



CÓMO PROBAR EL DELITO DE VIOLACIÓN DE MENORES

Gianina Rosa Tapia Vivas
Elky Alexander Villegas Paiva
Walberto Rodríguez Champi
Eliu Arismendiz Amaya



CÓMO PROBAR EL DELITO DE VIOLACIÓN DE MENORES

CÓMO PROBAR EL DELITO DE VIOLACIÓN DE MENORES

Gianina Tapia Vivas

Elky Villegas Paiva

Walberto Rodríguez Champi

Eliu Arismendiz Amaya



Av. Angamos Oeste N° 526, Urb. Miraflores
Miraflores, Lima - Perú / ☎ (01) 710-8900
www.gacetajuridica.com.pe

BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ
Centro Bibliográfico Nacional

344.522 Cómo probar el delito de violación de menores / Gianina Tapia
C6 Vivas, Elky Villegas Paiva, Walberto Rodríguez Champi ... [et al.].--
1a ed.-- Lima : Gaceta Jurídica, 2017 (Lima : Impr. Edit. El Búho).
294 p. : il. ; 18 cm.

Incluye bibliografías.
D.L. 2017-04742
ISBN 978-612-311-448-0

1. Abuso sexual de niños - Aspectos legales - Perú 2. Prueba (Derecho) - Perú 3. Niños víctimas de abusos sexuales - Aspectos legales - Perú - Entrevistas 4. Interrogatorio de testigos - Perú 5. Responsabilidad penal - Perú 6. Delitos sexuales - Aspectos legales - Perú 7. Perú. [Código procesal penal (2004)] - Interpretación y aplicación I. Tapia Vivas, Gianina II. Villegas Paiva, Elky, 1985- III. Rodríguez Champi, Walberto, 1970- IV. Gaceta Jurídica (Lima)

BNP: 2017-1381

CÓMO PROBAR EL DELITO DE VIOLACIÓN DE MENORES

© Gianina Tapia Vivas / Elky Villegas Paiva / Walberto Rodríguez Champi / Eliu Arismendiz Amaya
© Gaceta Jurídica S.A.

Primera edición: Abril 2017
6380 ejemplares
Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú
2017-04742
ISBN: 978-612-311-448-0
Registro de proyecto editorial
31501221700467

Prohibida su reproducción total o parcial
D.Leg. N° 822

Diagramación de carátula: Martha Hidalgo Rivero
Diagramación de interiores: Nora Villaverde Soldevilla

GACETA JURÍDICA S.A.

AV. ANGAMOS OESTE N° 526, URB. MIRAFLORES
MIRAFLORES, LIMA - PERÚ
CENTRAL TELEFÓNICA: (01)710-8900
E-mail: ventas@gacetajuridica.com.pe / www.gacetapenal.com.pe

Impreso en: Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
San Alberto N° 201, Surquillo
Lima - Perú
Abril 2017

Introducción

La clandestinidad o furtividad que suele caracterizar la perpetración del delito de violación sexual convierten al testimonio de la víctima en pieza clave en los procesos por tales ilícitos, más aún cuando se afirma que por su propio mérito –aunque siempre bajo ciertas condiciones– es apta para acreditar, más allá de toda duda razonable, la responsabilidad penal del encausado.

Dichas condiciones de validez han sido perfiladas en el tiempo por la doctrina legal y por la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema, que, además, les ha dado carácter vinculante, de modo que su mención y aplicación por los jueces del país está ampliamente difundida, empleándose casi de forma ineludible en las sentencias de condena y absolución en procesos por delitos sexuales.

La doctrina legal y jurisprudencial esencial en esta materia está constituida, en principio, por el **R.N. N° 3044-2004-Lima**, del 1 de diciembre de 2004, en virtud del cual el tribunal puede dar mayor fiabilidad a la declaración inculpativa de la agraviada realizada en la etapa preliminar o de instrucción, que a la declaración exculpativa vertida en el juicio oral.

Asimismo, por el **Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116**, del 26 de noviembre de 2005, según el cual, al evaluarse la validez de la declaración de la agraviada, se debe considerar sus relaciones con el imputado, la verosimilitud de su relato (su coherencia, solidez, y que haya sido objeto de corroboración periférica), y su persistencia en el curso del proceso.

De igual forma, por el **Acuerdo Plenario N° 1-2011/CJ-116**, del 30 de mayo de 2012, según el cual la declaración única de la víctima menor de edad mediante cámara Gesell es una regla obligatoria, debiendo registrarse por medio audiovisual e incorporarse al juicio a través de su visualización y debate;

Este acuerdo, asimismo, se refiere a la posibilidad excepcional de que la menor víctima de violación sexual declare en el juicio oral, cuando su declaración previa no respetó las formalidades mínimas, fue incompleta o deficiente, lo solicite la propia víctima o esta se haya retractado por escrito, o sea necesario que incorpore nueva información o realice aclaraciones.

No obstante ello, reitera que no es imprescindible la uniformidad y firmeza en la sindicación de la agraviada, de modo que si esta se retracta en el plenario, ello no invalida su declaración inculpativa previa.

También cabe citar la **Casación N° 33-2014-Ucayali**, del 28 de octubre de 2015, que establece que mientras menos edad tengan las víctimas de violación sexual, mayor será la restricción para que declaren en el juicio oral.

Lo que corresponde en tal caso es que el fiscal o, en su defecto, el juez de oficio, solicite que se escuche el audio, se vea el video o se oralice el acta donde se registra la primera declaración de la víctima. Esto último también es necesario cuando la víctima testifica en el juicio y se retracta, ello con el objeto de que dicha versión se coteje o confronte con la declaración previa.

Del mismo modo, cabe destacar el **Acuerdo Plenario N° 4-2015/CIJ-116**, del 21 de junio de 2016, relevante porque señala que en los procesos por delitos sexuales puede realizarse una pericia psicológica sobre la credibilidad de la víctima, pero no para establecer si lo declarado por ella es verdadero o falso en el caso concreto.

Precisamente, la obra colectiva que presentamos se enfoca en los procesos penales por delitos de violación sexual de menores con el objeto de abordar, desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial, la valoración de la prueba en general y la de la declaración de la víctima en particular, desarrollando diversas cuestiones problemáticas que a diario se presentan en la praxis judicial.

Los seis artículos que componen este libro examinan temas claves como la actividad probatoria a desarrollar en los procesos por estos delitos, los requisitos de eficacia de la declaración de los menores de edad, las garantías a observar en la entrevista única en cámara Gessell y su incorporación al juicio, la importancia de la prueba pericial y su valoración judicial, el estándar probatorio necesario para declarar probada la responsabilidad penal del acusado, entre otros aspectos.

Estamos seguros que esta obra será de interés para los operadores jurídicos, especialmente para quienes en su desempeño profesional se enfrentan, desde sus distintas posiciones y roles, al drama de un proceso penal por abuso sexual de menores, que infelizmente es un delito de gran incidencia en nuestro país.

Percy Enrique REVILLA LLAZA
Subdirector de *Gaceta Penal & Procesal Penal*

La valoración de la prueba en el delito de violación sexual de menores de edad

Gianina Rosa TAPIA VIVAS^(*)

SUMARIO: I. Introducción. 1. La actividad probatoria en el delito de violación sexual de menores de edad de conformidad con el CPP de 2004. 2. La pericia médico-legal en el delito de violación sexual en agravio de menor de edad. 3. Valoración judicial de la prueba en el delito de violación sexual en agravio de menores de edad. II. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El agresor en los delitos sexuales en agravio de menores de edad, en la mayoría de los casos, actúa de forma clandestina, aprovechándose del estado de indefensión de la víctima, razón por la cual generalmente no existe más medio probatorio que la versión del agraviado o agraviada, esto es, su testimonio, lo que podría llevar a la impunidad⁽¹⁾.

Ante dicho riesgo de impunidad, se hace necesario apreciar dicha prueba considerando el singular contexto y situación personal de las víctimas menores de 14 años; sin embargo, la flexibilización probatoria tampoco puede ser tal que se termine condenando a personas cuya presunción de inocencia no ha sido desvirtuada.

En efecto, si bien existe la creencia popular de que los niños⁽²⁾ siempre dicen la verdad; en el terreno científico, sus testimonios no

(*) Fiscal Adjunta Suprema Titular.

(1) Ejecutoria Suprema recaída en el R. N. N° 2800-2013-Lima, del 31 de marzo de 2014, emitida por la Sala Penal Transitoria, ponente: Dr. Salas Arenas, fundamento 3.2.

(2) Cuando se haga referencia a 'niños' se comprenderá tanto a los del sexo masculino como los del femenino.

están exentos de cuestionamientos en cuanto a la veracidad del relato. Binet en 1900 ya indicaba que los niños son relativamente incapaces de distinguir entre realidad y fantasía. Por su parte, Freud en 1940 sostenía que eran propensos a la fantasía en materia sexual; y Saywitz en 1987 postulaba que tal propensión era en realidad hacia las fábulas en general⁽³⁾.

Vitale ha precisado que el problema que se plantea en relación con los testimonios de los menores de edad no radica en el interés por la información que puedan brindar, sino en si los menores de edad tienen la capacidad para expresarla adecuadamente y, consecuentemente, si el testimonio de los mismos puede ser fiable⁽⁴⁾.

Dicho autor ha agrupado las objeciones planteadas a los testimonios brindados por niños en seis categorías⁽⁵⁾:

- La memoria de los niños no es fiable.
- Los niños son egocéntricos.
- Los niños son altamente sugestionables.
- Los niños tienen dificultad para distinguir entre realidad y fantasía.
- Los niños hacen alegaciones falsas, particularmente acerca de agresiones sexuales.
- Los niños no comprenden el deber de decir la verdad ante los funcionarios y magistrados.

Tales cuestionamientos, sin embargo, han sido rebatidos con los siguientes argumentos⁽⁶⁾:

- La fiabilidad de los testimonios de niños con relación a su memoria, depende de cómo se formulan las preguntas. La supuesta falta de fiabilidad no es razón suficiente como para utilizar el testimonio con cautela.

(3) VITALE, Gabriel M. A. "De los testimonios de niños y niñas. Análisis y propuestas". En: *Material de lecturas del Pleno Jurisdiccional Regional sobre abuso y explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes*. Centro de Investigaciones Judicial del Poder Judicial, Lima, 2007, p. 56.

(4) *Ibidem*, p. 58.

(5) *Ídem*.

(6) *Ídem*.

- El egocentrismo infantil se ha asociado a la debilidad mental. No obstante, el egocentrismo, según numerosas investigaciones, es algo natural en todas las personas, dejando de lado la edad en que se encuentren.
- La investigación psicológica ha demostrado que tanto los niños como los adultos pueden ser ciertamente sugestionados, pero este riesgo puede minimizarse en la entrevista con el especialista.
- Hay pocos estudios en cuanto a establecer las condiciones de los niños en relación con la distinción entre realidad y fantasía, sin embargo, algunos de ellos establecen que no tienden a confundir lo que han imaginado con lo percibido. La única diferencia radica en que los niños son inferiores a los adultos discriminando acciones realizadas por ellos mismos de las acciones que han imaginado que ellos realizaban.
- El tema de las alegaciones falsas de los niños es bastante complejo. Seguramente, un niño inmerso en el proceso de separación de sus padres puede ser manipulado por alguno de ellos, sin embargo, es más fácil descubrir una mentira infantil que una realizada por un adulto.
- Los estadios del desarrollo moral infantil son actualmente mucho mejor comprendidos que hace algunas décadas atrás. Entre los tres y cuatro años, la inmensa mayoría de niños ya tiene una idea clara de lo que es verdadero y de lo que es falso. Incluso, son capaces de comprender las implicaciones de mentir ante un tribunal. Algunos autores se sorprenden dado que existen tribunales donde, antes de aceptar testimonios infantiles, se exigen pruebas para evaluar su competencia y honestidad, cuando dichas pruebas no se exigen para los adultos.

Ahora bien, ¿hasta qué punto y bajo qué condiciones el testimonio de un menor de edad que afirma haber sufrido abuso sexual es válido? Las dudas respecto a dicha validez emergen de los siguientes datos:

- i) En primer lugar, la constatación de una elevada frecuencia de casos en los que el niño, tras afirmar en un primer momento haber sido objeto de un abuso sexual, posteriormente se retracta; y,

- ii) En segundo lugar, el escaso desarrollo de las capacidades y habilidades cognitivas en niños de corta edad⁽⁷⁾.

En cuanto a la cuestión de la retractación, esta es definida como parte del denominado “síndrome de acomodación del abuso sexual infantil”. Este síndrome contempla que es habitual que el niño se vea presionado por sus sentimientos de culpa y por el sufrimiento de sus familiares, y sienta que tiene en su poder la responsabilidad de proteger o dañar a su familia⁽⁸⁾.

Además, actualmente, existe un amplio consenso en que los niños son capaces de recordar, resistir la sugestión y, consecuentemente, brindar un testimonio creíble; ello siempre y cuando sean entrevistados por personal competente y en lugares adaptados⁽⁹⁾.

Con todo, si bien en relación con los testimonios de los niños pueden ser legítimas las dudas respecto a la veracidad de su relato, tales dudas deberán quedar en gran medida desvirtuadas si el relato se brinda en un escenario adecuado y ante un profesional altamente especializado.

No obstante, el hecho de que existan sistemas de administración de justicia o jurisdicciones que no cuenten o no tengan previsto ni la actuación de un profesional especializado ni lugares adecuadamente equipados, no es óbice para que los relatos de los menores puedan servir como base para una sentencia condenatoria, siempre que se cumplan con determinadas exigencias probatorias.

1. La actividad probatoria en el delito de violación sexual de menores de edad de conformidad con el CPP de 2004

La actividad probatoria en sentido amplio no se limita a una determinada etapa del proceso penal, sino que lo recorre de principio a fin. La búsqueda de elementos probatorios efectuada por el fiscal durante su investigación, cumpliendo con los protocolos o procedimientos establecidos, implica despliegue de actividad probatoria, la cual, encontrará su punto culminante en el juzgamiento, al momento en que los medios de prueba se practiquen o sean actuados ante el juez que resolverá el fondo del asunto.

(7) *Ibidem*, p. 61.

(8) *Ídem*.

(9) *Ibidem*, p. 62, citando a Faller, Jones y Mc Quiston, Myers, entre otros.

En materia de víctimas menores de edad de delitos en general y de delitos sexuales en particular, el CPP de 2004 ofrece una serie de procedimientos o figuras procesales que coadyuvan a la eficacia, eficiencia y a la protección de derechos de las menores víctimas.

1.1. La entrevista única en cámara Gesell

No cabe duda de que la mejor manera de obtener un testimonio lo más fidedigno posible del menor víctima de abuso sexual y de resguardar en la mayor medida posible su salud mental, evitando su victimización secundaria y terciaria⁽¹⁰⁾, es a través de una entrevista única en cámara Gesell o, en su defecto, en una sala acondicionada especialmente para el acto de la entrevista.

