración de la víctima mayor de edad a criterio del fiscal puede realizarse bajo la misma técnica. En cualquiera de estos casos se llevará a cabo en un ambiente privado, cómodo y seguro [...]’. Así, con el fin de introducir mejoras sustanciales al sistema de justicia, en relación al caso de las víctimas de violación menores de edad, y de conformidad con

la experiencia normativa internacional, al igual que diversos países del orbe, el Perú a partir del año 2006, a través del Ministerio Público, ha optado por introducir a nuestro sistema, el uso de la Cámara Gesell, como instrumento novedoso y técnico para la obtención de la declaración de la menor víctima”.

2. “Desde la perspectiva del proceso penal en que se exija la participación de menores, hay varias finalidades que la aplicación de este principio general va a procurar: En primer lugar, se trata de proteger y promover los derechos del niño, en especial del que se encuentra en situaciones de especial vulnerabilidad (por ejemplo, por ser objeto de explotación sexual, trata de menores, malos tratos); y, en segundo lugar, se trata de evitar al niño, en la medida de lo posible, las consecuencias negativas de la persecución penal, es decir, se trata de evitar una victimización secundaria del menor. Es necesario que el proceso no agrave el posible trauma sufrido por el niño, y por ello se hace imprescindible acompañar la respuesta penal de la necesaria asistencia, a través de medidas extraprocesales y, por supuesto, a través de las necesarias adaptaciones en el proceso en el momento de los interrogatorios; por ejemplo, evitando el contacto visual con los imputados o acusados”.

3. “La no revictimización involucra a los operadores de justicia, al Estado, a la sociedad y a los medios de comunicación que tienen por

finalidad evitar que las víctimas conciban reiteradamente los efectos psicosociales del delito que afectan su dignidad y calidad de vida. De conformidad con lo expresado en el Acuerdo Plenario N° 1-2011/CJ-116 (06-12-11), la victimización primaria se produce como consecuencia directa del crimen (en este caso, sexual). La victimización secundaria viene constituida por los sufrimientos de las víctimas que con motivo de la investigación del caso y corroboración de las afirmaciones inferan las instituciones, criminólogos, funcionarios de instituciones penitenciarias, entre otros. La victimización terciaria es aquella que infringe la sociedad”.

4. “El Estado ha de mostrar una función tuitiva respecto a la víctima que denuncia una agresión sexual, como criterio de justicia y por fines de eficaciaprobatoria. La victimización secundaria hace referencia a la mala o inadecuada atención que recibe una víctima por parte del sistema penal, e instituciones de salud, policía, entre otros. La revictimización también incluye la mala intervención psicológica terapéutica o médica que brindan profesionales mal entrenados para atender situaciones que revisten características particulares. La víctima de una agresión sexual sufre por el propio hecho en sí; y por la dolorosa experiencia de repetir el suceso vivido a los profesionales de las diferentes instituciones sucesivamente: familia, pediatra, trabajadora social, médico forense, policía, psicólogo, juez, abogado del acusado. En efecto, el trauma de la víctima del abuso sexual se prolonga cuando debe enfrentarse a los interrogatorios que contempla

el sistema de justicia”.

5. “Antaño, en los casos de violencia sexual de menores, la búsqueda del conocimiento de la verdad de los hechos llevaba a que los menores sean objeto de una doble victimización por las deficiencias propias del sistema penal. Antes de la instauración de las Cámaras Gesell, las víctimas de violación sexual eran objeto de múltiples interrogatorios propios del proceso judicial, que por su forma vetusta y anti técnica, terminaban afectando su intimidad, integridad y personalidad, sometiéndolo al miedo y al trauma de revivir el hecho criminal, generando la negativa a recordar o a declarar negando en muchos casos el hecho de la violación”. Más, “los clásicos interrogatorios que los menores de edad prestan en las sedes de las diversas agencias (policía y fiscalías) progresivamente se ven reemplazados por el uso de la nueva tecnología en el acceso a la justicia de niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia, abuso y explotación sexual infantil, al haberse implementado la denominada Sala de Entrevista Única - Cámara Gesell, que constituye un espacio dotado de alta tecnología, en el cual la víctima es entrevistada y examinada de la manera más adecuada por parte de un equipo de expertos que realizan la Entrevista Única”.

6. “Esta moderna herramienta técnico-forense, se caracteriza por estar constituido por un sistema de elementos audio visuales como son los

equipos de video y audio, cámaras fotográficas, computadoras, etc. Y además en su infraestructura, básicamente cuenta con dos ambientes contiguos pero separados por un 'vidrio espejado', destinados uno a la entrevista propiamente dicha; y el otro a la observación, destinado al fiscal participante (penal o de familia), los abogados, los familiares de la víctima y el instructor de la policía. La entrevista la realizará el personal psicólogo especializado. Conforme lo normado por la Resolución Administrativa N° 277-2019-CE-PJ, del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, se establece que este Poder del Estado asume como una de sus más importantes prioridades, propender a la atención especializada e interdisciplinaria de todas las personas en sociedad que se encuentren en condición de vulnerabilidad, de conformidad con el 'Plan Nacional de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad 2016-2021'.

De esta manera el Estado peruano ha cumplido con incluir dentro de su normatividad interna, la implementación de la Cámara Gesell, como un instrumento técnico y especializado, para la toma de declaración de los menores afectados por violación sexual, dentro de un marco garantista y protector, de conformidad con los estándares internacionales, comprobándose nuestra hipótesis general.

7. "El uso de la Cámara Gesell permite a los profesionales especializados, obtener de manera técnica y profesional la declaración del afectado, sin generar efectos traumáticos en la víctima menor, la

que al verse rodeada de las seguridades y privacidad que proporciona, brindará una declaración lo más ajustado a la realidad de los hechos, que luego será incluida al proceso como un medio de prueba bastante confiable. Al efecto, mediante este medio probatorio se permitirá que la víctima relate los “hechos que son materia de imputación”; de conformidad con los fundamentos de la Casación N° 1668-2018-Tacna ‘en lo posible y de acuerdo a su edad cronológica y entorno social y cultural, señalará las características físicas y el nombre del presunto responsable de los hechos. Por las condiciones y la inmediatez con que se lleva a cabo -bajo la dirección de un psicólogo, en un ambiente amigable y adecuado, sin el estrépito de una sala de audiencias ni la presencia visible de otras personas-, es de alta fiabilidad y basta con una sola declaración de la víctima’. La referida Casación N° 1668-2018-Tacna, especificó de manera expresa, que la entrevista en Cámara Gesell asumía la forma de una prueba preconstituida”.

8. “La denominada prueba preconstituida en verdad no es una prueba en estricto, sino un acto de investigación que adquiere valor probatorio realizado en el propio proceso penal, en etapas anteriores al juicio oral”. “Lo dicho determina que este tipo de prueba ‘preconstituida’ se refiere directamente a hechos, que permiten, a través de ellos, constatar la realidad de un determinado hecho fáctico, como pueden ser por ejemplo, registros domiciliarios, registro vehicular o personal, alcoholemia; o también la prueba de la existencia de alguna relación

entre las personas, para lo cual se puede instrumentalizar la intervención telefónica o de otras comunicaciones, que ciertamente no podrían ser reproducidas idénticamente”. No parece pues técnicamente ser esta la naturaleza jurídica de la entrevista en Cámara Gesell como medio probatorio.

9. “De conformidad con lo prescrito en el art. 171.3 del CPP, cuando deba recibirse testimonio de menores y de personas que hayan resultado víctimas de hechos que las han afectado psicológicamente, se podrá disponer su recepción en privado. Si el testimonio no se actuó bajo las reglas de la prueba anticipada, el Juez adoptará las medidas necesarias para garantizar la integridad emocional del testigo y dispondrá la intervención de un perito psicólogo, que llevará a cabo el interrogatorio propuesto por las partes. En igual sentido, la Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar establece que cuando la víctima sea niña, niño y adolescente o mujer, su declaración debe practicarse bajo la técnica de entrevista única y se tramita como prueba anticipada (art. 19, Ley N° 30364).

10. “Se constata en consecuencia que la naturaleza jurídica que le corresponde a este medio de prueba es la de una “prueba anticipada”. El CPP regula la “prueba anticipada” en el Título IV, arts. 242 al 246, se

fundamenta en la previsión de la imposibilidad de llevar al juicio oral determinados medios de prueba, en especial la testifical. El art. 242° del CPP establece los supuestos de la prueba anticipada, estableciéndose que 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 casos que específicamente señala la norma. Entre ellos, en el supuesto d), se establece que: “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”.

11. “La utilización adecuada de la Cámara Gesell presenta una serie de factores beneficiosos. Así, las ventajas que se pueden apreciar son las siguientes”: a. “Por la formalidad y cientificidad de su realización, reafirma la observancia irrestricta del principio de la no revictimización de la víctima”. b. “La entrevista única se realiza dentro de ambientes adecuados, que garantizan la seguridad, tranquilidad y seguridad de la víctima menor de edad”. c. “Las formalidades técnicas utilizadas para la obtención de la declaración de la víctima en la Cámara Gesell, garantizan en gran medida el respeto de los derechos de las niñas, niños y adolescentes con relación a la integridad psicológica, moral, dignidad y trato justo”. d. “La utilización de la Cámara Gesell y su procedimiento, garantiza el debido proceso y un adecuado acceso a la

justicia eficaz y racional con relación a la víctima”.

En tal sentido, hemos constatado nuestra segunda hipótesis específica en el sentido que, la entrevista en Cámara Gesell, es una diligencia judicial especializada y técnica, orientada a registrar la declaración o testimonio del menor agraviado por violación sexual, que se constituye como un medio efectivo para esclarecer la verdad de los hechos y reducir eficazmente su revictimización”.

12. De conformidad con nuestra tercera hipótesis específica, en nuestro sistema, la implementación y la utilización de la Cámara Gesell, que debería constituirse como un efectivo medio especializado y técnico, para la investigación de delitos sexuales contra menores, adolece de una serie de problemas, que dificultan y/o impiden ostensiblemente un adecuado nivel de éxito como medio de prueba”.

“Entre las desventajas que se pueden anotar de la no utilización de la Cámara Gesell, son las siguientes: a. “No utilizar puede evidenciar supuestos de vulneración del “principio de la no revictimización”. b. “Presentaría el caso de una reiterancia perniciosa, de los interrogatorios de la víctima menor de edad por parte de los operadores de justicia”. c. “La diligencia de la declaración referencial de las víctimas se realiza por profesionales no especializados en la toma de declaración testimonial”. d. “La participación e intervención de profesionales interinstitucionales, deviene en mínima y deficiente”. e. “A nivel de la Policía Nacional, cuenta con un registro general y no técnico

de víctimas de violencia sexual”. f. “La no utilización de los beneficios que aporta la Cámara Gesell, no asegura la minimización de daños o la posible provocación de nuevos daños psicológicos a la víctima”. g. “No se garantiza adecuadamente el respeto de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en relación a la protección de la integridad psicológica, moral, dignidad, trato justo de estos”. h. “Se dificulta innecesariamente el acceso a la justicia eficaz, igualitaria y oportuna de la víctima”. i. “Se diluye ostensiblemente la posibilidad de garantizar in extenso el principio del interés superior del niño”.

13. “El principio de no revictimización (innecesaria) de la víctima opera en sentido opuesto al principio de averiguación de la verdad, puesto que si radicalizáramos este último principio la presunta víctima tendría que concurrir todas las veces que sean necesarias hasta obtener a toda costa una declaración que no presente ningún defecto interno relevante. Sin embargo, como cada declaración de la presunta víctima implica una inevitable reminiscencia del difícil hecho que padeció el principio de averiguación de la verdad debe ceñirse a lo estrictamente necesario”. “Del mismo modo, si se maximizara el principio de revictimización de la víctima entonces ni siquiera sería aceptable que ella declare una única vez en el proceso, pues esto conllevaría a que sufra, una vez más, el difícil trance que le tocó vivir. Empero, resulta patente, que una postura tan radical anularía completamente la operatividad del principio de averiguación de la verdad, por lo tanto, debe asumirse que la presunta víctima debe tolerar hasta cierto

punto una dolorosa reminiscencia del suceso que vivió”.

14. “En síntesis, la meta de obtener los mayores niveles de rendimiento en la declaración de la presunta víctima no puede llevarnos a revictimizarla todas las veces que sean necesarias hasta alcanzar tal objetivo. En ese orden de ideas, la única salida acorde con la polaridad de estos dos principios es encontrar un punto medio entre ellos que no caiga en radicalismos¹, pero que tampoco desfigure el contenido mínimo de estos dos principios. Y la salida es que únicamente se reciba una vez la declaración de la víctima, más agotando todos los esfuerzos a fin de obtener los mayores rendimientos posibles en tal oportunidad. Así, la coordinación de estos dos principios exige que la víctima deba tolerar, al menos una vez, el recordar el suceso traumático que padeció y el principio de averiguación de la verdad renuncie a llegar a los óptimos que una continua repetición de la declaración de la víctima permitiría. Más, al mismo tiempo, la víctima queda protegida de una continua remembranza del hecho que le ocurrió y el principio de averiguación de la verdad tiene, al menos, una oportunidad para obtener una declaración con aceptables niveles de rendimiento”.

15. “En ese orden de ideas, la anticipación probatoria que por ley debe

¹ Entre la radical postura de no llevar a cabo ninguna declaración y la, también extrema, de efectuarla todas las veces que sean necesarias hasta obtener una declaración sin el más mínimo defecto interno

adoptar la diligencia de declaración de presuntas víctimas de abuso sexual es manifestación de la ponderación de tales principios. En efecto, el que un acto de investigación de carácter personal (como lo es el testimonio de la presunta víctima) se realice, una sola vez, ante el Juez de Investigación Preparatoria, bajo las pautas del Juicio Oral (oralidad, inmediación y contradicción) estriba en la irrepetibilidad y urgencia derivada del principio de interdicción de la revictimización y el interés superior del niño” (Casación N° 21-2019/Arequipa). “Sin embargo, y este es un aspecto central de mi investigación, si bien el que la diligencia de declaración de la presunta víctima se lleve a cabo una sola vez es acorde con el principio de interdicción de la revictimización y el interés superior del niño, también es cierto que si no se agotan los esfuerzos en pos de obtener el mayor rendimiento posible en la declaración de la víctima en tal única oportunidad, el principio de averiguación de la verdad quedaría transgredido. En otras palabras, sostengo que el principio de averiguación de la verdad no queda salvado por el mero hecho de que la declaración de la presunta víctima se realice, ‘al menos’, una vez (ello únicamente nos salva de no desfigurar el principio de interdicción de la revictimización), sino por el modo (agotando todos los esfuerzos posibles) en que esta es llevada a cabo”.

16. “En esa línea, si bien el hecho que la diligencia se ejecute bajo la dirección de un juez y siguiendo las pautas del juicio oral (oralidad, inmediación y contradicción) permite mejorar el rendimiento de dicho

acto de investigación, a diferencia de que éste fuese llevado a cabo solamente por el Fiscal y sin respetar el principio de contradicción, debe subrayarse que ello no es suficiente (se afecta intolerablemente el principio de averiguación de la verdad pues, bajo esas condiciones, tendría que absolverse a una gran número de personas que pudieron- legítimamente- ser condenadas)". En efecto, en la declaración de un menor, presuntamente víctima de un delito de abuso sexual, convergen particulares variables (no presentes en otros delitos) que nos llevarían, de no adoptarse las cautelas epistémicas necesarias, a no obtener una información muy valiosa de cara al sustento de los hechos de la causa, que si podrían alcanzarse si se siguieran dichas cautelas (solamente se agotan los esfuerzos a fin de obtener el mayor rendimiento posible en la declaración de la presunta víctima- respetándose de ese modo el principio de averiguación de la verdad- si se siguen estas cautelas).

3. Propuesta de solución del problema: Recomendaciones

3.1. "Resulta necesario ampliar a nivel nacional, la implementación de un **mayor número de** Cámaras Gesell, para difundir con mayor eficacia la cobertura de los beneficios que contrae, para la atención y protección adecuada de las víctimas menores, garantizándoles el principio de no revictimización, de conformidad con los fines propuestos por el principio de respeto al interés superior del niño y a la posibilidad de un acceso adecuado a la justicia. Para ello se recomienda la celebración de convenios internacionales, nacionales, regionales o locales, con tal finalidad, que deberán realizar tanto el Ministerio Público y el Poder Judicial".

3.2. “Desde el punto de vista jurídico, se requiere la adecuación, implementación y modificación normativa que permita, de manera más oportuna e idónea, la actuación profesional del psicólogo forense, así como el ambiente, la infraestructura, la dinámica en la aplicación del protocolo y la instauración de más Cámaras Gesell en el país y se evite así la ‘revictimización’, con miras a desaparecer o por lo menos minimizar sus efectos, y propender a un sano equilibrio entre la necesidad de la víctima y las del sistema judicial en su conjunto”.

3.3. “Fomentar convenios inter institucionales con la finalidad de fomentar la implementación de Cámaras Gesell, con la Policía Nacional, Ministerio Público, Poder Judicial, Ministerio de Justicia, Centro Emergencia Mujer del Programa Nacional contra la Violencia Familiar y Sexual del Ministerio de la mujer y Poblaciones Vulnerables, Salud, educación, gobiernos regionales, gobiernos locales, ONG, iglesia y sociedad civil; instituciones que podrían gestionar recursos con la finalidad de financiar la implementación de la cámara Gesell, inclusive el Estado mismo deberá destinar parte del presupuesto económico para la implementación respectiva de esta herramienta forense especializada”.

3.4. “Por otro lado, y atendiendo a la crítica sobre la idoneidad de sus operadores, se debería realizar, por intermedio del Ministerio Público y el Poder judicial, capacitaciones especializadas y de sensibilización, dirigidas a los operadores intervinientes en la atención de Cámara Gesell, especialmente en los casos de violencia sexual, con la finalidad de crear mecanismos de atención, denuncias y servicios accesibles adecuados para víctimas menores de edad”.

3.5. “El Estado, mediante el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, el Ministerio de Justicia y la Defensoría del Pueblo, la

implementación de oportunos y viables mecanismos de coordinación entre sectores fiscales, policiales y judiciales, promoviéndose de esta manera una atención integral, oportuna e inmediata de las víctimas de violencia sexual, adoptando sistemas que prioricen el trato adecuado y comprensible hacia la víctima”.

4. Consecuencia de la implementación de la propuesta

“El tema propuesto para la investigación revela un campo teórico no muy difundido ni estudiado, con ribetes de carácter internacional, ya que involucra los esfuerzos internacionales para preservar la intangibilidad del menor de edad, haciendo prevalecer el interés superior del niño y del adolescente, sobre todo cuando es introducida al sistema procesal penal como consecuencia de haber sido objeto de violencia sexual, y se enfrenta a la posibilidad de una revictimización propia de un sistema inmisericorde, con la necesidad que tienen como víctima, de un tratamiento diferencial y especializado, que ahora aporta la Cámara Gesell”.

“Por eso resulta de suma importancia el tratamiento teórico de los fundamentos, legitimación y aplicación objetiva de Cámara Gesell, entendida como un instrumento técnico y científico para lograr la declaración de los menores objeto de violencia sexual. Es necesario al efecto establecer con nitidez académica, que se trata de una diligencia judicial que registra la declaración o testimonio de la niña, niño o adolescente, y tiene como finalidad esclarecer la verdad de los hechos y evitar su revictimización la víctima relatará los hechos que son materia de imputación; en lo posible y de acuerdo a su edad cronológica y entorno social y cultural, señalará las características físicas y el nombre del presunto responsable de los hechos. Por las condiciones y la inmediatez con que se lleva a cabo -bajo la dirección de un psicólogo, en un ambiente amigable y adecuado, sin el estrépito de una sala de audiencias ni la presencia visible de otras personas-, es de alta

fiabilidad y basta con una sola declaración de la víctima”.

Por esto es que el enfoque propuesto en nuestro trabajo de investigación, se orienta a un replanteamiento de los fundamentos doctrinarios y normativos que orientan la ejecución de la audiencia de la ‘entrevista única’, que se realiza utilizando la Cámara Gesell, buscando determinar si su tratamiento normativo manifiesta una adecuada técnica jurídica, para lo cual hemos realizado un estudio teórico de este instrumento técnico de recepción de la declaración del menor agraviado, para identificar la técnica legislativa utilizada e identificar las deficiencias y/o vacíos pasibles de tratamiento y mejora”.

“Por ello es que con nuestra investigación hemos propiciado la búsqueda de nuevas tendencias y el mejoramiento de las instituciones penales y contribuyendo con ello con la labor docente y legislativa, dando a conocer los aspectos teóricos y normativos que sustentan los fundamentos de una adecuada interpretación y aplicación de las normas relacionadas a la implementación y utilización de la Cámara Gesell dentro del marco de un Derecho penal garantista y democrático, que nos asegure la vigencia de un sistema punitivo protector, prevencionista y asegurador de los derechos de la persona y en especial del menor víctima de la violencia sexual”.