Para la eficacia de la entrevista única, se emitió la “Guía de procedimiento para la entrevista única de niños, niñas y adolescentes víctimas de abuso sexual, explotación sexual y trata con fines de explotación sexual”, aprobada mediante Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 1247-2012-MP-FN, del 23 de mayo de 2012.

Sin embargo, esta guía fue derogada por la Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 3963-2016-MP-FN, del 11 de setiembre de 2016, mediante la cual se aprobaron cuatro guías elaboradas en mérito a lo dispuesto por la “Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar” (Ley N° 30364, del 23 de noviembre de 2015), una de las cuales fue precisamente la “Guía del procedimiento de entrevista única a víctimas en el marco de la Ley N° 30364 para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar; y, a niños y adolescentes varones víctimas de violencia”.

En esta nueva guía se establece el procedimiento de entrevista única, el cual se divide en tres etapas:

a) La etapa previa

Donde se regulan las formas de conocimiento del delito o la infracción a la ley penal (conocimiento de oficio, denuncia ciudadana o

(10) “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 inflige la sociedad”. Cfr. Acuerdo Plenario N° 1-2011/CJ-116, fundamento jurídico 38.

de parte, y comunicación de la Policía Nacional del Perú), la evaluación médico-legal, y la intervención de la Unidad de Protección y Asistencia a Víctimas y Testigos.

b) La etapa entrevista única

En esta etapa se define la entrevista única, y se establecen las exigencias del ambiente de entrevista única (cámara Gesell y sala de entrevista), así como el procedimiento de entrevista única propiamente dicho, señalándose las reglas a seguir antes de la entrevista, al inicio de la entrevista y durante la entrevista.

c) La etapa posterior

Comprende la regulación de la evaluación psicológica, de la cadena de custodia, de la intervención de la Unidad de Protección y Asistencia a Víctimas y Testigos, y la derivación de la víctima a la red de asistencia y tratamiento.

1.2. Prueba anticipada y prueba preconstituida

Por regla general los medios probatorios deben actuarse recién ante el juez que resolverá el fondo, lo cual obedece fundamentalmente a exigencias propias del principio de inmediación. No obstante, en la medida de que existen hechos que no pueden ser trasladados al momento de la celebración del juicio, y que es imposible practicar la prueba sobre los mismos en el juicio⁽¹¹⁾, el CPP de 2004 reconoce que durante la etapa de investigación se puede configurar prueba anticipada, así como prueba preconstituida.

Así, en cuanto a la **prueba anticipada**, el CPP de 2004 la regula en el Título IV de su Sección II (artículos 242-246). Su artículo 242 (modificado por el D. Leg. N° 1307, del 30/12/2016) precisa lo siguiente:

“Artículo 242.- Supuestos de prueba anticipada

1. Durante las diligencias preliminares o una vez formalizada la investigación preparatoria, a solicitud del Fiscal o de los demás sujetos procesales, podrá instarse al Juez de la Investigación Preparatoria la actuación de una prueba anticipada, en los siguientes casos:

(11) CUBAS VILLANUEVA, Víctor. *El nuevo proceso penal peruano*. Palestra Editores, Lima, 2009, p. 344.

a) Testimonial y examen del perito, cuando se requiera examinarlos con urgencia ante la presencia de un motivo fundado para considerar que no podrá hacerse en el juicio oral por enfermedad u otro grave impedimento, o que han sido expuestos a violencia, amenaza, ofertas o promesa de dinero u otra utilidad para que no declaren o lo hagan falsamente. El interrogatorio al perito, puede incluir el debate pericial cuando este sea procedente.

b) Careo entre las personas que han declarado, por los mismos motivos del literal anterior, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 182.

c) Reconocimientos, 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 realización del juicio.

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

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

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

e) Declaración, Testimonial y examen de perito en casos de criminalidad organizada, así como en los delitos contra la administración pública, previstos en los artículos 382 al 401 del Código Penal.

2. Las mismas actuaciones de prueba podrán realizarse durante la etapa intermedia”.

Al respecto, Miranda Estrampes ha indicado que “la prueba anticipada no es una diligencia de investigación o instrucción, sino un verdadero acto de prueba, cuya particularidad radica en que se practica en un momento anterior al juicio oral, como excepción a la regla general, pero sujeto a las mismas garantías que presiden la práctica de la prueba en este (...). Mediante la prueba anticipada no se realiza una labor inestructura de acopio y aseguramiento de fuentes prueba, sino una auténtica actividad probatoria”⁽¹²⁾.

Sánchez Velarde ha enseñado que “pueden presentarse casos especiales por los cuales se requiere de (...) realización probatoria antes del juicio, es decir, se requiere anticipar la actuación de las pruebas. La doctrina y el Código la denominan prueba anticipada, en la que se actúa la prueba, se respetan las debidas garantías y luego se valora conjuntamente con las otras pruebas en la fase de juzgamiento. Se puede decir que es la actuación formal de la prueba con anterioridad al juicio oral por la imposibilidad de su realización en dicho estadio procedimental, con la finalidad de asegurar su valoración con las demás pruebas. La necesidad de anticipar la prueba debe ser debidamente justificada; comprende los casos de testigos y peritos con las causales de enfermedad, o de grave impedimento, o por haber sido expuestos a la violencia, amenaza, ofertas o promesas de dinero para no declarar o hacerlo falsamente; se permite la procedencia tratándose de declaración de testigos, incluso el careo, la declaración del perito, debate pericial, si fuere el caso. También se comprende como prueba anticipada a los reconocimientos, inspecciones o reconstrucciones cuando sea considerado como actos definitivos e irreproducibles. El pedido lo hace el fiscal o las partes al Juez de la Investigación Preparatoria, quien la ordena y dirige con las garantías procesales correspondientes e intervención de las partes como si se realizara en el juicio oral; se realiza en la fase preparatoria o en la etapa intermedia. El artículo 245 regula la audiencia y su formalidad estableciéndose que se actuará la prueba anticipada con las garantías de un juicio público”⁽¹³⁾.

En sustancia, la prueba anticipada es aquella que se actúa fuera del juzgamiento, exactamente en un momento anterior al mismo, lo

(12) MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*. Bosch, Barcelona, 1997, p. 335.

(13) SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *Código Procesal Penal comentado*. Idemsa, Lima, 2013, p. 242.

cual obedece al riesgo de que un determinado elemento probatorio se pierda o cuando es ostensible que dicho elemento no podrá ser actuado en sede de juzgamiento.

En lo que respecta a la **prueba preconstituida**, el CPP de 2004 no brinda un tratamiento pormenorizado. No obstante, a partir de sus artículos 325 y 383.1 literales d) y e), se desprende que el legislador sí ha pensado en la incorporación de la misma a nuestro ordenamiento jurídico:

“Artículo 325.- Carácter de las actuaciones de la investigación

Las actuaciones de la investigación solo sirven para emitir las resoluciones propias de la investigación y de la etapa intermedia. Para los efectos de la sentencia tienen carácter de acto de prueba las pruebas anticipadas recibidas de conformidad con los artículos 242 y siguientes, y las actuaciones objetivas e irreproducibles cuya lectura en el juicio oral autoriza este Código”.

“Artículo 383. Lectura de la prueba documental

1. Solo podrán ser incorporados al juicio para su lectura:

(...)

d) Las actas conteniendo la declaración de testigos actuadas mediante exhorto. También serán leídas las declaraciones prestadas ante el fiscal con la concurrencia o el debido emplazamiento de las partes, siempre que se den las condiciones previstas en el literal anterior; y

e) Las actas levantadas por la Policía, el fiscal o el Juez de la Investigación Preparatoria que contienen diligencias objetivas e irreproducibles actuadas conforme a lo previsto en este Código o la Ley, tales como las actas de detención, reconocimiento, registro, inspección, revisión, pesaje, hallazgo, incautación y allanamiento, entre otras.

(...)”.

En el mismo sentido, San Martín Castro ha expresado sobre el particular que los supuestos de prueba preconstituida, pueden deducirse de lo dispuesto por artículo 383, apartado 1, literales d) y e) del CPP de 2004. Se trataría en primer lugar, de las declaraciones recibidas

mediante exhorto, por imposibilidad de concurrencia de los órganos de prueba al acto oral; en segundo lugar, de las denominadas “diligencias objetivas e irreproducibles” levantadas por el juez, fiscal o policía, v. gr. actos de detención, reconocimiento, registro, inspección, revisión, pesaje, hallazgo, incautación y allanamiento, entre otras⁽¹⁴⁾.

Sánchez Velarde indica que el artículo 325 del CPP de 2004 precisa la naturaleza de los actos de investigación y su utilidad en la fase de investigación preparatoria e intermedia pues, obviamente, permiten al juez tomar decisiones jurisdiccionales en dichas fases: medidas de coerción, apersonamientos, tutela de derechos, auto de sobreseimiento o de enjuiciamiento, por ejemplo. Por otro lado, para que configuren actos de prueba debe habilitarse su actuación en el juicio oral, comprendiéndose –como lo señala la ley– a la llamada prueba anticipada –que se actúa en la preparatoria o intermedia– y aquellas otras objetivas e irreproducibles –preconstituidas– que ingresadas al proceso, deben ser leídas y discutidas en el juicio⁽¹⁵⁾.

Por su parte, Neyra Flores señala que “el hecho que se admita la introducción de pruebas preconstituidas, por su irreproducción y su objetividad, no quiere decir que su incorporación para ser valorada no está sujeta a una posible contradicción del acta o documento, y que para su actuación no se necesite la autorización o ratificación del Juez de la Investigación Preparatoria, sino más bien que debe ser actuada respetando la legalidad y contando con la participación de las partes en su actuación”⁽¹⁶⁾.

De esa manera, se puede afirmar que la prueba preconstituida comprende a las actividades desplegadas por las agencias de persecución del delito como consecuencia de la noticia criminal; actuaciones que debido a su propia naturaleza no son pasibles de reproducción en el juzgamiento, debiendo resguardarse la fuente de prueba para que sea actuada como prueba documental en su momento en el juzgamiento; y, asimismo, actuaciones que no quedan al arbitrio de la autoridad

(14) SAN MARTÍN CASTRO, César. “Búsqueda de pruebas y restricción de derechos. Registros e intervenciones corporales”. Ponencia presentada para el Congreso Internacional de Derecho Procesal Penal organizado por la Universidad San Martín de Porres, Lima, 2005, p. 2.

(15) SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. Ob. cit., 2013, p. 315.

(16) NEYRA FLORES, José Antonio. *Manual del nuevo proceso penal & de litigación oral*. Idemsa, Lima, 2010, p. 620.

que se trate, sino que deberán ser efectuadas con arreglo a la normativa constitucional y legal aplicable.

Ahora bien, la importancia de conocer sobre prueba anticipada y preconstituida para la probanza del delito de violación sexual en agravio de menores de edad, radica en que no es pacífico si el acta de la entrevista única y el registro de dicha entrevista en medio audiovisual (ya sea en cámara Gesell o en sala acondicionada) deben configurarse a manera de prueba anticipada o prueba preconstituida.

Al respecto, la anterior guía de la entrevista precisaba que “en los lugares en donde se encuentre vigente el CPP, corresponde al Presidente de la Junta de Fiscales Superiores del distrito judicial respectivo, efectuar las coordinaciones con los operadores de justicia de otras instituciones –Poder Judicial, Ministerio de Justicia– a fin de **dotar al procedimiento de entrevista única el valor de prueba anticipada**, para lo cual realizará las acciones necesarias para que se cumplan las exigencias del debido proceso”.

En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia de la República señaló que:

“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: (...) 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 CPP de 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”⁽¹⁷⁾.

(17) Cfr. Acuerdo Plenario N° 1-2011/CJ-116, fundamento jurídico 38.

Asimismo, el artículo 242.1.d) del CPP de 2004, al regular los supuestos de **prueba anticipada**, señala:

“1. Durante las diligencias preliminares o una vez formalizada la investigación preparatoria, a solicitud del Fiscal o de los demás sujetos procesales, podrá instarse al Juez de la Investigación Preparatoria la actuación de una **prueba anticipada**, en los siguientes casos:

(...)

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

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

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

(...)”.

De esa manera, se aprecia una tendencia a comprender a las declaraciones de menores de edad víctimas de delitos sexuales como un supuesto de **prueba anticipada**.

Empero, doctrinariamente esta tendencia fue objetada. Así, Wong Abad indica lo siguiente:

“(...) Es evidente que resultará muy difícil, por no decir imposible, que un juez abandone su despacho para trasladarse a la División Médico-Legal, al menos dos veces por semana, a fin de llevar a cabo entrevistas únicas, que tardarán como mínimo dos horas, y en las que además deberá asumir la responsabilidad de su actuación con un personal que no se encuentra bajo su competencia. (...) Somos de la idea (...) que la salida será la de valorarlas como pruebas preconstituidas,

para lo cual deberá cumplirse con las garantías procesales previstas para los informes periciales y actas que contienen las declaraciones de testigos donde, por un motivo válido, resulta imposible sus presencias en el juicio y, asimismo, con el debido trámite de oralización establecido en el artículo 384 del CPP (...). Por lo tanto, la preocupación que sea considerada como prueba preconstituida una entrevista única debe centrarse por un lado en evitar la revictimización del menor víctima de abuso sexual y por otro, que su actuación haya respetado las garantías del debido proceso; solo así, su validez no será objeto de oposición al momento de su oralización”⁽¹⁸⁾.

Consideramos plausible la posición sostenida por Wong Abad. Aunado a lo que dicho autor propone, no debe olvidarse que la prueba anticipada requiere que se cumpla con las mismas garantías o principios que rigen el juzgamiento, entre las cuales destaca la posibilidad de contradictorio en la audiencia respectiva. Sin embargo, según las reglas que rigen la entrevista única, no es posible que la defensa técnica del investigado interroge al menor de edad, con lo cual no es viable la concreción del contradictorio.

Cualquier intento por viabilizar interpretativa o legislativamente a la entrevista única como un supuesto de prueba anticipada, terminaría desnaturalizando o afectando innecesariamente a esta institución jurídica.

La mejor opción es pues concebirla como **prueba preconstituida**. La imposibilidad de la defensa técnica de interrogar al menor en el momento de la entrevista es superada, en alguna medida, con la oportunidad que tiene de consignar en el acta correspondiente cualquier incidencia desfavorable a sus intereses que haya observado. Con ello, luego del ofrecimiento y consecuente admisión del acta como medio probatorio documental, en el juicio oral tendrá la oportunidad de hacer efectivo el contradictorio. Cabe añadir que el contradictorio también podrá hacerse efectivo a partir de la visualización en sede de juzgamiento de la entrevista única en cámara Gesell o en sala especialmente acondicionada; el registro audiovisual también debe ser ofrecido como prueba documental para el juicio oral durante la etapa intermedia.