“Para este efecto, en el desarrollo del trabajo hemos establecido un adecuado estudio teórico - dogmático, de la evolución y tratamiento normativo que en materia de Cámara Gesell, se ha hecho en nuestro medio jurídico penal, su legitimación constitucional y los beneficios y problemática que representa su utilización en nuestro sistema. Al efecto, hemos cumplido con proponer las correcciones normativas necesarias”.

5. Beneficios que aporta la propuesta

“Dentro de los fines que orientan la labor universitaria, humanista y

científica, está el de la búsqueda del aporte de nuevas ideas, alternativas y soluciones a los diferentes problemas que aquejan a las sociedades, y siendo el fundamento de nuestra Facultad el de propender a la investigación de temas jurídicos y sociales, nuestro trabajo se fundamenta principalmente en la necesidad de reorientar y afianzar el conocimiento doctrinario de la evolución y la realidad actual de la protección penal, que en nuestro país se hace del derecho de las personas y en especial de los menores víctimas de violencia sexual, desde la óptica constitucional, basada en los más modernos principios penales orientados a la protección de la seguridad jurídica y el respecto a la dignidad y el interés superior del niño y adolescente; para reconducir la labor docente, legislativa y a la interpretación judicial y doctrinaria, que por la importancia del tema en estudio, requiere una mejor y mayor profundidad, para propiciar un mejor conocimiento por parte de alumnos, profesores y operadores, tanto legislativos como judiciales”.

“Los beneficios que aporta nuestra propuesta están directamente relacionados a contribuir con la labor docente y operativo-judicial, dando a conocer los logros de la investigación a efecto de propiciar el necesario debate jurídico, que permita el mejoramiento de la legislación y el aporte de nuevos conocimientos doctrinarios y de legislación comparada”.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María (2001). Sobre el deber de motivación y su aplicación en los arbitrajes de conciencia. En Themis, Revista de Derecho. Segunda Época 2001 N° 43.

ASENCIO MELLADO, José M. (2008). Derecho Procesal Penal. 4ta Edición. Tirant lo Blanch. Valencia – España.

BACIGALUPO, Enrique (1989). Manual de Derecho Penal. Parte General. Editorial Temis. Bogotá-Colombia.

BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros (2010). Curso de Derecho Penal Parte General. Ediciones Experiencia. Segunda Edición. Barcelona.

BERISTAIN IPIÑA, Antonio (2008). Transformación del Derecho Penal y la Criminología hacia la victimología. ARA Editores. Lima.

BINDER, Alberto (2011). Análisis político Criminal. Bases metodológicas para una política criminal minimalista y democrática. Editorial Astrea. Buenos Aires – Argentina.

BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto y GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen (2004). *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. 4ta. Edición.

Editorial San Marcos. Lima - Perú.

BUOMPADRE, Jorge Eduardo (2014). Tratado de Derecho Penal; Parte especial 1. Abeledo Perrot, Buenos Aires-Argentina, 1° Edición. BUSTOS, Juan y LARRAURI, Elena (1993). Victimología: Presente y futuro. 2° Edición. Ed. Temis. Santa fe de Bogotá.

CABANELLAS, G. (1981). Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. 15° Edición. T.VI. Buenos Aires – Argentina.

CABALLERO CASTILLO, José Francisco y RUIZ SOLÍS, Harold Joseph, et al. (2010). Cuestiones de Derecho Penal, Procesal Penal y política Criminal. Ara Editores. Lima – Perú.

CANCIO MELIÁ, Manuel (2002). Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código Penal español después de la LO 7/2000”, en *Jueces para de la democracia*, Julio 2002, N° 44.

CARO JOHN, José Antonio (2010). Normativismo e imputación jurídico-penal. Estudios de Derecho Penal Funcionalista. Ara Editores E.I.R.L. Lima – Perú.

VÁZQUEZ, Carmen (2015). De la prueba científica a la prueba pericial. Marcial Pons. Marcial Pons. España.

CARRIÓN LUGO, Jorge (2000). Tratado de Derecho Procesal Civil. Volumen II. Editorial Grijley. Lima – Perú.

CASTILLO ALVA, José Luis (2001). La Violación sexual en el Derecho Penal Peruano. Jurista Editores. Lima - Perú.

CASTILLO ALVA, José Luis (2002). Tratado de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Gaceta Jurídica. Primera Edición. Lima - Perú.

CASTILLO ALVA, José Luis (2006). La muerte de la sexualidad en los adolescentes. La Ley N° 28704 y la irresponsabilidad del legislador. En Actualidad Jurídica. Editorial Gaceta Jurídica. Abril 2006. Lima.

CEREZO MIR, José (2006). Obras Completas. Tomo I. Derecho Penal Parte General. Ara Editores E.I.R.L. Lima – Perú.

COAGUILA VALDIVIA, Jaime (2013). Los derechos del Imputado y la Tutela de Derechos en el Nuevo Código Procesal Penal. Editorial El Búho E.I.R.L. Lima-Perú.

CUBAS VILLANUEVA, Víctor (1998). El Proceso Penal; Teoría y Práctica. Palestra Editores. Lima – Perú.

CUBAS VILLANUEVA, Víctor (2015). El nuevo proceso penal; teoría y práctica de su implementación. Palestra Editores. Lima – Perú.

CUELLO IRIARTE, Gustavo (2008). Derecho probatorio y pruebas penales. Editorial Legis. Colombia.

CHAIA, Rubén A (2010). La Prueba en el Proceso Penal. Editorial Hammurabi s.r.l. Buenos Aires-Argentina.

CHAMORRO BERNAL, Francisco (1994). La tutela judicial efectiva. Editorial Bosch. Primera Edición. Barcelona – España.

DAVID, Pedro R. (2003). Suspensión del Juicio a Prueba: Perspectivas y Experiencias de La Probation en Argentina y en el Mundo. 1era. Edición Buenos Aires-Argentina.

DE BERNARDIS LLOSA, Luis Marcelo (1995). La garantía procesal del debido proceso. Editorial Cultural Cuzco S.A. Lima – Perú.

DEVIS ECHANDIA, Hernando (2004). Teoría General del Proceso. Ediciones Universitarias. Buenos Aires – Argentina.

DIEZ RIPOLES, José Luis (1985). La Protección de la Libertad Sexual: Insuficiencias actuales y propuestas de Reforma. Bosch Casa Editorial S.A. Barcelona - España.

DIEZ RIPOLES, José Luis (1999). Delitos contra la libertad sexual. Consejo General del Poder Judicial. Impreso en Lerko Print S.A. Madrid - España.

ESCUELA DE INVESTIGACIÓN DEL TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS (2001). Violencia social; consideraciones básicas y características de expresión. Oficina para Asuntos Antinarcóticos de la Embajada de los Estados Unidos de América. Edi. Corporación peruana para la prevención de la problemática de las drogas y la niñez en alto riesgo social. Lima – Perú.

FERNÁNDEZ, F. (2005). Masculinidades y violencia de género: ¿Por qué algunos hombres maltratan a sus parejas (mujeres)?. Granada: Universidad de Granada. Recuperado el 29 de marzo de 2016, de <http://www.aldarte.org/comun/imagenes/documentos/Masculinidadesyviolenciadegenero.pdf>

FERRE OLIVÉ, Juan Carlos et. al. (2010). Derecho Penal Colombiano, Parte General: Principios fundamentales y sistema Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá-Colombia.

FERNÁNDEZ PÉREZ, Rafael (1995). “Elementos para la efectiva protección de los derechos de las víctimas en el proceso penal”. En: Boletín Mexicano de Derecho Comparado. N°82, UNAM, México D.F., enero-abril de 1995.

FIANDACA, Giovanni y MUSCO, Enzo (2006). Derecho Penal Parte

General. Editorial Temis S.A. Bogotá – Colombia.

FONTAN BALESTRA, Carlos (1994). Tratado de derecho penal. T. IV. Parte Especial. Talleres gráficos Dulau. Buenos Aires.

FRISTER, Helmut...”Derecho Penal Parte General”, Editorial Hammurabi S.R.L., Buenos Aires-Argentina 2011.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo (2018). Ensayos de Derecho Constitucional y Procesal Constitucional. Ediciones Olejnik. Santiago de Chile.

GARCÍA CAVERO, Percy (2008). Lecciones de Derecho Penal Parte General. Editorial Grijley. Lima – Perú.

GARCIA DEL RIO, Flavio (2004). Delitos Sexuales. Ediciones Legales Iberoamericana E.I.R.L. Lima - Perú.

GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio (1999). Manual de Criminología. Introducción. Modelos teóricos explicativos de la criminalidad. Prevención del delito. Sistemas de respuesta al crimen. Tirant lo Blanch. Valencia.

GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio (2009). Derecho Penal Parte General: Fundamentos. Juristas Editores E.I.R.L.. Primera Edición. Lima-Perú.

GARCÍA RADA, Domingo (1984). Manual de Derecho Procesal Penal. Octava Edición. EDDILI Editorial y Distribuidora de Libros S.A. Lima – Perú.

GASCÓN ABELLÁN, Marina (2009). “Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos”. En: Proceso, prueba y estándar, Ara Editores, Santiago Ortega Gomeró Editor.

GARRIDO, Eugenio y MASIP, Jaume (2004). La evaluación del abuso

sexual infantil. Ponencia presentada en el I Congreso de Psicología Jurídica y Forense en Red, mayo.

GIMENO SENDRA, Vicente (1981). Fundamentos de Derecho Procesal. Editorial Civitas. Madrid – España.

GIMENO SENDRA, Vicente (2007). Derecho Procesal Penal. Tomo I. Editorial Colex, 2da Edición. Madrid.

GOMEZ LÓPEZ, Jesús Orlando (2011). Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Ediciones Doctrina y Ley LTD. Bogotá-Colombia..

GRACIA MARTÍN, Luis (2004). Estudios de Derecho Penal. Importadora y Distribuidora IDEMSA. Lima - Perú.

GRACIA MARTÍN, Luis (2007). Modernización del Derecho Penal y Derecho Penal del Enemigo. Importadora y Distribuidora IDEMSA. Lima - Perú.

HERRERA MORENO, M. (2006). Historia de la victimología. En Manual de Victimología. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia - España

HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto (2004). Sujetos del Proceso Civil. Gaceta Jurídica Editores. Lima – Perú.

HUAYHUA BERROCAL, Kryz Marilyn (2014). La Cámara Gessell y la atención de menores de edad en delitos de violencia sexual. Rev. Actualidad Jurídica. Gaceta Penal, Tomo 249, Agosto 2014. Lima – Perú.

HUGO VIZCARDO, Silfredo Jorge (2016). Lecciones de Derecho Penal. Derecho Penal General I. Proderecho Investigación y asesoría jurídica. Lima – Perú.

HUGO VIZCARDO, Silfredo Jorge (2018). Delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Pro Derecho Perú Investigaciones Jurídicas. Lima –

Perú.

HURTADO POZO, José (1987). Manual de Derecho Penal - Parte General. Editorial y Distribuidora de Libros S.A. Segunda Edición. Lima - Perú.

HURTADO POZO, José (2000). Derecho Penal y Discriminación de la Mujer. Anuario de Derecho Penal 1999 – 2000. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Primera Edición. Lima – Perú.

HORVITZ LENNON, María Inés y LOPÉZ MASLE, Julián (2004). Derecho Procesal Penal Chileno. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile.

IGARTUA SALAVERRÍA, Juan (2018). Cuestiones Sobre Prueba Penal y Argumentación Judicial. Ediciones Olejnik. Argentina.

JAKOBS, Günther (2000). Bases Para una Teoría Funcional del Derecho Penal. Palestra Editores. Lima - Perú.

JAKOBS, Günther y CANCIO MELIA, Manuel (2000). El Sistema Funcionalista del Derecho Penal. Ponencias presentadas en el II Curso Internacional de Derecho Penal en la universidad de Piura. Editorial Grijley. Lima - Perú.

JESCHECK, Hans Heinrich (1981). Tratado de Derecho Penal: Parte General. T. I. Bosch Casa Editora S.A. Barcelona.

LAMA MARTINEZ, Héctor D. (2003). Aspectos Críticos del bien jurídico en los delitos contra la libertad sexual. Fondo Editorial de la Universidad Alas Peruanas. Lima – Perú.

LAMARCA PÉREZ, Carmen et. al. (2015). Delitos; La parte Especial del Derecho Penal. 3era. Edición. Editorial Colex. Madrid-España.

LINARES, Juan Francisco (1989). Razonabilidad de las leyes. El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina. 2da edición. Editorial Astrea. Buenos aires – Argentina.

LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo (2004). Derecho Penal Parte General. Tomo I. Introducción a la teoría del delito. Gaceta Jurídica S.A. Lima – Perú.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel (2016). Derecho Penal, Parte General. Euros Editores S.R.L. Buenos Aires – Argentina.

MALDONADO MUÑOZ, Mauricio (2018). Los Derechos Fundamentales; Un Estudio Conceptual. Ara Editores E.I.R.L. Lima-Perú.

MATOS QUESADA, Julio (2016). La víctima y su tutela en el sistema jurídico- penal peruano: Fundamentos victimológicos. Editorial GRIJLEY. Lima – Perú.

MARÍN L. Jorge (2008). Derecho Penal, Parte Especial. 2da. Edición. Editorial Hammurabi s.r.l. Buenos Aires-Argentina.

MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Mauricio (1990). La Abolición del sistema penal: Inconvenientes en Latinoamérica. Editorial Temis. Bogotá – Colombia.

MIR PUIG, Santiago (1976). Introducción a la Bases del Derecho Penal. Concepto y Método. Editorial Bosch Casa Editora S.A. Barcelona.

MIR PUIG, Santiago (1996). Derecho Penal Parte General. 4º Edición. Edi. Reppertor S.A. Barcelona España.

MIXÁN MÁSS, Florencio (1992). Prueba indiciaria. Carga de la prueba. BLG, Trujillo.

MORALES GODO, Juan (2005). Instituciones de Derecho Procesal. Palestra Editores. Lima – Perú.

MORALES PRATS – GARCÍA ALBERÓ (1996). Delitos Contra la Libertad Sexual. En comentarios a la Parte especial del Derecho penal (Dir. Quintero Olivares, coord. Valle Muñiz). Editorial Aranzadi. Madrid - España.

MUÑOZ CONDE, Francisco (1984). Teoría General del Delito. Editorial Temis Librería. Bogotá – Colombia.

MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCIA ARÁN Mercedes (2015). Derecho Penal, Parte Especial. 20ª Edición, Editorial Tirant lo Blanch. Valencia-España.

MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCIA ARÁN Mercedes (2015). Derecho Penal Parte General. Editorial Tirant lo Blanch. 9º Edición. Valencia – España.

ORÉ GUARDIA, Arsenio (2011). Manual de Derecho Procesal Penal. Editorial Reforma, Lima - Perú.

PASTOR, Daniel (2012). ¿Procesos penales solo para conocer la verdad?. La experiencia argentina. En Dino Carlos Caro Coria (Dir.) *Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa (ADPE)*, N° 2, Lima.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl (2009). Derecho Penal Parte General: Teoría del delito y de la pena y sus consecuencias jurídicas. Editorial Rodhas. Lima – Perú.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl (2014). Derecho Procesal Penal: Sistema acusatorio, teoría del caso, técnicas de litigación oral. T. I. Editorial Rodhas. Lima – Perú.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl (2015). Los delitos sexuales: análisis dogmático, jurisprudencial y criminológico. Ideas Solución Editorial y Valletta Ediciones. Buenos Aires - Argentina.

PÉREZ, Álex (2002). La defensa en el nuevo proceso penal. En *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 29, N° 2, Sección Estudios, Santiago – Chile.

PEREZ PINZON, Alvaro Orlando (1988). Principios Fundamentales del Derecho Penal. En Debate Penal No 6. Ediciones Jurídicas 1988. Setiembre a Diciembre.

PEREZ PINZON, Alvaro Orlando (2005). Introducción al Derecho Penal. Universidad Externado de Colombia. Sexta Edición. Colombia.

POLAINO NAVARRETE, Miguel (1990). Derecho Penal, Parte General. Bosch Casa Editorial S.A. Barcelona.

POLAINO NAVARRETE, Miguel (2005). Instituciones de Derecho Penal; Parte General. Editora Jurídica Grijley E.I.R.L. Lima - Perú.

QUERALT JIMÉNEZ, Joan J. (2007). Derecho Penal, Parte Especial. Edición VBosch, S.L. Zaragoza-España.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, MORALES PRATS, Fermín, et al. (2000). Manual de Derecho Penal, Parte General. Segunda Edición. Arazandi Editorial. Navarra - España.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo et. al. (2010). Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal. 5ta. Edición. Volumen 5. Editorial Aranzadi, SA. Barcelona-España.

QUIROGA LEÓN, Aníbal (2003). El debido proceso legal en el Perú y el sistema interamericano de protección de derechos humanos. Juristas Editores E.I.R.L. Lima – Perú.

REYNA ALFARO, Luis (2005). Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual: Enfoque dogmático y jurisprudencial. Jurista Editores E.I.R.L. Primera Edición. Lima - Perú.

ROSAS YATACO, Jorge (2009). Manual de Derecho Procesal Penal; con aplicación al nuevo proceso penal. Jurista Editores. Primera Edición. Lima – Perú.

ROY FREYRE, Luis (1975). Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial: Delitos contra las buenas costumbres, contra la familia y contra la libertad. Instituto Peruano de Ciencias Penales. Lima – Perú.

ROXIN, Claus (1979). Política Criminal y Estructura del Delito. Elementos del delito en base a la Política Criminal. Editorial Astrea. Lima – Perú.

ROXIN, Claus (1997). Derecho Penal Parte General. T. I, Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. Editorial Civitas S.A. Madrid - España.

ROXIN, Claus (2000). Derecho Procesal Penal. Editores del Puerto S.R.L. Buenos Aires – Argentina.

ROXIN, Claus (2007). La teoría del delito en la discusión actual. Editorial Grijley. Lima – Perú.

ROY FREYRE, Luis (1997). Causas de extinción de la acción penal y de la pena. Editorial Grijley. Lima – Perú.

SAN MARTÍN CASTRO, César (2015). Derecho Procesal Penal; Lecciones. Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales y Centro de Altos Estudios en Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Lima – Perú.

SÁNCHEZ VELARDE, Pablo (2006). Manual de Derecho Procesal Penal. IDEMSA Importadora y Distribuidora. Lima – Perú.

SANCINETTI, Marcelo (2012). “De la insuficiencia del testimonio único, con especial referencia al abuso sexual”. En: Revista Internacional Derecho Penal Contemporáneo, N° 41, Colombia.

SANZ HERMIDA, Ágata M. (2009). Víctimas de delitos: Derechos, protección y asistencia. Editorial Iustel. Madrid – España.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2000). Estudios de Derecho Penal. Instituto Peruano de Ciencias Penales. Biblioteca de autores extranjeros 5. Editorial Jurídica Grijley. Lima – Perú.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2006). La Expansión del Derecho Penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Editorial B de F. Montevideo – Buenos Aires. Editor Julio César Faira. Montevideo – Uruguay.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María et. al. (2018). Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial. 5ta. Edición. Editorial Atelier libros jurídicos. Barcelona-España.

SERRANO MAÍLLO, Alfonso (2004, p. 288). Introducción a la criminología. Ara Editores E.I.R.L. Lima – Perú.

SERRANO-PIEDACASAS FERNANDEZ, José Ramón (1999). Conocimiento Científico y Fundamentos del Derecho Penal. Gráfica Horizonte S.A. Lima.

TERRANGNI, Marco Antonio (2012). Tratado de Derecho Penal, Parte Especial. TOMO II. Editorial La Ley S.A.E. Buenos Aires-Argentina.

TIEGUI, Osvaldo (1983). Delitos Sexuales. Tomo I. Editorial Abaco de Rodolfo Depalma. Buenos Aires - Argentina.

UMBARILA RODRIGUEZ, José Ignacio (2013). Compendio del Derecho de

las víctimas del delito y la violencia. Grupo Editorial Ibañez. Bogotá – Colombia.

URQUIZO OLAECHEA, José (2000). El Principio de Legalidad. Gráfica Horizonte S.A. Lima Perú.

VÁSQUEZ, Carmen (2019). La Prueba Pericial en el Razonamiento Probatorio. 1era. Edición Julio 2019. Lima-Perú.

VESCOVI, Enrique (1999). Teoría General del Proceso. Editorial Temis. Bogotá – Colombia.

VILLA STEIN, Javier (2014). Derecho Penal Parte General. Ara Editores E.I.R.L. Lima – Perú.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe (1990). Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Cultural Cuzco S.A. Editores. Lima - Perú.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe (2006). Derecho Penal Parte General. Editora Jurídica Grijley E.I.R.L. Lima – Perú.

VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander (2015). La Presunción de Inocencia en el Proceso Penal Peruano. Editorial El Búho E.I.R.L. Lima-Perú.