(18) WONG ABAD, Juan Jesús. “La guía de procedimientos para la entrevista única y la no revictimización de los menores de edad víctimas de abuso sexual”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. N° 38, Gaceta Jurídica, Lima, agosto de 2012, pp. 284-290.

Actualmente, la Ley N° 30364 (Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar), del 23 de noviembre de 2015, en su artículo 19, se adhiere a esta tesis:

“Artículo 19. Declaración de la víctima y entrevista única

Cuando la víctima sea niña, niño, adolescente o mujer, su declaración debe practicarse bajo la técnica de entrevista única, la misma que **tiene la calidad de prueba preconstituida**. La declaración de la víctima mayor de edad, a criterio del fiscal, puede realizarse bajo la misma técnica.

El juez solo puede practicar una diligencia de declaración ampliatoria de la víctima, en los casos que requiera aclarar, complementar o precisar algún punto sobre su declaración”.

La misma posición es seguida por la Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 3963-2016-MP-FN, del 11 de setiembre de 2016, que aprobó la nueva “Guía del procedimiento de entrevista única a víctimas en el marco de la Ley N° 30364 para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar; y, a niños y adolescentes varones víctimas de violencia”.

1.3. Participación de menor de edad víctima de delito de violación sexual en inspección judicial o reconstrucción

El CPP de 2004 regula como medio de prueba a la inspección y reconstrucción judiciales. La primera “tiene por objeto comprobar las huellas y otros efectos materiales que el delito haya dejado en los lugares y cosas o en las personas” (artículo 192.2). En tanto que la reconstrucción del hecho “tiene por finalidad verificar si el delito se efectuó, o pudo acontecer, de acuerdo con las declaraciones y demás pruebas actuadas. No se obligará al imputado a intervenir en el acto, que deberá practicarse con la mayor reserva posible” (artículo 192.3). Ambas diligencias “son ordenadas por el juez o por el fiscal durante la investigación preparatorio” (artículo 192.1).

En lo que respecta a la participación de menores de edad víctimas de delito de violación sexual en dichas diligencia, se establece que “en los delitos contra la libertad sexual no se exigirá la concurrencia de los agraviados menores de edad, o de las víctimas que pueden ser afectadas psicológicamente con su participación” (artículo 194.3).

De esa manera, se aprecia que el legislador no ha sido imperativo en cuanto a prohibir la participación del menor en las diligencias de inspección o reconstrucción judicial, estableciéndola como facultad o potestad. Consideramos que aquí debió preverse la prohibición de la participación del menor en este tipo de diligencias en aras de neutralizar cualquier riesgo de revictimización o, en todo caso, que a pesar de la disponibilidad que muestra el menor o el apoderado de su participación en este tipo de diligencias, se practique previamente una evaluación psicológica al menor a efectos de determinar si resultará afectado por dicha participación.

1.4. Examen médico de menor de edad víctima del delito de violación sexual

En cuanto a la evaluación médica que corresponde practicar a un menor de edad víctima de agresión sexual, el artículo 199.2 del CPP de 2004 establece, de manera general, que “en caso de agresión sexual, el examen médico será practicado exclusivamente por el médico encargado del servicio con la asistencia, si fuera necesario de un profesional auxiliar. Solo se permitirá la presencia de otras personas previo consentimiento de la persona examinada”.

Al respecto, cabe precisar que “solo si fuera necesario, urgente o indispensable, se permitirá la asistencia de un asistente, enfermera, etc. La presencia de otras personas está prohibida, salvo que la víctima lo consienta, cuando es mayor de edad; si la víctima fuere menor de edad, el consentimiento lo realizará su padre o madre, el familiar más cercano o la persona que la tenga bajo su cuidado, siempre y cuando, esta no sea el propio procesado”⁽¹⁹⁾.

1.5. Generales de ley o imágenes de menor de edad víctima del delito de violación sexual en relación con la formación de la carpeta fiscal o del expediente judicial

El Capítulo VI (La formación del expediente fiscal y judicial) del Libro Segundo (La actividad procesal) del CPP de 2004, establece en su artículo 139 lo siguiente:

(19) GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino; CASTRO TRIGOSO, Hamilton y RABANAL PALACIOS, William. *El Código Procesal Penal. Comentarios descriptivos, explicativos y críticos*. Edición corregida y aumentada, Jurista Editores, Lima, 2010, p. 401.

“Artículo 139. Prohibición de publicación de la actuación procesal

1. Está prohibida la publicación de las actuaciones procesales realizadas cuando se está desarrollando la Investigación Preparatoria o la Etapa Intermedia. Asimismo, está prohibida la publicación, incluso parcial, de las actuaciones del juicio oral cuando se producen en los supuestos de privacidad de la audiencia.
2. Está prohibida la publicación de las generales de Ley y de imágenes de testigos o víctimas menores de edad, salvo que el Juez, en interés exclusivo del menor, permita la publicación.
3. Cuando los sujetos procesales y demás participantes en las actuaciones procesales infrinjan esta prohibición, el fiscal o el Juez, según el caso, están facultados a imponerles una multa y ordenar, de ser posible, el cese de la publicación indebida. Rige, en lo pertinente los artículos 110 y 111 del Código Procesal Civil”.

Como se puede advertir, se presenta una protección reforzada de información vinculada al menor que es víctima de cualquier delito, incluido el de violación sexual. “Se prohíbe la publicación de los datos personales y las imágenes de los testigos o víctimas menores de edad, en aras a la protección integral que se le reconocen, así como su derecho a la preservación de su identidad; prohibición que alcanza a la autoridad fiscal, policial y a las partes, salvo que el Juez lo autorice sustentándose en el interés exclusivo del menor (necesidad de ubicación o búsqueda, por ejemplo). Consecuentemente, se prohíbe la mención del nombre o la exposición de imágenes de menores que son víctimas (...) durante la investigación y etapa intermedia. (...) Es de estimarse que, aun cuando el juicio oral es público, debe preservarse la identidad de los menores de edad”⁽²⁰⁾.

1.6. Testimonio del menor de edad víctima del delito de violación sexual en sede de juzgamiento

El artículo 163 del CPP de 2004 regula como medio de prueba al testimonio. Se precisa que “toda persona citada como testigo tiene el

(20) SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. Ob. cit., 2013, p. 147.

deber de concurrir, salvo las excepciones legales correspondientes, y de responder con la verdad a las preguntas que se le hagan” (artículo 163.1). Como una modalidad de testimonio especial, el artículo 171.3 establece lo siguiente:

“Artículo 171. Testimonios especiales

(...)

3. 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”.

Como se puede observar, existe un tratamiento especial con los testimonios de menores de edad en general en sede de juzgamiento. Se desprende que antes de llevar a juicio al menor, debe preferirse que su testimonio se actúe bajo las reglas de la prueba anticipada. Otras reglas probatorias que se desprenden del dispositivo normativo indicado son las siguientes:

- El juez de oficio o a instancia de las partes está facultado para disponer la recepción del testimonio en privado y, consecuentemente, de restringir el principio de publicidad para proteger al menor de cualquier riesgo de afectación a su desarrollo por la exposición a la que sería sometido de no efectuar tal restricción.
- El juez debe tomar las medidas necesarias para salvaguardar la integridad emocional del menor, esto así haya decidido que el testimonio no sea recibido en sesión privada.
- El juez debe disponer que sea un perito psicólogo quien efectúe el interrogatorio propuesto por las partes y las preguntas aclaratorias a las que hubiere lugar.

Se ha cuestionado que “en estas reglas hay una contradicción lógica, porque si se parte del supuesto de que el agraviado es víctima

real, y hay que darle soporte emocional, ya se da por hecho de que le ha sucedido algo, entonces, solo queda probar quién es el responsable. ¿Y si la víctima no es realmente víctima? Por ello, esta regla debe adoptarse en casos muy específicos como de agravio sexual. En otras clases de víctimas, hay que ser muy cuidadosos”⁽²¹⁾.

A ello cabe responder que, por lo menos, en cuanto a los menores de edad que relatan haber sido agredidos sexualmente, es un hecho que algo anómalo les ha sucedido o viene sucediendo: o bien han sido víctimas de la agresión sexual que afirman, o bien de una tendenciosa y deplorable manipulación. En ambos supuestos, o en otro de semejante naturaleza que se presente, el menor tiene la calidad de víctima y, como tal, se encuentra justificado el soporte emocional que se le debe brindar y demás tratos procesales especiales.

2. La pericia médico-legal en el delito de violación sexual en agravio de menor de edad

Vargas Alvarado, al desarrollar el tema aspectos médicos legales de la violación sexual, citando al juez estadounidense Hale, señala lo siguiente: “La violación es muchas veces una acusación fácil de hacer, difícil de probar y más difícil de defender por la parte acusada”⁽²²⁾. De ahí que Vargas Alvarado explique:

“La prueba es indispensable para fundamentar la denuncia de la persona agraviada, siendo los objetivos de la pericia médica: a) el diagnóstico de violación, b) el diagnóstico de la manera en que fue realizado el hecho delictivo y c) el diagnóstico de vinculación del agresor. Debiéndose realizar para el cumplimiento de dichos objetivos: el examen de la agraviada o del agraviado, el examen del agresor y el examen de la escena del delito”⁽²³⁾.

En nuestro país, las instituciones que actualmente realizan las pericias médico-legales son el Ministerio Público, a través del Instituto de Medicina Legal, y la Policía Nacional, a través de la Dirección de Criminalística, División de Laboratorio Central en los Departamentos de

(21) ARBULÚ MARTÍNEZ, Víctor Jimmy. *La investigación preparatoria en el nuevo proceso penal*. Pacífico, Lima, 2014, p. 326.

(22) VARGAS ALVARADO, Eduardo. *Medicina Forense y Deontología*. Trillas, México D.F., 1991.

(23) Ídem.

Medicina Forense (en el Área de Antropología Forense, si el caso requiere el reconocimiento de víctimas, por ejemplo, víctimas que luego de la violación han sido quemadas y requieren reconstrucción facial y corporal para su identificación, claro está en coordinación con el Departamento de Biología Forense), Psicología Forense, Biología forense y otros.

2.1. Examen del menor agraviado

El examen que se le realiza a la víctima (de sexo femenino o masculino) está constituido por un examen general y preferencial tendiente a determinar las lesiones generadas por este tipo de delitos. Para realizar el examen se debe contar con lo siguiente:

- Oficio solicitando examen físico específico para este tipo de delitos, remitido por organismos y dependencias la Policía Nacional, Ministerio Público, Poder Judicial y Fuero Privativo⁽²⁴⁾.
- Consentimiento informado de la víctima o de su representante.
- Presencia de un testigo durante la realización del examen.

Al respecto, Caro Coria señala: “El examen médico-legal es, en rigor, una pericia y, como tal, destinada al esclarecimiento de los hechos. Esta pericia, como se sabe, tiende a establecer el perjuicio sexual de la víctima e importa la revisión de esfínteres y de lesiones sufridas por la víctima”⁽²⁵⁾.

Frente a la negativa de la víctima a dar su consentimiento para el examen; se realiza el análisis de su procedencia desde la perspectiva del principio de proporcionalidad.

El examen pericial a cargo de un profesional médico, acompañado de un auxiliar, deja abierta la posibilidad para que pueda firmar un perito médico y un perito licenciado en obstetricia, tal como lo realiza el Departamento de Medicina Forense de la División de Laboratorio Central de Criminalística de la PNP (el nombramiento de peritos está condicionado a que “sea necesario conocer y apreciar algún hecho que requiere conocimientos especiales”).

(24) Manual de Organización y Funciones del Departamento de Medicina Forense.

(25) CARO CORIA, Dino Carlos y SAN MARTÍN CASTRO, César. *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Aspectos penales y procesales*. Grijley, Lima, 2000, p. 259.

La exclusión de asistencia de terceros solo se justifica si aquellos son extraños a las partes y al órgano jurisdiccional. Pero no cabe excluir, según Caro Coria, la presencia de un consultor técnico o perito de parte designado por el imputado, dado que lo contrario significaría limitar el derecho al contradictorio y tolerar una indefensión material en perjuicio del imputado al verse privado de poder refutar, de ser el caso, la viabilidad técnica de los exámenes realizados por el perito oficial.

2.1.1. Interrogatorio

Se realiza para determinar lo siguiente:

- Cuándo ocurrió el hecho: la fecha y hora exacta.
- Cómo se llevó a cabo el hecho: la manera en que fue llevada la víctima a la escena, la característica de la relación sexual (vaginal o anal, ambas sucesivamente; si fue obligada a coito oral, a masturbar al agresor o a adoptar posiciones sexuales especiales o sometida o *cunilinguis*, etc.); si fue amenazada con armas u otra forma de intimidación, golpeada o atada; si se le suministró alguna bebida, inyección o comprimido, etc.
- El lugar del hecho: hotel, casa, vía pública, parque, edificio, automóvil, etc.
- Quiénes son los agresores: conocidos o desconocidos; relación con la víctima (ascendiente, descendiente, colateral, novio, ex-novio, etc.).

2.1.2. Inspección

En la inspección se determina lo siguiente:

- Actitud de la víctima: angustiada, desinhibida, indiferente, agresiva, mutismo, indignada, etc.
- Si acude acompañada de personas y cuántas, su actitud previa al examen, desorden u orden de los cabellos, maquillaje, tipo de ropa, ropa limpia o sucia, desgarrada, lesiones visibles, etc.⁽²⁶⁾.

2.1.3. Examen de lesiones

El médico legista considera tres áreas:

(26) RIVAS SOUZA, Mario. *Medicina Forense*. 2ª edición, Cuéllar, México D.F., 2001, p. 198.

- El área genital.- Comprende los genitales externos, la región anorrectal y la zona triangular entre ambos, llamada periné.
- El área paragenital.- Está representada por la superficie interna de los muslos, las nalgas y la parte baja de la pared anterior del abdomen.
- El área extragenital.- Es la porción restante de la superficie del cuerpo. Interesa sobre todo las mamas, el cuello, las muñecas y los tobillos.

2.1.3.1. Examen genital en niñas víctimas de violación

La violación de niñas siempre causa lesiones y estas son mayores mientras menor edad tenga la víctima, siendo las lesiones en niñas menores de 6 años las más grotescas, que inclusive pueden causar la muerte, debido a que es imposible el acceso carnal a tan corta edad por el poco desarrollo de los genitales externos e internos. Al respecto, Rivas Souza señala lo siguiente:

“Antes de los seis años el acceso carnal es imposible y de 6 a 11 años la desfloración causa lesiones graves, como desgarros de la horquilla, del tabique recto-vaginal, etc. Las violaciones sin violencia, con consentimiento y participación infantil, que suelen ser violaciones progresivas, pueden no ocasionar lesiones. En este sentido hay que tener en cuenta la pubertad precoz, hecho que se acompaña de mayor desarrollo de los genitales internos y externos. Fuera de esta circunstancia se puede apreciar a menor edad, mayores daños”⁽²⁷⁾.

2.1.3.2. Examen genital de mujeres que antes del hecho delictivo no habían sido desfloradas

En mujeres con pubertad precoz o mayores de catorce años, cuyos genitales internos y externos tienen mayor desarrollo, que hace posible el acceso carnal, la principal prueba médico-legal de violación es la desfloración; que no se produce en casos de himen dilatado o himen dilatado (cuando el pene es pequeño).

(27) *Ibíd.*, p. 205.

Al respecto, Ángel Patitó señala: “Al observarse que se atravesó el himen, se estará en presencia del principal elemento médico-legal y jurídico del delito de violación en la mujer que antes del hecho no había sido desflorada, o sea que se está en condiciones de decir que en esa circunstancia hubo acceso carnal”⁽²⁸⁾. Entendiéndose por desfloración “la ruptura de la membrana himeneal exclusivamente con el pene”⁽²⁹⁾. Cuando la ruptura del himen es producida por otra causa, el médico legista debe especificarla.

La desfloración inmediata se presenta al examen en estado de herida, es decir, con solución de continuidad y cuando está sangrante. Este periodo dura aproximadamente un máximo de tres días. Una desfloración mediata está ya cicatrizada, es decir, ya están completadas todas las etapas de cicatrización. El tiempo que tarda en organizarse el tejido fibroso es en término medio de 7 a 10 días. Una ruptura reciente significa de data menor de diez días y una antigua mayor de diez días

Si para el diagnóstico de ruptura reciente fuese necesario establecer con mayor precisión el número de días, podría realizar la biopsia del himen, que consiste en tomar una pequeña tira del labio de ruptura para su estudio microscópico. “Una vez efectuada la rotura del himen por desfloración, sus lóbulos, es decir, los restos entre los desgarros se denominan curúnculas himeneales y, luego de partos o dilataciones mecánicas, curúnculas mirtiformes”⁽³⁰⁾.

2.1.3.2.1. Diagnóstico de ruptura

La ubicación de una ruptura del himen se efectúa de acuerdo con el cuadrante del reloj. Así, una ruptura sobre el eje vertical se dice que está a las seis o a las doce, según ocupe el extremo inferior o superior de dicho eje. En el himen anular, las rupturas pueden estar a las 2, 5, 7 y 10. En el himen semilunar, a las 4 y 8; en el himen labiado, a las 6 y 12. La localización más frecuente de ruptura en los tipos de hímenes anular y semilunar se da entre las 4 y las 5 del cuadrante horario.

La verdadera ruptura de himen debe llegar hasta el borde de inserción. Si es reciente, sus labios muestran signos de inflamación aguda,

(28) ANGEL PATITÓ, José. *Medicina Legal*. 2ª edición, Centro Norte, Buenos Aires, 2001, p. 325.

(29) RIVAS SOUZA, Mario. Ob. cit., p. 205.

(30) Ídem.

es decir, están sangrantes o enrojecidos, tumefactos o hinchados, algo calientes y dolorosos. Si la ruptura es antigua, los labios se encuentran cubiertos por tejido de cicatriz.

2.1.3.2.2. Diagnóstico diferencial con escotadura congénita

Puede suscitarse la necesidad de establecer esta distinción en el caso de ruptura antigua. La diferencia fundamental reside en que la ruptura está revestida por tejido de cicatriz, mientras la escotadura congénita lo está de epitelio pavimentoso estratificado como el resto de la membrana.

Diagnóstico diferencial

Escotadura congénita	Desgarro
Incompleta	Completo
Bordes regulares	Bordes irregulares
Simétricas	Asimétricas
Bordes recubiertos por epitelio pavimentoso	Bordes constituidos por tejido fibroso y retraídos

2.1.3.2.3. Elasticidad del orificio

Desde este punto de vista, un himen íntegro puede ser dilatado o dilatado. Este último también se conoce como himen complaciente.

- **Himen dilatado.**- El orificio se presenta anormalmente grande y tiene bordes flácidos. Esta condición puede ser congénita o adquirida. En su modalidad adquirida se debe a maniobras repetidas de dilatación progresiva, por onanismo, por coitos de penetración incompleta o por pene de dimensiones modestas.
- **Himen dilatado.**- El orificio se presenta de diámetro usual, pero se distiende al paso de dos dedos del examinador, para volver a su tamaño habitual una vez retirados. Su elasticidad se debe a un mayor contenido de fibras elásticas, de manera que permite el acceso carnal sin romperse.

2.1.3.3. Examen genital de mujeres que antes del hecho delictivo ya habían sido desfloradas

Los signos de violación y lesiones que se encuentran son principalmente extragenitales. Los signos genitales se reducen tan solo a las

consecuencias de maniobras digitales y ungueales; pero si el examen es hecho de inmediato, la vulva y la vagina se presentan con congestión y rubicunda.

2.1.3.4. Examen médico legal de la vía anal

En este examen se establece: a) el aspecto de los pliegues radiados; b) la tonicidad del esfínter anal, y c) los diagnósticos de rupturas o desgarros.

- a) **Aspectos de los pliegues radiados.**- Se verifica si están conservados o borrados y también si el ano tiene forma de embudo.
- b) **Tonicidad del esfínter anal.**- La consistencia del anillo muscular que cierra el recto se aprecia mediante el tacto rectal. Puede estar conservada o disminuida. En este último caso, se habla a veces de hipotonía del esfínter. Esta condición puede ser de naturaleza congénita o de carácter adquirido. Entre estas últimas causas se cita el coito anal habitual (Thoinot) y la introducción frecuente de cuerpos extraños en prácticas sexuales solitarias. Los coitos anales crónicos presentan dilatación del esfínter por abertura de los pliegues radiados, llegando a borrarse en forma parcial o total, si es total puede existir pérdida parcial o total de heces fecales. Probablemente no se observe eritema o equimosis, pero siempre hay que descartar problemas neurológicos de nervios del área anatómica.
- c) **Diagnóstico de ruptura.**- El coito por vía anorrectal no consentido determina, en todos los casos sin excepción, lesiones de mayor o menor jerarquía. En caso de violación anorrectal es posible determinar si se trata de una relación que no contó con el consentimiento de la víctima, debido a que es completamente distinto el resultado del coito por esta vía del que se logra por vía anterior o vaginal en casos de violación.

La penetración contra la voluntad del accedido, provoca la contracción esfinteriana, que en forma intensa se resiste, oponiéndose al acceso, el cual solo se logra si se provocan lesiones que van desde simples escoriaciones o equimosis, hasta desgarros de pequeña o gran magnitud, como el de hora seis, de forma triangular, con base en el margen anal vértice en el periné, el llamado signo de Wilson Johnston.

También se puede encontrar lo que se denomina parálisis antológica esfinteriana. Se trata de una dilatación del esfínter, que puede tener un diámetro de 1,2 hasta 2,5 cm., que se evidencia frecuentemente provocada por el intenso dolor originado por las lesiones existentes.

Hofman, citado por Rivas Sousa, señala lo siguiente: “Los signos de una distensión violenta del orificio del ano son principalmente excoriaciones, roturas de la mucosa y aun lesiones más profundas, como síntomas secundarios de irritación. Estos signos se encuentran con tanta facilidad cuando más brutal haya sido el coito y por consiguiente cuanto mayor haya sido la desproporción entre las dimensiones del pene y el diámetro del orificio anal, sobre todo en los niños de poca edad”.

En el niño cuanto más corta es su edad mayores son las lesiones. Dichas lesiones traumáticas van desde la rubicundez y desgarros de la región del esfínter, que son más o menos numerosos y profundos, hasta la deformación infundibuliforme del ano. Los atentados agudos pueden determinar la retracción hacia arriba del ano, formándose una especie de infundíbulo (infundíbulo anal).

Asimismo, López Gómez y Gisbert Clabuig señalan lo siguiente:

“En los casos en que la introducción del pene en el conducto retroanal y más concretamente, a través del orificio anal, haya sido brusca y acompañada de violencia, se producirán lesiones resultantes de la forzada distensión del ano, que asumen la forma de excoriaciones, laceraciones, desgarros o grietas de la mucosa de los pliegues radiados de la piel. Otros trastornos son el escozor, dolor o malestar que notan las víctimas al andar y sobre todo durante la defecación. Estas lesiones evolucionan por lo general en un plazo breve, ordinariamente menor de cinco días; si las lesiones han sido más extensas y las condiciones locales y generales de la víctima desfavorables, se necesitan plazos mayores, que en los casos extremos puede llegar a diez o quince días”.

Las lesiones, de forma análoga al himen se localizan de acuerdo con cuadrantes del reloj, en la posición de examen del paciente, suelen estar localizadas a las 11 y a la 1. Cuando son de pequeñas dimensiones se les denomina fisuras. En cambio, en algunos casos, especialmente en niños, pueden extenderse a través del periné y de la pared rectal.

2.1.3.5. Examen médico legal del área paragenital

En el área paragenital son frecuentes las equimosis y los estigmas ungueales en la cara interna de los muslos, producidos por las manos del agresor al tratar de vencer la resistencia de la víctima; asimismo, escoriaciones y a veces pequeñas heridas punzantes en las nalgas debidos a cuerpos extraños de la superficie sobre la cual la víctima ha sido acostada.

2.1.3.6. Examen médico legal del área extragenital

En el área extragenital se pueden presentar sugilaciones, estigmas ungueales y esquimosis por pulpejos en el cuello; sugilaciones y marcas de dientes en las mamas; equimosis ocasionadas por presión de ataduras o de manos del agresor, en el nivel de muñecas y tobillos. Asimismo, marcas de venopunción, que indican el uso de fármacos con fines de placer o de vencer la resistencia o a tentativas suicidas.

2.1.4. Muestras para laboratorio

Las muestras para laboratorio tienen los siguientes objetivos:

- a) Establecer penetración del pene del agresor: Un importante indicio de penetración es la presencia de semen o de líquido prostático en vagina, en recto o en la boca. En los individuos azoopérmicos se determina la enzima fosfoglucomutasa o sustancias como las prostaglandinas del semen. La fosfatasa ácida de origen prostático, puede ser positiva en la vagina hasta por espacio de treinta y seis horas, y en manchas secas en tela hasta por tres años. Los espermatozoides pueden conservar su motilidad en la vagina durante cuatro a seis horas, y en conducto cervical hasta diecisiete días. En ropas ha sido posible reconocer espermatozoides inmóviles hasta un año después.
- b) Establecer grupos sanguíneos de víctima y agresor: La toma de muestras de sangre y saliva de la víctima, tienen por objetivo establecer si hay tipo secretor; de este modo, toda mancha que muestre grupos diferentes corresponderá al agresor o agresores.
- c) Establecer la administración de tóxicos a la víctima: Los exámenes toxicológicos determinan la ingesta de alcohol, psicotrópicos y estupefacientes como la cocaína. En caso necesario

sugerido por el interrogatorio y el examen físico, se realiza análisis para anestésicos, por lo común inhalables.

- d) Establecer las enfermedades de transmisión sexual preexistentes en la víctima y embarazo preexistente a la agresión: Los análisis bacteriológicos para enfermedades de transmisión sexual y las pruebas de embarazo tienen la finalidad de aclarar responsabilidades. Si en el examen realizado poco después del hecho resultan negativos, su positividad posterior permite correlacionarlas con el hecho mediante la cronología. Así, la aparición de gonorrea dentro de la semana siguiente; sífilis dentro de las tres semanas posteriores; embarazo positiva a partir de un mes, pueden atribuirse a la violación.
- e) Determinar la presencia de fibras y pelos para identificar el lugar del hecho y el agresor: Las fibras y pelos se buscan en ropas, cabellos, piel, vagina y recto.

La siguiente resolución ilustra la importancia de la pericia médico-legal, en la cual, a través de un indicio, en este caso la presencia de vellos pubianos del encausado en la región anal de las víctimas, corroborado mediante pericia biológica, fue suficiente para deducir de la violación sexual sufrida por las menores el desenlace de muerte:

“(...) el resultado del dictamen pericial de biología forense (...) establece que los caracteres de los vellos pubianos del encausado N.G.M. son de similitud homóloga con el vello encontrado en la región anal de una de las víctimas, es así, que conforme a las circunstancias en que se produjeron los hechos y lo establecido en los protocolos de autopsia, en el sentido que no hay seguridad plena respecto de las causas de las muertes de las niñas, es razonable deducir que dichas muertes hayan sido producto de la violación sexual a que han sido sometidas las impúberes, lo cual resulta coherente al conocerse por medio de la ciencia médica que en el caso de las niñas menores de doce años no existe el suficiente desarrollo de los órganos genitales externos y de la vagina, además de haber una enorme desproporción entre ellos y el miembro viril, pues al tratar de introducirlo dentro de la vagina, violenta todos los tejidos y no solo rompe el himen brutalmente, sino que hace lo mismo con la horquilla vulvar (...) produciendo amplios

desgarramientos (...) llegando en algunos casos a romper el tabique recto-vaginal, estableciéndose comunicación entre estas dos cavidades sépticas, recto y vagina que irremediablemente producirá la muerte de la víctima” (Dictamen N° 3447-97 1FSP-MP)⁽³¹⁾.

2.1.5. La pericia psicológica

La psicología es aquella ciencia que estudia el comportamiento humano, la estructura de la personalidad, las redes del soporte social en los que la persona delinea su imagen individual y colectiva.

Siendo esto así, la pericia psicológica ha de ser la evaluación que lleva a cabo el psicólogo sobre las características de la personalidad y el estado de salud mental, cuyo resultado evidentemente establecerá la comisión psíquica y de personalidad de una persona implicada en la comisión de un hecho delictuoso. El examen comprenderá la explotación psíquica mediante una historia completa y la aplicación de tesis psicométricas. Esta pericia podría solicitarse en los siguientes casos:

- Para descartar psicopatologías de la personalidad.
- Para el diagnóstico o desempeño de los roles de parentesco (padre, madre o sustitutos de tutela, régimen de visitas, peligro moral o abandono).
- Cuando el especialista médico o psiquiatra requiere apoyo en las pruebas de inteligencia y personalidad.
- En aquellos casos de delitos contra la libertad sexual, sobre todo cuando la agraviada es menor de edad, con el fin de determinar los daños como consecuencia del delito del que ha sido víctima⁽³²⁾.