VIVES, Antón et. al. (2016). Derecho Penal Parte Especial. 5ta.edición. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia-España.

VON HIRSCH, Andrew et al (2012). Límites al Derecho Penal Principios Operativos en la Fundamentación del Castigo. Atelier Libros Jurídicos. Barcelona – España.

WONG ABAD, Juan Jesús (2012). La guía de procedimientos para la entrevista única y la no revictimización de los menores de edad víctimas de abuso sexual. Rev. Gaceta Penal & Procesal Penal, Tomo 38, agosto 2012.

Publicado por Gaceta Jurídica. Lima – Perú.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (1993). Fundamentos de derecho penal Parte General: Las teorías de la pena y de la ley penal (Introducción teórico-práctica a sus problemas básicos). Tirant Lo Blanch. Valencia.

ANEXO 1: Datos recabados del Ministerio Público y del Poder Judicial.

MINISTERIO PÚBLICO – FISCALIA DE LA NACIÓN

Instituto de Medicina Legal: Total de Cámaras Gesell y Sala de Entrevista Única instaladas a nivel nacional (24-04-19).

N°	DISTRITO FISCAL	SALA DE ENTREVISTA UNICA	CAMARA GESELL
1	Distrito Fiscal de Amazonas	-	3
2	Distrito Fiscal de Ancash	5	1
3	Distrito Fiscal de Apurímac	1	2
4	Distrito Fiscal de Arequipa	8	2
5	Distrito Fiscal de Ayacucho	1	5
6	Distrito Fiscal de Cajamarca	-	5
7	Distrito Fiscal de Callao	-	2
8	Distrito Fiscal de Cañete	-	2
9	Distrito Fiscal de Cusco	14	5
10	Distrito Fiscal de Huancavelica	-	1
11	Distrito Fiscal de Huánuco	7	1
12	Distrito Fiscal de Huará	-	1
13	Distrito Fiscal de Ica	-	2
14	Distrito Fiscal de Junín	4	4
15	Distrito Fiscal de La Libertad	1	1
16	Distrito Fiscal de la Selva Central	-	-
17	Distrito Fiscal de Lambayeque	5	6
18	Distrito Fiscal de Lima	-	6
19	Distrito Fiscal de Lima Este	1	7
20	Distrito Fiscal de Lima Norte	-	3
21	Distrito Fiscal de Lima Sur	-	5
22	Distrito Fiscal de Loreto	1	2
23	Distrito Fiscal de Madre de Dios	1	2
24	Distrito Fiscal de Moquegua	-	2
25	Distrito Fiscal de Pasco	1	2
26	Distrito Fiscal de Piura	-	4
27	Distrito Fiscal de Puno	13	2
28	Distrito Fiscal de San Martín	-	3
29	Distrito Fiscal de Santa	1	2
30	Distrito Fiscal de Sullana	-	-
31	Distrito Fiscal de Tacna	-	2

32	Distrito Fiscal de Tumbes	1	1
33	Distrito Fiscal de Ucayali	2	1
34	Distrito Fiscal de Ventanilla	-	1
	Total general	67	88

Denuncias de delitos de violación de la libertad sexual, según distritos fiscales de la provincia de Lima y la provincia constitucional del Callao 1/.

TOTAL	PERIODO
2185	2000
2404	2001
2586	2002
2669	2003
3099	2004
3118	2005
3551	2006
3557	2007
7055	2008
8062	2009
8082	2010
8204	2011
7297	2012
5616	2013
6538	2014
6659	2015
6546	2016
8656	2017

Fecha de corte: 30/12/2017

1/ Distritos fiscales de Lima, Lima Este, Lima Norte, Lima Sur, Callao y Ventanilla.

Fuente: Sistema de información de Apoyo al Trabajo Fiscal (SIATF) y Sistema de Gestión Fiscal (SGF).

Número de psicólogos en Lima y a nivel nacional.

DISTRITO FISCAL	CANTIDAD DE PSICOLOGOS
Cobertura Nacional	26
Distrito Fiscal de Amazonas	7
Distrito Fiscal de Ancash	10
Distrito Fiscal de Apurímac	8
Distrito Fiscal de Arequipa	20
Distrito Fiscal de Ayacucho	12
Distrito Fiscal de Cajamarca	15
Distrito Fiscal de Callao	11
Distrito Fiscal de Cañete	6

Distrito Fiscal de Cusco	22
Distrito Fiscal de Huancavelica	5
Distrito Fiscal de Huánuco	21
Distrito Fiscal de Huará	7
Distrito Fiscal de Ica	12
Distrito Fiscal de Junín	15
Distrito Fiscal de La Libertad	22
Distrito Fiscal de la Selva Central	3
Distrito Fiscal de Lambayeque	17
Distrito Fiscal de Lima	4
Distrito Fiscal de Lima Este	37
Distrito Fiscal de Lima Norte	28
Distrito Fiscal de Lima Sur	14
Distrito Fiscal de Loreto	7
Distrito Fiscal de Madre de Dios	4
Distrito Fiscal de Moquegua	8
Distrito Fiscal de Pasco	9
Distrito Fiscal de Piura	13
Distrito Fiscal de Puno	17
Distrito Fiscal de San Martín	13
Distrito Fiscal de Santa	8
Distrito Fiscal de Sullana	7
Distrito Fiscal de Tacna	11
Distrito Fiscal de Tumbes	6
Distrito Fiscal de Ucayali	14
Distrito Fiscal de Ventanilla	10
Total general	449

- Instituto de Medicina Legal: Total de entrevistas por distrito fiscal realizadas a menores de edad e la Sala de Entrevista y/o Cámara Gesell. Grupo etario y género. 2014

DISTRITO FISCAL	CANTIDAD DE PSICOLOGOS					
	1-5 años		6-12 años		13-17 años	
	M	F	M	F	M	F
Amazonas	1	7	5	29	3	31
Ancash	2	5	11	62	8	67
Arequipa	0	2	4	10	0	6
Cajamarca	2	10	12	52	1	47
Callao	7	18	26	86	11	79
Cañete	5	4	11	73	2	82
Cusco	10	29	21	125	2	288
Huánuco	3	14	15	94	2	185

Huara	2	2	10	36	0	37
Ica	6	10	17	67	3	89
La Libertad	6	3	1	41	0	41
Lambayeque	6	17	16	83	14	118
Lima	29	88	82	263	20	196
Lima Este	46	37	37	211	18	126
Lima Norte	19	52	32	152	9	165
Lima Sur	5	11	11	53	11	40
Loreto	5	20	26	100	6	91
Madre de Dios	2	9	4	73	4	82
Moquegua	0	3	5	26	0	36
Pasco	2	1	0	2	1	2
Piura	0	0	0	0	0	0
Puno	0	20	0	66	8	176
San Martín	1	1	0	12	0	11
Santa	8	44	14	169	8	169
Tacna	7	11	15	108	2	233
Tumbes	5	13	10	46	2	61
Ucayali	0	2	1	0	0	1
Ventanilla	0	2	3	10	2	16
Total	179	433	394	2043	137	2475
			5661			

- Instituto de Medicina Legal: Total de entrevistas por distrito fiscal realizadas a menores de edad e la Sala de Entrevista y/o Cámara Gesell. Grupo etario y género. 2015

DISTRITO FISCAL	CANTIDAD DE PSICOLOGOS						Total
	1-5 años		6-12 años		13-17 años		
	M	F	M	F	M	F	
Amazonas	1	5	0	25	1	26	58
Ancash	3	8	4	61	2	110	188
Apurímac	2	3	2	2	3	13	25
Arequipa	0	4	0	68	0	56	128
Cajamarca	2	10	8	69	1	83	173
Callao	10	39	27	93	7	90	266
Cañete	4	7	15	87	5	89	207
Cusco	13	54	34	204	16	317	638
Huancavelica	1	1	3	14	1	35	55
Huánuco	6	16	22	141	16	220	421
Huara	1	7	8	38	3	30	87
Ica	7	11	37	82	16	90	243
La Libertad	2	17	2	48	4	57	130
Lambayeque	2	20	15	134	13	163	347
Lima	33	61	68	290	21	231	704
Lima Este	61	37	21	268	8	139	534
Lima Norte	42	100	60	224	17	198	641
Lima Sur	12	67	32	213	15	186	525
Loreto	2	23	15	118	12	104	274
Madre de Dios	5	28	8	107	26	109	283
Moquegua	6	8	1	33	2	49	99
Pasco	1	8	1	15	0	33	58

Piura	0	0	0	0	0	0	0
Puno	2	13	7	104	29	202	357
San Martín	0	0	3	26	2	21	52
Santa	10	41	53	185	25	225	539
Tacna	10	22	27	130	13	196	398
Tumbes	5	7	14	38	15	59	138
Ucayali	0	0	0	0	2	1	3
Ventanilla	4	16	9	43	4	22	98
Total	247	633	497	2860	279	3154	7670

- Instituto de Medicina Legal: Total de entrevistas por distrito fiscal realizadas a menores de edad e la Sala de Entrevista y/o Cámara Gesell. Grupo etario y género. 2016.