Esta evaluación, tratándose de menores, se realizará por especialistas, que en este caso serán psicólogos del Instituto de Medicina Legal, de los establecimientos de salud del Estado o de los centros de salud autorizados. La pericia psicológica comprende dos ámbitos: i) la presencia de algún desajuste emocional y de traumas que el testigo víctima ha podido sufrir como consecuencia del ataque de que fue objeto,

(31) DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Discriminación sexual y aplicación de la ley*. Lima, 2000, p. 83.

(32) DE LA CRUZ ESPEJO, Marco. *Derecho Procesal Penal*. Volumen I, Fecat, Lima, 2001, p. 384.

en suma, de su estado de salud psicológicas; y, ii) la apreciación psicológica del testimonio en cuanto la víctima es un testigo presencial del delito, a fin de ayudar al tribunal a valorar adecuadamente la información que aquella proporciona: interesa que el testimonio sea verdadero y no únicamente sincero subjetivamente.

Caro Coria, citando a Diges Junco y Alonso-Quecuty, expone que la psicología forense experimental ha recibido aportes de investigaciones que permiten detectar las posibilidades fuentes de error que pueden influir en los testigos honestos, reduciendo la exactitud de sus declaraciones e identificaciones, así como determinar el valor real de los índices de detección de mentiras para descubrir falsedades en las declaraciones de testigos deshonestos, recibiendo especial atención los niños víctimas de abusos sexuales; por tanto, hoy la psicología dispone de procedimientos fiables que permiten evaluar no solo la madurez cognitiva de los testigos infantiles, sino también en qué medida lo que exponen en su testimonio es real o no, para lo cual está la figura del psicólogo forense experimental⁽³³⁾.

2.2. Examen del agresor

Se realiza para determinar los siguientes aspectos:

- Capacidad de erección.
- Fuerza física para vencer a la víctima.
- Signos de coito reciente.
- Signos de coito reciente efectuado con violencia.
- Signos que lo vinculen con el delito investigado.

Para ello es necesario el examen físico; las muestras para laboratorio y la evaluación psicopatológica.

2.2.1. Examen físico

- a) Signos generales.- Se trata de establecer la posibilidad de que el sospechoso sea el autor de la violación. Dichos signos son el tipo constitucional, talla, peso, desarrollo musculoesquelético

(33) CARO CORIA, Dino y SAN MARTÍN CASTRO, César. Ob. cit., p. 268.

y desarrollo genital. Su actitud, faces y gesto contribuyen a esta impresión.

- b) Además, el examen de las ropas y de la superficie corporal puede proporcionar indicios como fibras, manchas y pelos que lo vinculen con el hecho.
- c) Signos especiales.- Ayudan a determinar elementos propios de la posible condición del sospechoso como autor de este delito específico. Esto implica el examen de las tres áreas ya mencionadas en ocasión del estudio de la víctima: área genital, área paragenital y área extragenital.
- d) Examen médico-legal del área genital.- En el glande y el surco balanoprepucial, se buscan lesiones o cuerpos extraños.

2.2.2. Muestras para laboratorio

Las muestras que se suministran al laboratorio tienen por objeto establecer signos de coito reciente, grupos sanguíneos de la víctima y del presunto violador, enfermedades de transmisión sexual preexistentes, tóxicos, fibras y pelos correspondientes a la víctima y al lugar del hecho.

Un signo de coito reciente es la identificación del corpúsculo de Barr, como característica femenina de células obtenidas mediante el lavado del pene con solución salina, en el nivel del surco balanoprepucial (Given, 1976). Otros elementos son manchas de sangre y secreciones vaginales que hayan quedado en el área genital, en el área paragenital y en las ropas del sospechoso.

En ocasiones conviene aclarar si el sospechoso es azoospermico, para lo cual se efectúa el análisis de una muestra de semen tomada tres días más tarde.

Al igual que en la víctima, al acusado se le deben tomar muestras de sangre y de saliva para establecer el grupo sanguíneo y la posibilidad de que sea tipo secretor. Esta última característica debe verificarse también en el semen.

Al laboratorio toxicológico se le suministrarán muestras de sangre y orina para investigar alcohol, psicotrópicos y estupefacientes. También se envía sangre para análisis serológicos y bacteriológicos, con el objeto

de investigar sífilis y virus del síndrome inmunodeficiencia adquirida (sida). Para benorragia se suministrará secreción uretral. En el vello pubiano, los cabellos y las ropas se buscarán pelos de la víctima y fibras que correspondan a la escena del hecho.

2.2.3. Examen de la escena del delito

La investigación de la escena del hecho tiene como objetivos recolectar indicios para lo siguiente:

- Confirmar la comisión del delito.
- Determinar la forma en que fue realizado.
- Establecer la vinculación del acusado con el hecho.

Al igual que en otras escenas de delitos se establecerán:

- **Signos generales.**- Orden, desorden; ubicación probable de los protagonistas; posibilidad de que los gritos de auxilio de la víctima pudieran haber sido escuchados por terceros, etc.
- **Signos especiales.**- Manchas de semen, sangre y saliva en sábanas, suelo, césped o plantas; presencia de pelos y trozos de ropas; preservativos, etc.

Las muestras pueden ser criminalísticas, inmunohemotológicas, bacteriológicas y toxicológicas.

3. Valoración judicial de la prueba en el delito de violación sexual en agravio de menores de edad

Mediante la valoración de la prueba, el juez depura los resultados obtenidos con la práctica de los diferentes medios de prueba, interrelacionando unos con otros para llegar finalmente a formar su convencimiento⁽³⁴⁾. En relación con el delito de violación sexual en agravio de menores de edad, son fundamentalmente dos los hechos a ser probados: i) el acceso carnal de la persona mayor de edad con la víctima; y ii) la edad de la víctima, la cual debe ser inferior a 14 años. Desde esa perspectiva, podría caerse en cuenta de que la prueba y, consecuentemente, su valoración no revisten mayor problemática.

(34) CUBAS VILLANUEVA, Víctor. Ob. cit., p. 274.

No obstante, lo cierto es que en líneas generales los delitos sexuales son cometidos en la clandestinidad, por lo cual no existe otro medio probatorio que la versión del agraviado⁽³⁵⁾; con lo cual la intrascendencia de la problemática respecto a la valoración de la prueba en los delitos de violación sexual en agravio de menores de edad debe desestimarse de plano.

Si todo delito sexual ya de por sí acarrea dificultades a nivel de valoración probatoria, las mismas se agudizan al tratarse de víctimas que no llegan a los 14 años de edad, en tanto que, por dicha circunstancia etaria, son susceptibles de manipulación, pueden incurrir en narraciones incoherentes de hechos, pueden ser revictimizados con graves secuelas para sus desarrollos personales si son tratados procesalmente como cualquier persona, etc.

A nivel jurisprudencial es pacífica la consideración de que la sindicación de la víctima menor de edad de un delito de violación sexual es capaz de desvirtuar presunción de inocencia de un acusado por tal delito; no obstante, para ello debe cumplirse con determinadas condiciones, como la existencia de prueba periférica. De manera que, con base en la sana crítica, es posible que una sentencia condenatoria por delito de violación sexual en agravio de menor de edad se funde, en lo que respecta a testimonios, solo en la sindicación directa del menor de edad agraviado, sin más testigos del hecho.

3.1. Valoración judicial-probatoria de la declaración de la víctima en los delitos de violación sexual en agravio de menores de edad

El problema que se presenta ante un caso de delito de violación sexual en agravio de menor de edad u otro delito sexual, en el cual, no hay más testigos que la propia víctima del delito, que efectúa una determinada sindicación directa, ha sido abordado por el Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116⁽³⁶⁾, el cual, en su fundamento jurídico 10 precisa lo siguiente:

(35) Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. N° 2800-2013-Lima, de fecha 31 de marzo de 2014, emitida por la Sala Penal Transitoria, ponente: Dr. Salas Arenas, fundamento 3.2.

(36) Debe advertirse que dicho Acuerdo Plenario no es de aplicación exclusiva para delitos sexuales.

“10. Tratándose de las declaraciones de un agraviado, aun cuando sea el único testigo de los hechos, al no regir el antiguo principio jurídico *testis unus testis nullus*, tiene entidad para ser considerada prueba válida de cargo y, por ende, virtualidad procesal para enervar la presunción de inocencia del imputado, siempre y cuando no se adviertan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones. Las garantías de certeza serían las siguientes:

- a) Ausencia de incredibilidad subjetiva. Es decir, que no existan relaciones entre agraviado e imputado basadas en el odio, resentimientos, enemistad u otras que puedan incidir en la parcialidad de la deposición, que por ende le nieguen aptitud para generar certeza.
- b) Verosimilitud, que no solo incide en la coherencia y solidez de la propia declaración, sino que debe estar rodeada de ciertas corroboraciones periféricas, de carácter objetivo que le doten de aptitud probatoria.
- c) Persistencia en la incriminación, con las matizaciones que se señalan en el literal c) del párrafo anterior”.

A efectos de una interpretación cabal del fundamento jurídico citado, se debe señalar que el literal c) indica lo siguiente: “Asimismo, debe observarse la coherencia y solidez del relato del coimputado; y, de ser el caso, aunque sin el carácter de una regla que no admita matizaciones, la persistencia de sus afirmaciones en el curso del proceso. **El cambio de versión del coimputado no necesariamente la inhabilita para su apreciación judicial, y en la medida en que el conjunto de las declaraciones del mismo coimputado se hayan sometido a debate y análisis, el juzgador puede optar por la que considere adecuada**”.

Como se observa, se exige que la sindicación del agraviado cumpla con ser carente de incredibilidad subjetiva, y ser verosímil y persistente, para desvirtuar la presunción de inocencia.

En cuanto a la persistencia, si se parte de la premisa de que la persistencia del relato implica que la sindicación se haga efectiva en todas las etapas del proceso, se deberá concluir categóricamente que de no presentarse el agraviado a declarar en alguna de las etapas del proceso

o de cambiar su versión, esto es, de incriminar a exculpar o viceversa, su declaración no podrá desvirtuar la presunción de inocencia del acusado.

No obstante, siendo cierto que del Acuerdo Plenario referido se desprende también que el cambio de versión del agraviado no necesariamente inhabilita el relato sindicador de su apreciación judicial, y dado el cumplimiento de ciertas garantías, el juzgador puede optar por la declaración que considere adecuada. No puede descartarse a priori que una sola declaración sindicadora de una menor edad ante el fiscal de familia pueda servir de sustento de una sentencia condenatoria, sin importar si persistió en el resto de etapas del proceso.

Se exige que, de haber cambio de versión del agraviado, este se haga efectivo en el proceso, esto es, que haya como mínimo dos declaraciones contradictorias del menor con relación al presunto autor del delito de violación en su agravio. Únicamente en dicha circunstancia, el juzgador se encuentra permitido de fundar una sentencia condenatoria en uno u otro relato, con tal de que la sindicación haya sido prevenida del cumplimiento de ciertas garantías. Solo de esa manera podrá haber un conjunto de declaraciones o relatos a partir de los cuales el juez podrá optar por el que considere más adecuado; de esa manera, se cumpliría con la garantía de la inmediación y se podría desvirtuar legítimamente la presunción de inocencia.

Así también se ha interpretado en España: "(...) en el caso de que en el acto del juicio oral un testigo o un imputado (...) modifique o se retracte de anteriores manifestaciones, se le podrá leer la declaración sumarial invitándole a que explique la diferencia o contradicción que se observe con la practicada en el juicio oral. Es este interrogatorio subsiguiente a la lectura de las anteriores declaraciones, realizado en presencia y con el protagonismo de las partes, el que hemos considerado que satisface las exigencias de contradicción precisas para desvirtuar la presunción de inocencia, de manera que, en tales casos, el órgano judicial, podrá fundar la condena en una u otra versión de los hechos optando por la que, a su juicio, tenga mayor credibilidad (SSTC 82/1988 de 28 de abril; 51/1990 de 26 de marzo; 161/1990 de 19 de octubre; 51/1995 de 23 de febrero; 182/1995 de 11 de diciembre; 153/1997 de 29 de septiembre; y 49/1998 de 2 de marzo). Dicho de otro modo, si se cumplen las exigencias reseñadas, el

órgano sentenciador se encuentra ante pruebas válidas, y puede dar credibilidad a uno u otro testimonio y fundar sobre él la condena, ya que la defensa puede impugnar su contenido haciendo a su respecto las alegaciones que tenga por oportunas (SSTC 150/1987 de 1 de octubre, f. j. 2; 137/1988 de 7 de julio, f. j. 3; 93/1994, de 21 de marzo, f. j. 4; 14/2001 de 29 de enero, f. j. 7; 174/2001 de 26 de julio, f. j. 7; 2/2002 de 14 de enero, f. j. 6; 57/2002 de 11 de marzo, f. j. 3; y Sentencia del Tribunal Supremo Español 1753/2014 de 28 de abril de 2014, considerando segundo)”.

Un problema mayor en la apreciación probatoria de la sindicación de un menor víctima de violación sexual, en lo que respecta a la persistencia en la incriminación, se presenta cuando solo se efectúa la sindicación en un momento del proceso, no sabiéndose más del presunto menor agraviado el resto del proceso, como sería el caso del menor que únicamente efectúa la sindicación ante el fiscal de familia, dejando de concurrir luego a otras diligencias que se programen.

Una adecuada solución a este problema es flexibilizar las exigencias del Acuerdo Plenario citado en casos de delitos sexuales en perjuicio de menores de edad, prescindiendo de la persistencia en la incriminación, en tanto que esta sea entendida como narración de los hechos que se incriminan al agresor durante la secuela del proceso; valorando así la única sindicación del menor efectuada ante el fiscal de familia con el cumplimiento de las garantías respectivas; sindicación que a la postre sí podría servir como base de una sentencia condenatoria.

De esta manera, se estaría salvaguardando los cuidados especiales en el tratamiento que todo menor merece por encontrarse en primigenio desarrollo; cumpliendo con el principio del interés superior del niño. Dicho proceder sería aún más legítimo y hasta exigible en los casos en que el menor haya efectuado la sindicación en entrevista única en cámara Gesell o en sala especialmente acondicionada. En todo caso, la persistencia en la incriminación puede advertirse de las referencias que el menor ha brindado del hecho concreto a sus familiares u otras personas, como su profesor de colegio; o también de lo que se consigna sobre el hecho en la pericia médica psicológica que se le haya practicado.

Por otro lado, en cuanto a la verosimilitud, esta se encuentra anexa a lo circunstanciado del relato de la víctima, es un ingrediente básico de

la credibilidad de su testimonio. Begué Lezaún acota que la versión del agraviado aparece integrada por una serie de datos que, en su caso, apoyarían el relato incriminatorio a valorar, de suerte que las pericias médicas consistentes en el estudio de las secuelas que la víctima puede tener (hematomas, desgarros, etc.), poseen una importancia manifiesta, como puede comprenderse, en aquellos supuestos en que tales elementos sean habidos⁽³⁷⁾.

En los casos de testigos-víctimas únicos, debe analizarse al máximo su declaración, sin perjuicio de que se procure incorporar todo indicio objetivo y subjetivo que sirva para valorar adecuadamente la posición de la víctima. La índole habitualmente clandestina, secreta o encubierta, con que se comete este tipo de infracciones, hace difícil que puedan sobreañadirse corroboraciones incriminatorias de otro signo, de lo contrario se llegaría a la más absoluta impunidad de numerosos delitos.

En consonancia con el Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116, Fuentes Soriano, precisa dos puntos vinculados a la valoración del testimonio incriminatorio de la víctima: i) En primer lugar, que además de su declaración, es necesario practicar una mínima actividad probatoria de carácter indiciario, destinada a acreditar la concurrencia de determinados datos periféricos que la corroboren, esto es, se exige una prueba colateral (que no verse sobre el núcleo central de la acción típica, pero que confirme una serie de aspectos periféricos de la declaración; y, ii) En segundo lugar, que el requisito de uniformidad de la incriminación debe matizarse cuando existan determinadas alteraciones en las sucesivas declaraciones de la víctima sobre datos que no tengan un carácter relevante o decisivo en relación con la persona del agresor o con los hechos cometidos⁽³⁸⁾.

Como se advierte, con la libre valoración racional de la prueba o sana crítica, el apotegma jurídico *testis unus, testis nullus* (el testigo único es testigo nulo) deja de tener vigencia; lográndose, mediante la libre valoración de la prueba, que se considere la declaración testimonial de la víctima como un medio de prueba viable y capaz de

(37) BEGUÉ LEZAÚN, Juan. *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*. Bosch, Barcelona, 1999, p. 258.

(38) FUENTES SORIANO, Olga. "Valoración de la prueba indiciaria y declaración de la víctima en los delitos sexuales". En: *Problemas actuales de la administración de justicia en los delitos sexuales*. Defensoría del Pueblo, Lima, 2000, p. 176

crear convicción en el juzgador sobre el delito y la responsabilidad penal del acusado.

Al respecto, Miranda Estrampes ha señalado que “la convicción judicial como fin de la prueba no depende de un mayor o menor número de pruebas, en este caso de testigos, sino de la adecuación y fuerza de convicción de la prueba practicada, con independencia de su número”⁽³⁹⁾.

Se debe recordar, como precisa Climent Durán, que una cosa es la valorabilidad de una prueba y otra es la valoración de la misma. La prueba se puede valorar solo si cumple con los requisitos precisos que la ley establece, si ha sido producida de un modo jurídicamente correcto, o sea, la valorabilidad es la aptitud de una prueba para poder ser valorada en uno o en otro sentido. La valoración, por otro lado, consiste en determinar el valor que debe otorgarse a la prueba en el marco del proceso penal⁽⁴⁰⁾.

Cabe indicar que ha sido la jurisprudencia española la que había propuesto el test de credibilidad con anterioridad al Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116. Así, Climent Durand en 1999 afirmaba que la declaración testimonial de la víctima, requiere de los siguientes requisitos: i) Ausencia de incredulidad subjetiva de la víctima, centrados en la inexistencia de móviles espurios y en condiciones personales tales que no permitan desestimar su versión inculpativa; ii) Verosimilitud de la declaración, es decir, que esta sea lógica y que exista algún tipo, así sea sobre aspectos accesorios o circunstanciales, de corroboración objetiva, donde mucho cuentan las pericias que revelan lesiones o trato sexual, los vestigios, declaraciones, etc.; y, iii) Persistencia, concreción y coherencia de la inculpativa⁽⁴¹⁾.

Seguidamente, en cuanto a doctrina jurisprudencial nacional, a efectos de superar los problemas de valoración probatoria generados a partir del Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116, en relación con los aspectos de la retractación y la victimización secundaria en los delitos sexuales, se emitió el Acuerdo Plenario N° 1-2011/CJ-116, cuyo fundamento jurídico 24 precisa lo siguiente:

(39) MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob. cit., p. 184.

(40) CLIMENT DURÁN, Carlos. *La prueba penal*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 525-526.

(41) CARO CORIA, Dino y SAN MARTÍN CASTRO, César. Ob. cit., p. 287.

“La retracción 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 movido 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– [MERCEDES FERNÁNDEZ LÓPEZ: La valoración de pruebas personales y el estándar de la duda razonable]. A los efectos del requisito de (v) uniformidad y firmeza del testimonio inculpatorio, 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 esta por la familia y por el abusador, todo lo cual explica una retractación y, por tanto, una ausencia de uniformidad”.

Como se puede advertir, el Acuerdo Plenario mencionado se aboca a exponer en qué circunstancias la retractación puede obedecer a móviles ajenos a los de la justicia y, asimismo, a las flexibilizaciones que del test de credibilidad se deben hacer cuando se trate de la declaración

de una víctima de delito sexual, lo cual deberá ser considerado en la valoración probatoria correspondiente.

En su fundamento 38, dicho Acuerdo Plenario aborda la problemática de la victimización secundaria de la siguiente manera:

“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 CPP de 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 del CPP de 2004)– 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 preprocesal 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 esta 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”.

Como se observa, en sustancia la Corte Suprema fija como doctrina legal que la regla debe ser que los menores víctimas de delito de violación sexual solo declaren una vez sobre los sucesos; ello a efectos de evitar que resulten victimizados secundariamente. Con lo cual se infiere que en los supuestos de que los menores hayan brindado sus declaraciones a nivel preliminar, con las sindicaciones respectivas, ya no será exigible que vuelvan a concurrir a declarar en otra etapa del proceso, debiendo aplicarse a la sindicación el test o juicio de credibilidad correspondiente del Acuerdo Plenario N° 2.2005/CJ-116 a efectos de determinar si se desvirtúa o no la presunción de inocencia del acusado.

3.2. Valoración de la pericia en el delito de violación sexual en agravio de menor de edad

De conformidad con el sistema de valoración probatoria de la sana crítica, no se trata de aceptar o de rechazar el dictamen pericial sin más, sino de apreciar sus fundamentos y, según eso, darle valor o no. No es una apreciación libre e irrestricta, sino basada en razones, compulsando una prueba en relación con las demás. Asimismo, es lógico tomar en cuenta la competencia de los peritos, la uniformidad o disconformidad en sus opiniones, los principios científicos en que se apoyan y la concordancia del dictamen con los principios lógicos y con las demás pruebas actuadas.

El peritaje orienta la opinión del fiscal y del juez, pero no la decide, ya que siempre prevalece el parecer de estos. Es por ello que si bien es cierto, con la finalidad de adquirir certeza, el fiscal o el juez buscarán pruebas de mayor categoría probatoria y se apoyarán en ellas, como es el dictamen pericial, también lo es que si dicha prueba está en clara oposición con las demás pruebas y el operador considera que estas últimas tienen mayor calidad probatoria, se apoyará en estas y desestimará el parecer técnico del peritaje.

Las conclusiones del dictamen de los peritos no obligan al juez, sus conclusiones están sujetas a la regla de la crítica, de modo que el juez puede seguir las conclusiones del dictamen o apartarse de él. No se trata de que la ley pretenda por este medio darle al juez una capacidad

especial sobre un asunto que ha merecido una pericia, se trata simplemente de que dicha pericia siga un ritmo normal de medio para obtener la verdad, y conseguir la formación de la certeza. El juez en este caso solo trata de valorar las conclusiones, las que debe verificar de acuerdo con la integridad del proceso.

El juez debe examinar y apreciar adecuadamente el dictamen del perito. El objeto respecto del cual puede y debe desarrollarse el examen por parte del juez es doble: en primer lugar, debe verificar el cumplimiento de las formalidades de rigor, tanto en lo relativo al procedimiento seguido, como en la redacción del dictamen. En segundo lugar, el fiscal y el juez deben examinar el contenido de la peritación para verificar y comprobar su coordinación lógica y científica, y para verificar si sus motivos y razones son suficientes.

Ahora bien, es el juez quien resuelve, no el perito. Que la opinión del perito es importante nadie lo duda, pero que no obliga al juez es indiscutible. El juez es un *peritus peritorum*, pues tiene capacidad de valorar las conclusiones periciales con relación al objeto de la prueba y a los fines del proceso⁽⁴²⁾, lo cual no es sinónimo de arbitrariedad e irracionalidad en la valoración probatoria.

Si se está ante conclusiones contundentes y las pericias, en caso de existir más de una, son coincidentes, no hay razón lógica para apartarse de ellas. Solo cabe apartarse de una conclusión pericial si existen motivos objetivos que la justifiquen, en cuyo caso la conclusión judicial debe ser razonada y fundamentada. La libertad del juez ante la peritación no es absoluta, pues no puede apreciar sus resultados o rechazarlos arbitrariamente, perjudicando los fines de verdad que impulsan el proceso.

La prueba de análisis de ADN no escapa a estas consideraciones, aunque es de precisar que en este caso el perito –con base en un procedimiento científicamente contrastado que reduce al mínimo sus apreciaciones subjetivas, al contrario de lo que ocurre en una pericia psicológica– es capaz de manifestar con un elevado grado de probabilidad que los vestigios hallados en el lugar del crimen o en la víctima proceden de la persona imputada.

(42) MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo III, Ejea, Buenos Aires, 1952, pp. 417-418.

Siguiendo la doctrina y jurisprudencia española, respecto a la valoración de la pericia, no hace falta el examen pericial en el juicio oral si las partes no lo hayan cuestionado, sobre todo en sus aspectos fácticos. Si la objeción de parte se circunscribe a los hechos, en rigor, a la actividad perceptiva del perito, en cuyo caso adquiere el estatus de testigo técnico, el examen pericial resultaría necesario; empero, si la objeción se centra en la actividad técnica o deductiva del perito, esta se puede salvar con el aporte de una pericia de parte. Si el cuestionamiento de la labor perceptiva del perito no se presenta, el acto y el reconocimiento pericial tiene el carácter de prueba preconstituída, siendo necesaria su lectura en el acto del juicio oral para someterla a contradicción.

Es de aclarar un punto fundamental en materia del dictamen o informe pericial. Schulchter indica que los hechos de conexión se dividen en dos grupos: a) los hechos de comprobación, que son aquellos que el perito es capaz de percibir en virtud de su pericia, introduciéndolos al juicio por su informe pericial; y, b) los hechos adicionales, que, por el contrario, son aquellas circunstancias en las que el tribunal es capaz de comprobar por sus propios medios de reconocimientos, y que no deben ser introducidas al juicio por medio del dictamen, sino por medio de pruebas diferentes, ya que no caracterizan la posición específica del perito⁽⁴³⁾.

Así las cosas, todo aquello vinculado a la actividad perceptiva de los peritos exige un interrogatorio con arreglo al principio de contradicción, por lo que si el cuestionamiento de parte transita por esos puntos resultará imprescindible el examen pericial. De igual manera, es menester llamar la atención que los denominados hechos adicionales no pueden ser valorados por el órgano jurisdiccional en la medida que no hayan sido introducidos al proceso por otros medios de prueba antes de la presentación del informe pericial; situación que debe tomarse en consideración, pues es posible que el perito, como consecuencia de la anamnesis o test que desarrolla, pueda acceder a información que el tribunal no tiene u obtener otras evidencias que no han sido incorporadas oportunamente a la causa.

(43) SCHLÜCHTER, Ellen. *Derecho Procesal Penal*. Tiran lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 136-137.

II. BIBLIOGRAFÍA

1. ANGEL PATITÓ, José. *Medicina Legal*. 2ª edición, Centro Norte, Buenos Aires, 2001.
2. ARBULÚ MARTÍNEZ, Víctor Jimmy. *La investigación preparatoria en el nuevo proceso penal*. Pacífico, Lima, 2014.
3. BEGUÉ LEZAÚN, Juan. *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*. Bosch, Barcelona, 1999.
4. CARO CORIA, Dino Carlos y SAN MARTÍN CASTRO, César. *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Aspectos penales y procesales*. Grijley, Lima, 2000.
5. CLIMENT DURÁN, Carlos. *La prueba penal*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.
6. CUBAS VILLANUEVA, Víctor. *El nuevo proceso penal peruano*. Palestra Editores, Lima, 2009.
7. CUBAS VILLANUEVA, Víctor. *El nuevo proceso penal peruano*. Palestra Editores, Lima, 2009.
8. DE LA CRUZ ESPEJO, Marco. *Derecho Procesal Penal*. Volumen I, Fecat, Lima, 2001.
9. DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Discriminación sexual y aplicación de la ley*. Lima, 2000.
10. FUENTES SORIANO, Olga. “Valoración de la prueba indiciaria y declaración de la víctima en los delitos sexuales”. En: *Problemas actuales de la administración de justicia en los delitos sexuales*. Defensoría del Pueblo, Lima, 2000.
11. GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino; CASTRO TRIGOSO, Hamilton y RABANAL PALACIOS, William. *El Código Procesal Penal. Comentarios descriptivos, explicativos y críticos*. Edición corregida y aumentada, Jurista Editores, Lima, 2010.
12. MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo III, Ejea, Buenos Aires, 1952.
13. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*. Bosch, Barcelona, 1997.

14. NEYRA FLORES, José Antonio. *Manual del nuevo proceso penal & de litigación oral*. Idemsa, Lima, 2010.
15. RIVAS SOUZA, Mario. *Medicina Forense*. 2ª edición, Cuéllar, México D.F., 2001.
16. SAN MARTÍN CASTRO, César. “Búsqueda de pruebas y restricción de derechos. Registros e intervenciones corporales”. Ponencia presentada para el Congreso Internacional de Derecho Procesal Penal organizado por la Universidad de San Martín de Porres, Lima, 2005.
17. SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *Código Procesal Penal comentado*. Idemsa, Lima, 2013.
18. SCHLÜCHTER, Ellen. *Derecho Procesal Penal*. Tiran lo Blanch, Valencia, 1999.
19. VARGAS ALVARADO, Eduardo. *Medicina forense y Deontología*. Trillas, México D.F., 1991.
20. VITALE, Gabriel M. A. “De los testimonios de niños y niñas. Análisis y propuestas”. En: *Material de lecturas del Pleno Jurisdiccional Regional sobre abuso y explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes*. Centro de Investigaciones Judicial del Poder Judicial, Lima, 2007.
21. WONG ABAD, Juan Jesús. “La guía de procedimientos para la entrevista única y la no revictimización de los menores de edad víctimas de abuso sexual”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. N° 38, Gaceta Jurídica, Lima, agosto de 2012.