DISTRITO FISCAL	CANTIDAD DE PSICOLOGOS						Total
	1-5 años		6-12 años		13-17 años		
	M	F	M	F	M	F	
Amazonas	0	3	5	25	0	26	59
Ancash	2	10	6	82	6	129	235
Apurímac	0	0	0	3	1	5	9
Arequipa	0	3	1	12	5	10	31
Ayacucho	0	2	0	2	0	17	21
Cajamarca	2	4	5	89	2	128	230
Callao	6	20	17	95	8	110	256
Cañete	3	5	17	72	10	111	218
Cusco	27	54	47	373	14	617	1132
Huancavelica	6	4	3	24	1	60	98
Huánuco	3	26	18	204	10	288	549
Huara	2	1	6	43	2	39	93
Ica	8	13	23	130	6	132	312
Junín	0	0	0	2	0	0	2
La Libertad	0	12	2	68	0	56	138
Lambayeque	2	29	18	176	12	207	444
Lima	22	75	55	328	10	260	750
Lima Este	23	38	27	192	6	111	397
Lima Norte	43	98	74	303	32	329	879
Lima Sur	12	65	49	194	8	180	508
Loreto	14	17	31	160	12	123	357
Madre de Dios	4	11	18	97	1	124	255
Moquegua	2	5	2	29	1	47	86
Pasco	1	2	0	13	1	25	42
Piura	3	3	14	31	8	20	79
Puno	3	7	6	83	3	278	380
San Martín	6	22	7	64	12	83	194
Santa	21	27	64	165	13	229	519
Sullana	0	0	0	1	0	1	2
Tacna	8	23	29	129	7	236	432
Tumbes	1	11	15	73	21	55	186
Ucayali	0	1	1	6	1	2	11
Ventanilla	4	10	12	81	6	50	163
Total	228	601	572	3349	219	4098	9067

- Instituto de Medicina Legal: Total de entrevistas por distrito fiscal realizadas a menores de edad e la Sala de Entrevista y/o Cámara Gesell. Grupo etario y género. 2017

DISTRITO FISCAL	CANTIDAD DE PSICOLOGOS						Total
	1-5 años		6-12 años		13-17 años		
	M	F	M	F	M	F	
Amazonas	1	3	4	50	2	39	99
Ancash	5	14	17	112	1	120	269
Apurímac	0	5	3	24	4	53	89
Arequipa	7	11	18	77	7	94	214
Ayacucho	0	5	1	92	2	135	235
Cajamarca	4	5	10	63	2	74	158
Callao	7	31	11	117	8	116	290
Cañete	3	12	12	90	4	120	241
Cusco	17	51	56	371	26	664	1185
Huancavelica	1	3	10	25	4	39	82
Huánuco	9	33	20	253	10	357	682
Huara	3	6	6	45	2	42	104
Ica	5	18	16	127	17	123	306
Junín	6	19	22	48	12	125	232
La Libertad	3	44	11	214	1	131	404
Lambayeque	8	29	20	198	14	271	540
Lima	12	58	60	294	27	305	756
Lima Este	40	46	50	208	24	128	496
Lima Norte	31	76	73	224	38	349	791
Lima Sur	20	73	38	197	9	190	527
Loreto	6	34	26	181	11	210	468
Madre de Dios	4	12	6	75	7	134	238
Moquegua	4	6	24	53	21	68	176
Pasco	0	8	7	31	3	55	104
Piura	3	5	2	16	3	27	56
Puno	3	22	18	137	14	284	478
San Martín	2	12	17	133	1	108	273
Santa	4	34	23	254	13	225	553
Tacna	10	19	19	109	6	220	383
Tumbes	6	8	18	59	9	69	169
Ucayali	3	3	0	44	1	50	101
Ventanilla	4	12	12	88	2	79	197
Total	231	717	630	4009	305	5004	10896

- Instituto de Medicina Legal: Total de entrevistas por distrito fiscal realizadas a menores de edad e la Sala de Entrevista y/o Cámara Gesell. Grupo etario y género. 2018

DISTRITO FISCAL	CANTIDAD DE PSICOLOGOS						Total
	1-5 años		6-12 años		13-17 años		
	M	F	M	F	M	F	
Amazonas	1	5	4	38	1	36	85
Ancash	4	10	17	90	8	138	267
Apurímac	2	8	9	56	2	102	179
Arequipa	2	11	15	93	10	107	238

Ayacucho	6	12	5	84	1	110	218
Cajamarca	9	31	21	171	3	246	481
Callao	8	15	18	123	6	145	315
Cañete	11	30	53	135	21	143	393
Cusco	16	63	81	409	53	874	1496
Huancavelica	1	8	6	41	3	55	114
Huánuco	13	57	63	297	40	378	848
Huara	6	9	9	50	0	57	131
Ica	7	22	42	169	14	169	423
Junín	2	12	9	102	9	131	265
La Libertad	10	64	16	440	26	427	983
Selva Central	0	6	0	1	0	1	8
Lambayeque	8	48	24	233	13	289	615
Lima	38	97	105	372	40	383	1035
Lima Este	33	99	94	374	27	316	943
Lima Norte	28	69	46	200	37	297	677
Lima Sur	21	68	56	293	22	213	673
Loreto	6	42	35	248	20	228	579
Madre de Dios	2	13	11	81	8	96	211
Moquegua	3	8	10	29	9	62	121
Pasco	0	5	10	27	5	30	77
Piura	4	23	19	82	9	67	204
Puno	4	48	28	178	14	245	517
San Martín	6	49	22	222	12	255	566
Santa	8	46	44	241	23	286	648
Tacna	11	40	22	172	19	350	614
Tumbes	4	3	31	44	16	59	157
Ucayali	0	3	4	37	1	30	75
Ventanilla	8	24	48	146	23	152	401
Total	282	1048	977	5278	495	5477	14557

PODER JUDICIAL

- Procesos judiciales principales de la especialidad penal.

Período	2014	2015	2016	2017
Totales	1 060 156	1 126 442	1 205 442	1 323 513

Nota 1: Información actualizada a enero 2018.

Nota 2: Durante el año 2017 hubo paralización de la labor jurisdiccional de 12 días útiles por huelga.

1/ Son aquellos procesos pendientes de resolver al 01 de enero del año 2017.

2/ Los procesos ingresados no consideran los ingresos por redistribución entre órganos jurisdiccionales.

Fuente: Poder Judicial - Sistema Integrado Judicial - Formulario Estadístico Electrónico SIJ-FEE.

**Informe de, Niñas y Adolescentes Víctimas de Violencia Sexual por las
Fiscalías Penales y la Monitoreo a la Calidad de Atención a Niños Defensa
Pública de Víctimas de Huánuco – ONG Save the Children**

Cuestiones Metodológicas

**Carga total del Instituto de Medicina legal
del 1 de enero al 25 de noviembre del 2015***

TOTAL	10,216
Exámenes de lesiones	5262
Exámenes de edad aproximada	21
Presunta responsabilidad médica	13
Exámenes de estado de salud actual	219
Exámenes psicosomáticos	127
TOTAL	10,216
Exámenes psicológicos	2540
Desplazamiento para pericia clínica fuera de la institución	112
Exámenes ginecológicos	13
Exámenes de integridad sexual	416

Número de Niños, Niñas y adolescentes que fueron atendidos en Cámara Gessel del 1 de enero al 25 de noviembre del 2015².

Motivo de suspensión de Entrevista única en Cámara Gessel	
Inconcurencia de agraviada(o):	125
Inconcurencia del Imputado:	19
Inconcurencia de ambas partes:	14
Inconcurencia del Defensor Público:	7
Abogado del imputado o Defensor Público se retira de la diligencia:	0
Caso no individualizado:	0
Inconcurencia de abogado del Imputado:	6
Inconcurencia del fiscal (penal o civil):	10
Notificación Inoportuna de las partes:	21
Otros motivos (se reprograma diligencia, y no comunican motivo de suspensión):	15

² Información proporcionada por el Médico Responsable DML II Huánuco, doctor Ramiro Díaz Simeón con el Oficio N° 5947-2015-MP-IML-GO/DML-II-Hco de fecha 3 de diciembre del 2015

INFORME PRESENTADO ANTE LA COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH)

Denuncia de delitos contra la libertad sexual en el Perú. Data de casos disponible.

GRÁFICO 1
Datos de la PNP, 2009 (6751 denuncias)

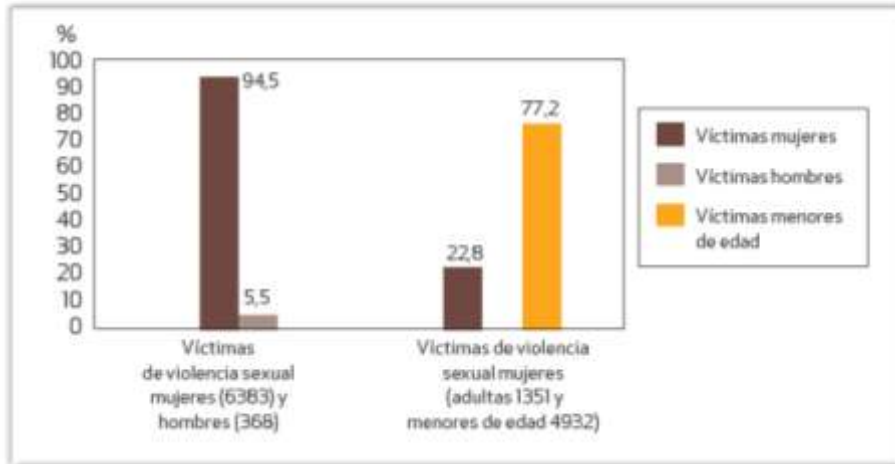


GRÁFICO 2
Datos de la PNP, 2011 (7421 denuncias)

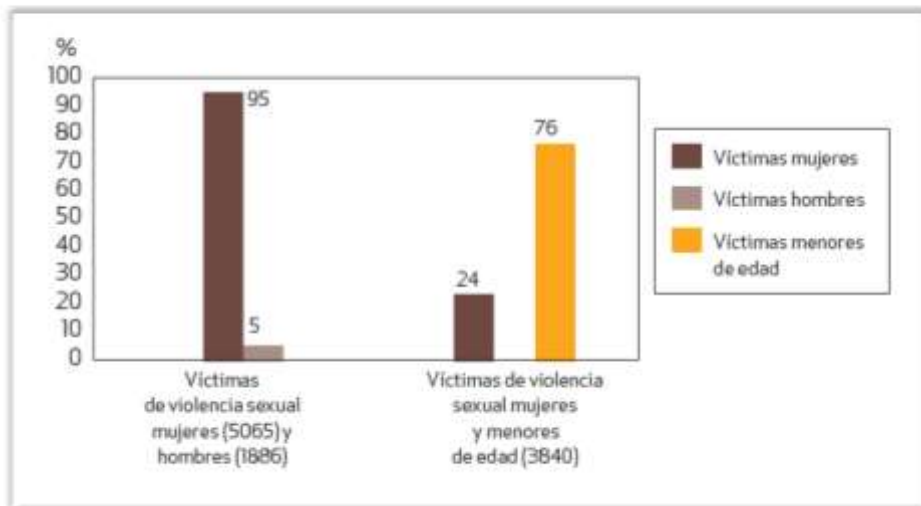


GRÁFICO 3
 Datos de la PNP, víctimas de violencia sexual entre los años 2000-2009 = 63 545

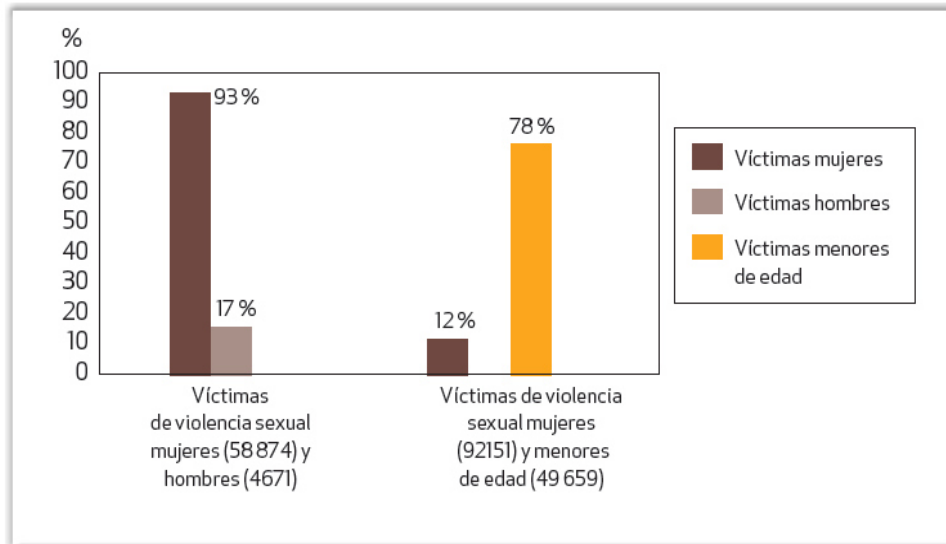


TABLA 1
 Número total de denuncias por delitos de violación de la libertad sexual por cada región del Perú entre los años 2000 y 2009

Año	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	Total
Total	6096	5477	5968	5927	5721	6268	6569	7200	7560	6751	63 545

Fuente: Policía Nacional del Perú.
 Elaboración propia.