La posición de la víctima como testigo y la valoración de su testimonio en los procesos penales por delitos de violación sexual

Elky Alexander VILLEGAS PAIVA^(*)

SUMARIO: I. La cuestión problemática. II. La víctima como testigo en el proceso penal. III. Especiales circunstancias de la declaración de la víctima: el uso de la cámara Gesell. IV. El testimonio de la víctima como elemento de prueba y criterios orientadores para su valoración. 1. Ausencia de incredibilidad subjetiva. 2. Persistencia en la incriminación. 3. Corroboraciones periféricas. V. Bibliografía.

I. LA CUESTIÓN PROBLEMÁTICA

Al existir la necesidad de contar con la colaboración de la víctima en el transcurso del proceso penal para el esclarecimiento de los hechos que dieron inicio al mismo, resulta imprescindible que se creen los mecanismos adecuados para que ella pueda participar en dicho proceso.

Esa colaboración se realizará, entre otros aspectos, aportando los medios de prueba a su alcance que puedan constituir una base suficiente para destruir la presunción de inocencia en el juicio y, por consiguiente, viabilizar la efectiva imposición de una pena a quien resulte culpable de un delito, tras la realización de un proceso con todas las garantías.

(*) Abogado por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo. Con estudios de Maestría en Derecho con mención en Ciencias Penales en la Universidad Privada Antenor Orrego. Profesor universitario. Colaborador permanente de las revistas *Gaceta Penal & Procesal Penal*, *Diálogo con la Jurisprudencia* y *Actualidad Jurídica*. Socio del Estudio Villegas Paiva & Abogados-Defensa Penal.

Asimismo, las declaraciones de las víctimas son un instrumento esencial como medio de conocimiento de la comisión de un delito por los órganos encargados de la investigación en el proceso penal. Una muestra clara de esta afirmación lo constituye, por ejemplo, la declaración inculpativa de la víctima y la importancia fundamental que reviste en los delitos de violación sexual. Así, por ejemplo, la Corte IDH ha determinado que la violación sexual es un tipo particular de agresión que, en general, se caracteriza por producirse en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor o los agresores. Dada la naturaleza de esta forma de violencia, no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales y, por ello, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho⁽¹⁾.

Igualmente, y siguiendo con el delito que hemos propuesto como ejemplo para demostrar la importancia del testimonio de la víctima, en el ámbito de la judicatura nacional se ha dicho que: “(...) los delitos sexuales por su índole son de comisión clandestina, secreta o encubierta, y hace que la declaración de la víctima sirva de fundamento a una decisión judicial de condena cuando reúne los requisitos de credibilidad, de lo contrario se llegaría a la más absoluta impunidad de estos delitos”⁽²⁾.

Ahora bien, el testimonio único de la víctima genera, en el marco del proceso penal, dos asuntos problemáticos que requieren ser resueltos con sumo cuidado. Así, por un lado conlleva el hecho de que la víctima se pueda ver sometida a diversos y sucesivos interrogatorios a lo largo del proceso penal, así como a preguntas que puedan incomodarla o que puedan afectar a su intimidad personal, lo que implica que tales circunstancias se conviertan en un instrumento de activación de lo que se ha denominado “victimización secundaria”⁽³⁾.

(1) Corte IDH. Caso Fernández Ortega y otros vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 30 de agosto de 2010, párrafo 100; y Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de agosto de 2010, párr. 89.

(2) Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia. R.N. N° 4970-2007-Ucayali, del 2 de junio de 2008, magistrado ponente: Pedro Guillermo Urbina Ganvini.

(3) Desde hace ya algunas décadas se viene afirmando que el contacto de la víctima con la administración de justicia produce a aquella un segundo efecto victimizador, que su relación con las instancias policiales y luego judiciales conlleva consecuencias negativas, en tanto se ve sometida a una nueva experiencia victimal que enfatiza los efectos perjudiciales derivados directamente del padecimiento del ilícito penal y que puede incluso agravarlos, añadiendo a estos quebrantos de naturaleza psicológica, y hasta en ocasiones patrimonial. A ello se le conoce como victimización secundaria, es decir se denomina así al impacto negativo y perjudicial que sufre la víctima al entrar en contacto con las agencias policiales,

Como ha señalado la doctrina: “Si el contacto de la víctima con el sistema legal genera a esta una serie de efectos negativos que reciben la denominación conjunta de victimización secundaria, los efectos nocivos del contacto de la víctima con las instancias judiciales pueden alcanzar su máxima expresión cuando esta es llamada a declarar como testigo. Puesto que jurisprudencialmente se le reconoce al testimonio de la víctima el valor de prueba de cargo bastante al objeto de enervar el principio constitucional de presunción de inocencia dado el cumplimiento de determinados requisitos, no es extraño que la evaluación de la declaración por parte de esta constituya un momento propicio tanto para que la propia víctima se sienta intimidada por el hecho de tener que deponer frente al juez o tribunal en determinadas circunstancias situacionales, como para que la asistencia letrada del imputado o acusado, en legítimo ejercicio de su derecho de defensa, intente hacer dudar a quien debe decidir sobre la verosimilitud del testimonio justo en aquel momento”⁽⁴⁾.

Por ello es que se debe poner especial cuidado al contexto y las circunstancias en que se llevará a cabo las declaraciones de la víctima. El respeto a la dignidad en el proceso penal implica observar ciertas cautelas en la realización de los interrogatorios a las víctimas, cautelas que deben aumentarse en determinados casos (por ejemplo, cuando vayan referidos a delitos contra la libertad sexual). Así, el artículo 8 de la Recomendación sobre la Posición de la Víctima en el marco del Derecho Penal y del Proceso Penal⁽⁵⁾ establece que “en todas las fases del procedimiento, el interrogatorio de la víctima debería hacerse con respeto a su situación personal, a sus derechos y a su dignidad”.

Y, por otro lado, tomando en cuenta precisamente los aspectos anteriores, en la normativa procesal penal se ha establecido que las declaraciones de las víctimas deben realizarse, como regla general, en la etapa de investigación, sin que pueda volver a declarar en el juicio.

fiscales y judiciales, al hecho de que con este la vivencia criminal se actualiza y revive, con la consiguiente generación de estados de impotencia, temor y abatimiento que padece la víctima, en suma lo pernicioso de la relación de la víctima con el sistema legal.

- (4) VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. “Víctima menor de edad y proceso penal: especialidades en la declaración testifical de menores-víctimas”. En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 2ª época, N° 16, UNED, Madrid, 2005, pp. 277 y 278.
- (5) Recomendación adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 28 de junio de 1985, sobre la Posición de la Víctima en el marco del Derecho Penal y del Proceso Penal.

Teniendo en cuenta esto, entonces se podría considerar que la declaración de la víctima como prueba de cargo plantea el posible trastocamiento del principio de contradicción (este como manifestación del derecho de defensa) con lo cual a su vez se terminaría afectando el derecho constitucional a la presunción de inocencia⁽⁶⁾.

Al ser así, en las siguientes líneas realizaremos un breve estudio sobre ambos aspectos: el papel que cumple la víctima como testigo y la valoración de su testimonio en el proceso penal, así como el tratamiento que debe recibir para la adecuada recepción de su testimonio en dicho proceso, sin exponerlo a una segunda victimización, trataremos en especial sobre la utilidad de la cámara Gesell.

II. LA VÍCTIMA COMO TESTIGO EN EL PROCESO PENAL

Ahora bien, a pesar de que el testigo es definido como aquel tercero ajeno al proceso (“no es parte del proceso” se suele decir) que es llamado a este para que aporte el conocimiento que tenga sobre el hecho delictivo⁽⁷⁾, es pacífica la consideración doctrinal y jurisprudencial de que la declaración de la víctima (o agraviado para nuestro ordenamiento procesal penal⁽⁸⁾) en el proceso se produce a título de testigo (“víctima-testigo”⁽⁹⁾), pues ante el hecho de que el procedimiento

(6) La presunción de inocencia no solo incorpora la exigencia de que la condena deba estar basada en pruebas suficientes –más allá de toda duda razonable–, sino también que las pruebas que hayan sido obtenidas lícitamente y que hayan sido válidamente practicadas, satisfaciendo las garantías de inmediación y contradicción, de modo que los déficits de contradicción en pruebas decisivas para la condena no solo vulnerarán el derecho a un debido proceso, sino asimismo el derecho a la presunción de inocencia. Cfr. ALCÁCER GUIRAO, Rafael. “La devaluación del derecho a la contradicción en la jurisprudencia del TEDH”. En: *InDret. Revista para el análisis del Derecho*. N° 4/2013, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, octubre de 2013, p. 4. Sobre la posibilidad del testimonio único para crear convicción en el órgano jurisdiccional véase: SANCINETTI, Marcelo. “Testigo único y principio de la duda”. En: *InDret. Revista para el análisis del Derecho*. N° 3/2013, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, julio de 2013.

(7) Así, véase ORÉ GUARDIA, Arsenio. *Derecho Procesal Penal peruano. Análisis y comentarios al Código Procesal Penal*. Tomo II, Gaceta Jurídica, Lima, 2016, p. 524.

(8) Sobre los conceptos de víctima y agraviado, así como su identificación en el CPP de 2004 véase VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. *El agraviado y la reparación civil en el nuevo Código Procesal Penal*. Gaceta Jurídica, Lima, 2013, p. 55 y ss.

(9) NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración de la prueba*. Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2010, p. 247, señala que: “En el proceso penal encontramos una figura ciertamente curiosa a la que la jurisprudencia y la doctrina en general suelen denominar con la expresión “testigo-víctima”. Ya de entrada debe decirse que esta expresión es un perfecto contrasentido, puesto que quien padece los efectos del delito en absoluto es un tercero ajeno al objeto del juicio, por lo que su denominación como testigo es completamente incorrecta (...). Con ello se llega a una tergiversación del papel probatorio de la víctima, haciéndole declarar como simple testigo. Y, sin embargo, es obvio que, técnicamente, quien

penal no recoja un régimen específico para introducir en el proceso la declaración de la víctima, no quedaría otra interpretación alternativa que la absurda solución de entender que la víctima no está facultada para actuar como elemento probatorio, cuando se necesita de ella al ser un elemento de esclarecimiento esencial, cuando no el único.

Así pues, la colaboración de la víctima se prestará siempre en calidad de testigo, bien sea para expresar lo acontecido o reflejar la intervención del acusado, ya sea para referir en qué modo la acción delictiva ha modificado la realidad preexistente, pudiéndose concluir que su intervención en otras diligencias de prueba como la rueda de identificación, el careo o incluso su propio reconocimiento pericial, no es sino una submodalidad del testimonio, y que en cuanto tal deben participar del mismo régimen jurídico respecto a su atención y amparo.

Esta consideración determina que la víctima tenga la obligación de comparecer al llamamiento que se le haga para recabársele la información con que cuente.

En tal sentido los deberes y derechos que tienen las personas cuando intervienen como testigos, en principio le son imponibles a la víctima cuando interviene como testigo en el proceso penal. Esto se encuentra reconocido en el inciso 5 del artículo 171 del CPP de 2004, donde se prescribe que: “Para la declaración del agraviado, rigen las mismas reglas prescritas para los testigos”.

Bajo ese panorama podemos señalar, por ejemplo, que la víctima quedará excusada (no prohibida) de su obligación de declarar en los mismos casos que los previstos para el testigo, esto es:

- i) Cuando su declaración pueda comprometer su responsabilidad penal (artículo 163.2 del CPP de 2004)
- ii) Cuando tenga obligación legal de guardar secreto (artículo 165.2 del CPP de 2004),
- iii) Cuando sea cónyuge o conviviente del imputado (artículo 165.1 del CPP de 2004), así como cuando sea pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad (artículo 165.1 del CPP de 2004).

puede ser parte en un proceso no puede ser un testigo, precisamente por el evidente interés directo que posee, idéntico al del imputado, aunque por supuesto en sentido contrario al del mismo”.

Ahora bien, teniendo este último supuesto de parentesco, debemos señalar que el mismo tiene gran trascendencia para el enjuiciamiento de delitos de agresiones sexuales o de violencia familiar, en los cuales se deberá ser particularmente cuidadoso en advertir a la víctima del derecho que le asiste de abstenerse de contestar todas o alguna de las preguntas que se formulen, no solo por el vicio de nulidad que integra la declaración inadvertida, sino por la victimización secundaria que para la víctima se deriva de aportar ella misma la prueba de cargo que permitirá la punición de seres queridos y que, asimismo, comportará además la ruptura del núcleo familiar constituido libremente y en el que se ha desarrollado la personalidad y los efectos durante años, con posible afectación de terceras personas integrantes del mismo núcleo.

III. ESPECIALES CIRCUNSTANCIAS DE LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA: EL USO DE LA CÁMARA GESELL

Existen determinadas circunstancias que obligan a que las declaraciones de las víctimas se realicen bajo cierto procedimiento especial, para evitar una revictimización, esto se da generalmente en el caso de niños, adolescentes o víctimas de violación sexual.

Como explica Marchiori⁽¹⁰⁾ declarar en el marco de una investigación penal no implica solamente relatar lo sucedido, sino también verbalizar el sufrimiento padecido en el hecho delictivo. En el caso de niños víctimas, romper el silencio de su victimización representa una nueva conmoción y estrés, por ello se requiere una cuidadosa atención y respeto a su situación, ya que debe relatarse las circunstancias del delito a personas extrañas y en las que, precisamente por ello, no confían.

En el caso de los niños víctimas de abuso sexual es imperativo, para la cabal protección de sus derechos, que ellos no sean sometidos a rendir testimonio⁽¹¹⁾. La confrontación que debe hacer la víctima

(10) MARCHIORI, Hilda. "Consideraciones sobre el relato de niños víctimas". En: *Pensamiento Penal y Criminológico. Revista de Derecho Penal integrado*. Año IV, N° 6, Mediterránea, Córdoba, 2003, p. 385.

(11) NIEVA FENOLL, Jordi. "La declaración de niños en calidad de partes o testigos". En: *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, N° 1, J.M. Bosch, Barcelona, 2012, p. 122, señala al respecto que: "Un niño no puede declarar, de ninguna manera, en una sala de justicia, sea cual fuere su nivel cognitivo. El niño, en un proceso, no es solamente un objeto de prueba, o uno más de los sujetos del proceso. Es un ser humano especialmente frágil, con toda la vida por delante, al que debe evitarse cualquier situación que pueda traumatizarle, o simplemente llegar a condicionarle en un futuro".

contra el acusado agrava el fenómeno de retractación, ya explicado, por el que pasa todo niño víctima. Son numerosos los casos en que el juez de conocimiento absuelve al abusador, pues considera que pierde toda la fuerza el acervo probatorio presentado por la Fiscalía, tras escuchar el testimonio de la víctima que se retracta⁽¹²⁾.