GRÁFICO 5
 Datos del Ministerio Público: del 2008 al 2013 se han registrado 100 511 denuncias por la comisión de delitos contra la libertad sexual

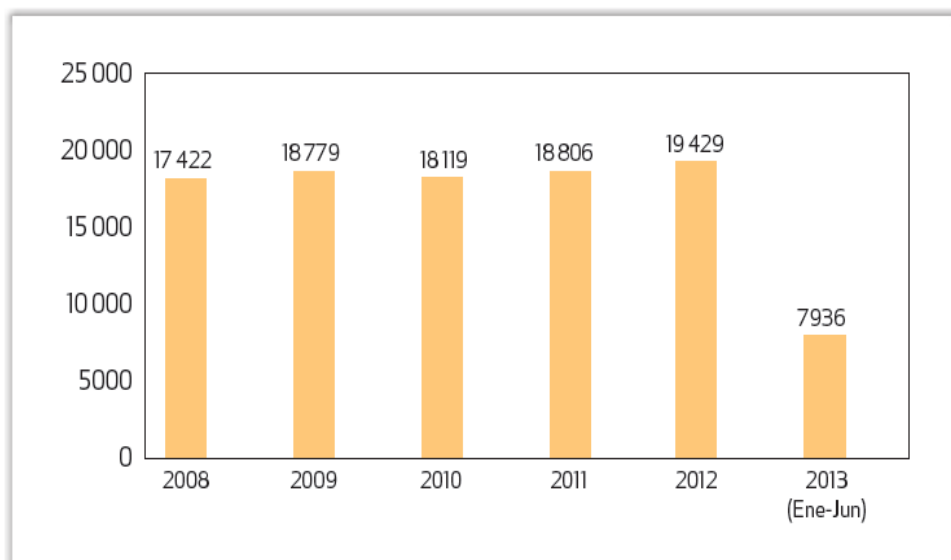
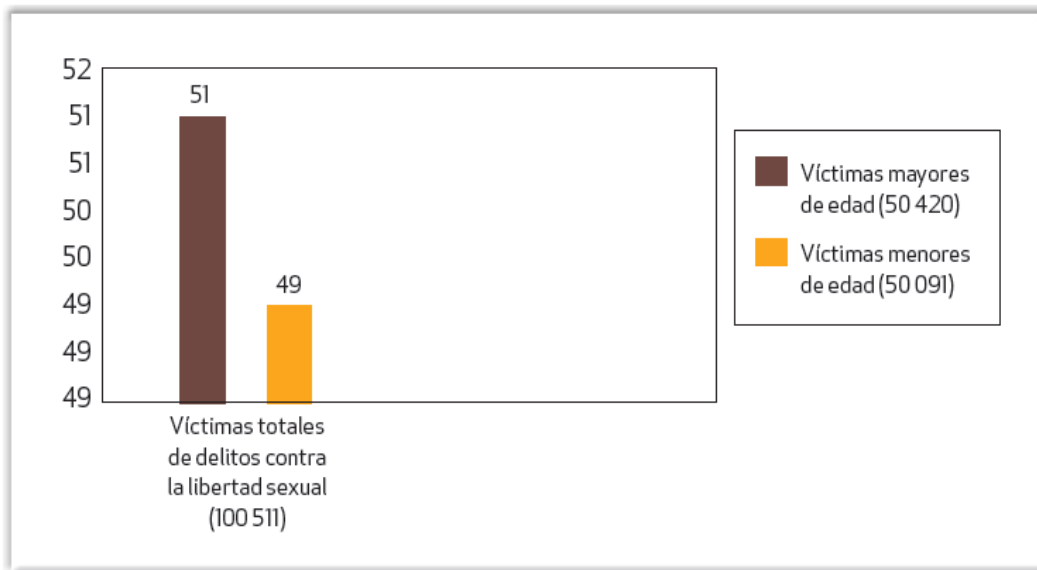
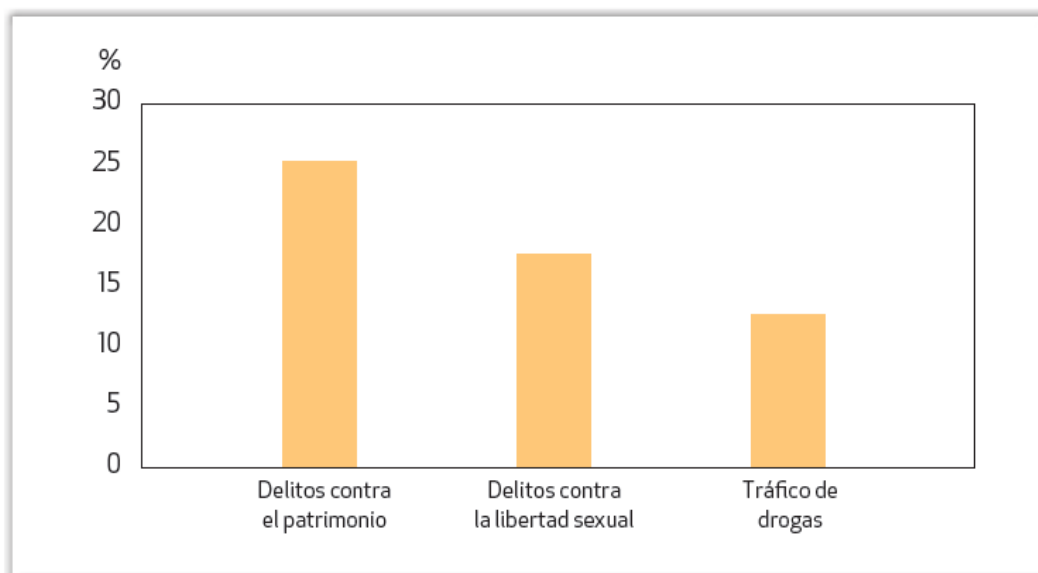


GRÁFICO 6
 Datos del Ministerio Público del 2008 al 2013, 100 511,
 desagregados por edad



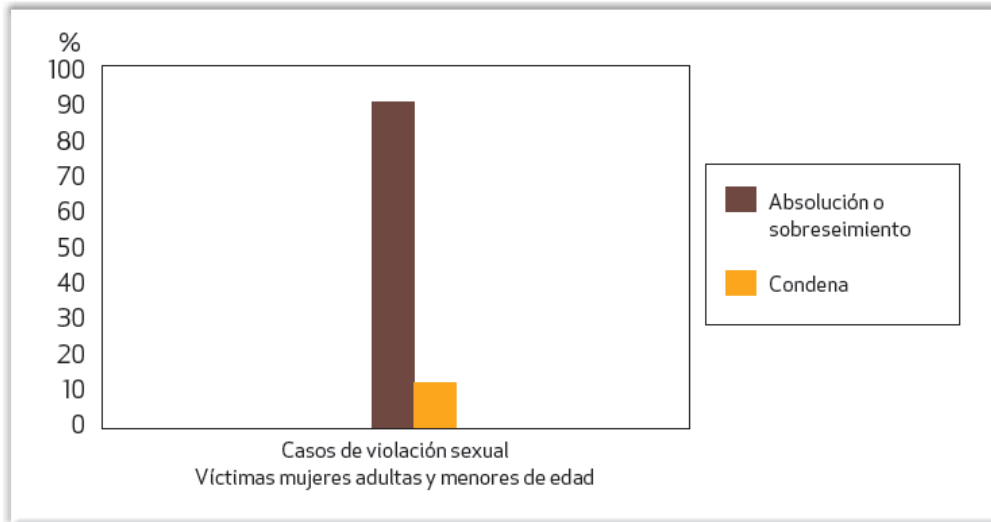
Presos por delitos contra la libertad sexual en el Perú. Data disponible

GRÁFICO 7
 Perú: número de internos por delito cometido



Procesos judiciales y resultados insuficientes

GRÁFICO 10
Respuesta del Poder Judicial a los casos de violencia sexual de mujeres adultas y de menores de edad entre 14 y 18 años



Serie Informes de Adjuntía – Informe N° 001-2016-DP/ANA - DEFENSORIA DEL PUEBLO

Mediante Oficio N° 0023-2014-DP/ANA, la Defensoría del Pueblo solicitó información al Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses sobre el número de cámaras Gésell y salas de entrevista única implementadas a nivel nacional. En respuesta, mediante Oficio N° 2607-2014-MP-FN-IML/JN, la Jefatura de dicha entidad brindó la información requerida, de donde se pudo determinar que en la ciudad de Lima Metropolitana y en la provincia Constitucional del Callao se han implementado 7 cámaras Gésell y 1 sala de entrevista única.

Cuadro N° 2
Número de entrevistas a nivel nacional a niños, niñas y adolescentes
víctimas de violencia sexual en Cámara Gesell o Sala de Entrevista
Única durante los años 2010-2014²⁷

Distrito Fiscal	Año				
	2010	2011	2012	2013	2014
Amazonas		3	38	37	34
Ancash				85	41
Arequipa	75	177	85	93	7
Cajamarca		26	60	74	60
Callao	329	237	293	287	21
Cañete	84	128	184	168	69
Cusco	257	411	556	317	260
Huánuco			53	317	114
Huaura			41	59	27
Ica	358	260	266	216	49
Junín		31	5	31	
La Libertad			20	87	28
Lambayeque		240	274	187	102
Lima Este	222	324	440	292	169
Lima Norte	471	377	499	422	177
Lima Sur	276	392	468	524	41
Loreto	109	167	180	321	96
Madre de Dios	69	137	197	200	68
Moquegua		55	43	54	14
Pasco		22	12	14	
Piura				5	
Puno		375	597	529	49
San Martín		67	61	57	13
Santa			114	376	131
Tacna		273	349	283	99

27 Hasta el mes de junio de 2014.

Defensoría del Pueblo

Distrito Fiscal	Año				
	2010	2011	2012	2013	2014
Tumbes		135	144	105	44
Ucayali		5	2	14	4
Lima	361	299	334	250	126
SUB TOTAL	2611	4141	5315	5424	1843
TOTAL	19334				

Fuente: Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses

Elaboración: Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses

						reconocimiento médico legal se realizan en la DICLIFOR y de allí se derivan a la sede de Azángaro para la diligencia de declaración en Cámara Gesell
Bellavista	Callao	X		X		
La Molina	Lima Este	X				No tiene cámara Gesell ni sala de entrevista única

En ese sentido: i) se supervisaron 19 ambientes donde se realiza el examen de reconocimiento médico legal; ii) se supervisaron 7 ambientes donde se lleva a cabo la entrevista a niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia sexual -7 cámaras Gesell y 1 sala de entrevista única- (Cuadro N° 3).

EL ROL DEL INSTITUTO DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES EN LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA SEXUAL

División Médico Legal	Distrito Fiscal	Se supervisó el ambiente donde se realiza el reconocimiento médico legal	Razones por las que no se pudo realizar la supervisión	Se supervisó el ambiente donde se realiza la entrevista única		Razones por las que no se pudo realizar la supervisión
				Cámara Gesell	Sala de Entrevista Única	
Huaycán	Lima Este	X				No tiene cámara Gesell ni sala de entrevista única
Villa María del Triunfo	Lima Sur	X				No tiene cámara Gesell ni sala de entrevista única
Villa El Salvador	Lima Sur	X		X		
Lurin	Lima Sur	X				No tiene cámara Gesell ni sala de entrevista única
Lima Norte	Lima Norte	X		X		
Los Olivos	Lima Norte	X				No tiene cámara Gesell ni sala de entrevista única
Condevilla	Lima Norte	X				No tiene cámara Gesell ni sala de entrevista única
Carabaylo	Lima Norte	X				No tiene cámara Gesell ni sala de entrevista única
Puente Piedra	Lima Norte	X				No tiene cámara Gesell ni sala de entrevista única
El Agustino	Lima Este	X			X	

División Médico Legal	Distrito Fiscal	Se supervisó el ambiente donde se realiza el reconocimiento médico legal	Razones por las que no se pudo realizar la supervisión	Se supervisó el ambiente donde se realiza la entrevista única		Razones por las que no se pudo realizar la supervisión
				Cámara Gesell	Sala de Entrevista Única	
Santa Anita	Lima Este	X		X		
San Juan de Miraflores	Lima Sur	X				No tiene cámara Gesell ni sala de entrevista única
Chosica	Lima Este	X				No tiene cámara Gesell ni sala de entrevista única
DICLIFOR	Lima		En dicha sede se realizó la prueba de la ficha			En dicha sede se realizó la prueba de la ficha
San Juan de Lurigancho	Lima Este		No se facilitó la supervisión, indicando que se requería autorización especial.			No se facilitó la supervisión, indicando que se requería autorización especial.
Chorrillos	Lima Sur	X				No tiene cámara Gesell ni sala de entrevista única
TOTAL		19		6	1	

Fuente: Información brindada por el IML.
Elaboración: Defensoría del Pueblo

Este informe sugirió que en las divisiones donde se realicen los reconocimientos médicos cuenten también con especialistas en pediatría y/o ginecología, o al menos con estudios y/o capacitaciones referidas al tratamiento de niños, niñas y adolescentes, en la medida que la mayor cantidad de casos relacionados con violencia sexual en nuestro país tienen como víctimas a personas menores de edad.

Especialidad de los médicos entrevistados

Especialidad	Número de médicos/as entrevistados/as	Porcentaje
Médico Auditor	2	13,0
Médico Cirujano	2	13,0
Médico General	1	7,0
Médico Legista	10	67,0
Total	15	100,0

Fuente: entrevista con médicos legistas del IML.
Elaboración: Defensoría del Pueblo

Casos en los que se realiza el traslado, los médicos entrevistados señalaron que las víctimas son derivadas a la Unidad de Víctimas y Testigos del Ministerio Público, a los centros de emergencia Mujer y a los hospitales.

¿A qué tipo de instituciones son derivadas las víctimas menores de edad?

Instituciones	Número de médicos/as entrevistados/as	Porcentaje
Unidad de Víctimas y Testigos	1	6,7
Centro de Emergencia Mujer	2	13,3
Hospitales	2	13,3
No hay casos	3	20,0
Sin información	2	13,3
Otros	2	13,3
No se derivan	3	20,0
Total	15	100,0

Fuente: entrevista con médicos legistas del IML.
Elaboración: Defensoría del Pueblo

TOTAL DE PSICOLOGOS A NIVEL NACIONAL ATENCIÓN DE VICTIMAS

INSTITUCIÓN	NÚMERO DE PSICOLOGOS
Ministerio de Justicia y Derechos Humanos	9
Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables – PROGRAMA AURORA (CEM)	86
Ministerio Público	449
Total	544

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

- Distribución de peritos forenses a nivel nacional

PERITOS PSICÓLOGOS FORENSES	
Sede de origen	Direcciones Distritales a cargo
ANCASH	
AREQUIPA	Moquegua y Tacna
APURIMAC	
AYACUCHO	
CAJAMARCA	Amazonas
CALLAO	Loreto y Ucayali
CUSCO	Puno
HUANCVELICA	
JUNIN	Huánuco y Pasco
LA LIBERTAD	Santa
LAMBAYEQUE	
LIMA	
LIMA ESTE	
LIMA NORTE	Huaura
LIMA SUR	Cañete e Ica
MADRE DE DIOS	
PIURA	Sullana y Tumbes
SAN MARTIN	
SELVA CENTRAL	
VENTANILLA	

PERITOS MEDICOS FORENSES	
Sede de origen	Direcciones Distritales a cargo
AREQUIPA	Moquegua y Tacna
	Madre de Dios, Apurímac, Puno
	Tumbes, Piura, Sullana, La Libertad, Cajamarca y Amazonas
CUSCO	Huánuco, Pasco, Lima Este, Selva Central, Ayacucho
LAMBAYEQUE	Huaura, Santa, Ancash, Junín y Loreto, San Martín
VENTANILLA	Callao, Lima Sur, Cañete, Ica, Huancavelica, Ucayali

PERITOS CRIMINALISTICOS	
Sede de origen	Direcciones Distritales a cargo
APURIMAC	Cusco y Madre de Dios
AREQUIPA	Moquegua, Tacna y Puno
AYACUCHO	Huancavelica, Junín
CALLAO	Ventanilla, Cajamarca, Amazonas
LA LIBERTAD	Lambayeque, Piura, Sullana y Tumbes
LIMA CENTRO - JB	Loreto, San Martín y Ucayali
LIMA CENTRO - RA	Pasco, Huánuco, Selva Central, Lima Este
LIMA NORTE	Huaura, Santa y Ancash
LIMA SUR	Cañete y Ica

- Patrocinios nuevos según delitos/faltas frecuentes en materia penal.

Período				
MODALIDAD	2013	2014	2015	2016
VIOLACION SEXUAL	6 294	5 915	7 253	6 405
Totales	6 294	5 915	7 253	6 405

Nota 1: Información actualizada al 5 de enero de 2017.

Nota 2: La Oficina General de Información Estadística y Estudios Socioeconómicos (OGIEES) proporcionó 67 modalidades de delito de mayor frecuencia.

MINISTERIO DE LA MUJER Y POBLACIONES VULNERABLES

- Número de agresiones sexuales

	Período	2017
DEPARTAMENTO		
Amazonas		1 228
Apurímac		1 707
Arequipa		9 558
Ayacucho		3 069
Cajamarca		3 154
Cusco		7 285
Huancavelica		1 490
Huánuco		2 392
Ica		2 607
Junín		5 041
La Libertad		4 069
Lambayeque		1 537
Loreto		2 260
Madre de Dios		724
Moquegua		612
Pasco		962
Piura		2 971
Provincia Constitucional del Callao		2 530
Provincia de Lima 1/		24 995
Puno		3 754
Región Lima 2/		3 788
San Martín		3 058
Tacna		1 504
Tumbes		950
Ucayali		798
Áncash		3 897

Nota 1: Cabe precisar que, los casos atendidos pueden considerar usuarios atendidos más de una vez, por participar en diferentes hechos de violencia y/o por tener diferentes.

Nota 2: La suma supera al total debido a que el tipo de agresión es respuesta múltiple.

1/ Comprende los 43 distritos de la provincia de Lima.

2/ Se refiere a la Región Lima que comprende las provincias de Barranca, Cajatambo, Canta, Cañete, Huaral, Huarochirí, Huaura, Oyón y Yauyos.

Fuente: Unidad de Generación de Información y Gestión del Conocimiento - PNCVFS - MIMP.

- Institución de denuncia antes de la intervención del CEM

Período	2017
DEPARTAMENTO	
Amazonas	1 200
Apurímac	1 706
Arequipa	9 532
Ayacucho	3 050
Cajamarca	3 121
Cusco	7 258
Huancavelica	1 487
Huánuco	2 380
Ica	2 593
Junín	5 016
La Libertad	4 020
Lambayeque	1 534
Loreto	2 230
Madre de Dios	716
Moquegua	612
Pasco	956
Piura	2 959
Provincia Constitucional del Callao	2 509
Provincia de Lima 1/	24 785
Puno	3 733
Región Lima 2/	3 765
San Martín	3 042
Tacna	1 490
Tumbes	947
Ucayali	793
Áncash	3 883
Totales	95 317

Nota 1: Cabe precisar que, los casos atendidos pueden considerar usuarios atendidos más de una vez, por participar en diferentes hechos de violencia y/o por tener diferentes agresores en un hecho de violencia.

Nota 2: Los casos registrados corresponden al lugar donde se encuentra ubicado en Centro de Emergencia Mujer (CEM).

1/ Comprende los 43 distritos de la provincia de Lima.

2/ Se refiere a la Región Lima que comprende las provincias de Barranca, Cajatambo, Canta, Cañete, Huaral, Huarochirí, Huaura, Oyón y Yauyos.

Fuente: Unidad de Generación de Información y Gestión del Conocimiento - PNCVFS - MIMP.