Por lo anterior, en lugar de practicarse el interrogatorio de los niños víctimas, ellos deben ser sometidos a una entrevista hecha por un profesional. La entrevista del niño víctima será introducida como prueba dentro del proceso penal. Lo mismo sucederá con el informe pericial sobre la misma y el testimonio del experto que condujo la entrevista. De esta manera, se excluye el testimonio de los niños víctimas, sin negarles el derecho a ser oído y presentar su versión de los hechos. La defensa, a través del contrainterrogatorio del experto y tachando el informe, tiene la oportunidad de controvertir la prueba. De esta manera, se protege al niño víctima evitando la retracción sin perjudicarle al imputado el derecho a la defensa⁽¹³⁾.

Tales aspectos han sido tomados en cuenta por el legislador al prescribir en el inciso 3 del artículo 171 del CPP de 2004 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 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”.

En lo referente a este tema, la Corte IDH ha señalado que:

“Debido a que las condiciones en las que participa un niño en un proceso no son las mismas en que lo hace un adulto, es fundamental reconocer y respetar las diferencias de trato que

(12) POLO CASTILLO, Luis Alberto. “Valor probatorio del testimonio de un menor en un proceso penal de abuso sexual”. En: *Pensamiento Americano*. Vol. 6; N° 10, Medellín, enero-junio de 2013, p. 75.

(13) Ídem.

corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento”⁽¹⁴⁾.

Siguiendo la misma línea jurisprudencial, la citada Corte afirmó que:

“[L]a obligación de proteger el interés superior de los niños y niñas durante cualquier procedimiento en el cual estén involucrados puede implicar, *inter alia*, lo siguiente: i) suministrar la información e implementar los procedimientos adecuados adaptándolos a sus necesidades particulares, garantizando que cuenten con asistencia letrada y de otra índole en todo momento, de acuerdo con sus necesidades; ii) asegurar especialmente en casos en los cuales niños o niñas hayan sido víctimas de delitos como abusos sexuales u otras formas de maltrato, su derecho a ser escuchados se ejerza garantizando su plena protección, vigilando que el personal esté capacitado para atenderlos y que las salas de entrevistas representen un entorno seguro y no intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado, y iii) procurar que los niños y niñas no sean interrogados en más ocasiones que las necesarias para evitar, en la medida de lo posible, la revictimización o un impacto traumático en el niño”⁽¹⁵⁾.

En el mismo sentido jurisprudencial, la Corte Suprema de nuestro país ha sostenido que:

“(la declaración) deberá ser necesariamente dirigida y controlada por el Tribunal de Instancia, bajo supervisión del (los) padre(s) del infante, imponiéndose precisar una determinación de reglas que garanticen la salud psicológica del menor y permitan prevenir una (posible) revictimización –victimización secundaria– del niño, por lo cual el juicio oral exige la necesidad de adecuarse a las necesidades del menor debiéndose contar con una sensibilidad e implicación activa por parte de los profesionales y sujetos procesales que en general

(14) Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, párr. 96.

(15) Corte IDH. Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de agosto de 2010, párr. 201.

intervengan, por lo que se exhorta a: a) que la diligencia sea privada; b) contar con la autorización y presencia de por lo menos uno de los padres; c) preparar al niño para la diligencia; d) evitar cualquier encuentro directo de este con los encausados –podrán utilizarse fotografías u análogos en caso de la necesidad de algún reconocimiento–; e) que las partes empleen un lenguaje sencillo y comprensible para su transmisión por el especialista al menor; f) que la declaración del infante sea recibida a través de las preguntas que formulen las partes, las que deberán estar dirigidas al Tribunal, que controlará la regularidad de las mismas, para ser trasladadas al especialista que se encontrará con el menor en una sala diferente –con un acondicionamiento propio para un infante–, ya sea con un espejo unidireccional o a través de videoconferencia, y será el psicólogo quien transmitirá finalmente la pregunta al menor, cuya respuesta será atendida por el Tribunal con la intermediación que corresponde; g) que el Tribunal Superior controle la idoneidad y actuación –de considerarla inadecuada en protección del niño– del especialista que tomará contacto final con el menor, de igual modo, se aconseja que el Tribunal evalúe y admita los consejos de los especialistas que incrementen o garanticen una mejor protección del menor; h) no forzar intensamente la reconstrucción del recuerdo en la víctima, teniendo presente que en la vida de un niño el paso de unos años puede hacer olvidar algunos detalles respecto de cómo fueron las cosas, oportunidad en la que deberá recurrirse a un nuevo y acabado debate de las declaraciones directas e indirectas que se cuenten del menor las que rigurosamente deberán ser sometidas al contradictorio; i) que la entrevista sea grabada en video y tenga una duración máxima a la aconsejada por el especialista. De este modo, no solo se reducirá alguna vivencia traumática que haya experimentado el impúber, sino que también el estrés que puede, entre otras cosas, perjudicar el testimonio del niño y su memoria”⁽¹⁶⁾.

(16) Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia. R.N. N° 2543-2009-Lima, del 4 de marzo de 2010, magistrado ponente jueza suprema Barrios Alvarado, considerando quinto.

Igual criterio se maneja para la declaración de la víctima en los casos de violación sexual. Así, la Corte IDH ha sostenido que:

“Entre otros, en una investigación penal por violencia sexual es necesario que: i) la declaración de la víctima se realice en un ambiente cómodo y seguro, que le brinde privacidad y confianza; ii) la declaración de la víctima se registre de forma tal que se evite o limite la necesidad de su repetición; (...)”⁽¹⁷⁾.

Asimismo la citada Corte señaló que

“en casos de violencia sexual, la investigación debe intentar evitar en lo posible la revictimización o reexperimentación de la profunda experiencia traumática cada vez que la víctima recuerda o declara sobre lo ocurrido”⁽¹⁸⁾.

Por tales circunstancias, y con el objetivo de brindar a los operadores de justicia una herramienta de trabajo que permita aplicar el procedimiento de entrevista única a niños, niñas y adolescentes víctimas de abuso sexual, explotación sexual, y así evitar su revictimización, la Fiscalía de la Nación ha desarrollado una guía de procedimientos para la entrevista única a través de la cámara Gesell, la que es dirigida por el fiscal penal, el fiscal de familia o el fiscal mixto, quien resguarda los derechos que la legislación reconoce a la víctima.

La cámara Gesell o sala de entrevista única, fue creada por el estadounidense Arnold Gesell (1880-1961), quien era un psicólogo y pediatra que se dedicó a estudiar las etapas del desarrollo de los niños.

Básicamente, la cámara Gesell consiste en dos salas separadas (ambiente de entrevista y ambiente de observación) por una pared de vidrio espejado que permite mirar solo de un lado, dotada de un sistema especial de audio y video; en esta cámara la víctima es entrevistada una única vez por un psicólogo en una sala, desde la otra los operadores de justicia observan y oyen todo lo que sucede sin ser vistos ni escuchados; el psicólogo puede recibir, mediante un audífono especial, las preguntas que los operadores de justicia requieran y trasmitírsela a

(17) Cf. Corte IDH. Caso Fernández Ortega y otros vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 30 de agosto de 2010, párr. 195.

(18) *Ibidem*, párr. 196.

la víctima en el lenguaje adecuado. La entrevista es gravada con audio y video a color para ser presentada como evidencia.

Es fundamental que el profesional que entreviste a un niño tenga conocimientos especializados en psicología infantil, desarrollo psicoevolutivo –en especial con lo cognoscitivo–, técnicas de recuperación de memoria, protocolos de entrevista, procesos de la revelación y teoría del abuso sexual, entre otros⁽¹⁹⁾.

El entrevistador debe conducir la entrevista teniendo en cuenta el nivel de desarrollo cognoscitivo, lingüístico, nivel de razonamiento, nivel de conocimiento y emociones del niño. Esto hace que la información obtenida del menor sea de mayor confiabilidad. También es imperativo que quien conduzca la entrevista entienda que la revelación es un proceso dinámico que el niño víctima atraviesa en forma progresiva y lenta⁽²⁰⁾.

Asimismo, la actuación de la entrevista única se documenta por medio de un acta, que está junto a la grabación audiovisual, formando parte de la investigación fiscal.

Resulta adecuado que las declaraciones brindadas en esta cámara, sean actuadas por regla general como prueba anticipada (inciso 3 del artículo 171 del CPP de 2004), pues por ejemplo en los casos de delitos de violación sexual, a las víctimas –aparte de que se encuentran afectadas psicológicamente– se las debe examinar con urgencia ante la presencia de un motivo fundado para considerar que no podrá hacerse en el juicio oral por grave impedimento, cumpliendo con uno de los supuestos para realizar la prueba anticipada, conforme al artículo 342.1.a) del CPP de 2004. Este supuesto se verifica porque la gravedad del impedimento consiste que ante un hecho punible de esta naturaleza, los menores y adolescentes solamente deben declarar una sola vez (declaración única) evitando así la revictimización de la víctima.

Por otro lado, la norma prevé que la víctima testigo menor de edad (o también aquella que haya sufrido un impacto psicológico de signo negativo) sea acompañada por un familiar. Ello se justifica en la mayor vulnerabilidad en la que se encuentran, por lo que el legislador

(19) POLO CASTILLO, Luis Alberto. “Valor probatorio del testimonio de un menor en un proceso penal de abuso sexual”. En: Ob. cit., p. 76.

(20) Ídem.

ha creído conveniente que con tal prescripción legal tales víctimas encuentren cierto apoyo y protección emocional de una persona de su confianza con el objetivo de disminuir el estrés que provoca la participación en los distintos actos procesales.

La importancia de la declaración brindada por la víctima en la cámara Gesell, puede apreciarse de lo dicho por la Corte Suprema en la Casación N° 482-2016-Cusco, cuando sostiene que:

“En cuanto a la versión de la agraviada N.A.A.M, lo determinante es lo que esta declaró en cámara Gesell. Esta es, procesalmente, la declaración objeto de análisis, no las reseñas que se consignan en la primera parte de un informe pericial –se trataría según la doctrina germana, de “hechos adicionales”, no de “hechos de comprobación”, pues se refieren a circunstancias que el juez es capaz de comprobar por sus propios medios de reconocimiento, de suerte que el juez es capaz de comprobar por sus propios medios de reconocimiento, de suerte que estos hechos no deben ser introducidos al juicio oral por la dación del dictamen, sino por medios de prueba diferentes, ya que no caracterizan la posición específica del perito”⁽²¹⁾.

IV. EL TESTIMONIO DE LA VÍCTIMA COMO ELEMENTO DE PRUEBA Y CRITERIOS ORIENTADORES PARA SU VALORACIÓN

Sancinetti se pregunta si es compatible con el principio de igualdad y con la presunción de inocencia, el que una sentencia sea basada en lo dicho por un solo testigo, a los que se contrapone de modo férreo la negativa del imputado⁽²²⁾. En el tema sobre el que versa el presente trabajo la interrogante sería si resulta compatible con dichos principios una sentencia condenatoria basada únicamente en el testimonio incriminatorio de la víctima, pues como refiere Llerena Conde: “No obstante la aplicación a la declaración de la víctima de la normativa

(21) Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia. Casación N° 482-2016-Cusco, del 23 de marzo de 2017, fundamento de Derecho décimo (magistrado ponente: San Martín Castro), resaltado añadido.

(22) SANCINETTI, Marcelo. “Testigo único y principio de la duda”. En: *InDret. Revista para el análisis del Derecho*. N° 3/2013, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, julio de 2013, p. 5.

referente a la declaración de los testigos, no puede perderse de vista que aquella no puede ser considerado un tercero ajeno al evento delictivo ocurrido y por el cual ella, precisamente, está allí. Su afectación por el delito es evidente y la víctima no puede mostrarse indiferente respecto al resultado del proceso”⁽²³⁾.

Pese a ello, la jurisprudencia nacional siguiendo a su par española, ha admitido que la declaración de la víctima puede ser prueba suficiente para enervar la presunción de inocencia, siempre y cuando su declaración esté rodeada de ciertas cautelas en aquellos supuestos en los que sea esta la única prueba de cargo concurrente. Así, considera que para que la declaración de la víctima pueda enervar por sí misma la presunción de inocencia, será necesaria la concurrencia de tres requisitos: Ausencia de incredibilidad subjetiva, corroboraciones periféricas y persistencia en la incriminación.

Tales requisitos como acabamos de señalar han sido acogidos por nuestra judicatura, así la Corte Suprema de nuestro país ha sostenido que:

“Tratándose de delitos contra la libertad sexual, en los que no consta prueba directa ni confesión, se requiere no solo que (i) la versión de la víctima sea coherente, precisa, sólida y persistente (...), sino que (ii) dicha declaración no esté motivada por móviles espurios (este factor, empero, no es concluyente pues solo importa una llamada de atención para realizar un filtro cuidadoso de las declaraciones de la víctima, no pudiéndose descartar aquellas que aun teniendo esas características tienen solidez, firmeza y veracidad objetiva: STSE de veinticuatro de febrero de dos mil cinco); y, especialmente, (iii) que esté confirmada por corroboraciones periféricas de carácter objetivo –dato añadido a la pura manifestación subjetiva de la víctima–, siendo del caso que cuando el delito no deja huellas o vestigios materiales de su perpetración, se debe tener en cuenta, entre otros, tanto prueba pericial sobre aspectos de valor corroborante similar al dicho de la víctima, cuanto manifestaciones de otras personas sobre hechos o datos que sin

(23) LLERENA CONDE, Pablo. “Los derechos de protección a la víctima”. En: *Derecho Procesal Penal*. Escuela Nacional de la Judicatura, República Dominicana, 2006, p. 336.

ser propiamente el hecho delictivo atañen a algún aspecto fáctico cuya comprobación contribuya a la verosimilitud del testimonio de la víctima: STSE de doce de julio de mil novecientos noventa y seis y de diecinueve de febrero de dos mil)”⁽²⁴⁾.

Veamos, a continuación, con más detalle cada uno de estos requisitos. Pero antes de ello debemos anotar que conforme a ello la declaración de la víctima no es prueba indiciaria sino directa, y por lo tanto, pasible de ser admitida como prueba de cargo. Ello no significa que con dicha declaración quede automáticamente desvirtuada la presunción de inocencia del acusado, en el sentido de que se invierta la carga de la prueba, dándose ya por probada la acusación e incumbiendo al acusado desvirtuar su presunta presunción de certeza de la acusación formulada, sino únicamente que dicha prueba no es inhábil a los efectos de su valoración como una prueba más, por el tribunal sentenciador, el cual debe aplicar, en esa valoración, criterios de razonabilidad que tengan en cuenta la especial naturaleza de la referida prueba⁽²⁵⁾.

Así, sobre la suficiencia del testimonio de la víctima a efectos de formar convicción del órgano decisorio sobre los hechos imputados,

(24) Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia. Casación N° 482-2016-Cusco, del 23 de marzo de 2017, fundamento de Derecho décimo primero (magistrado ponente: San Martín Castro). Con anterioridad en el Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116, f.j. 10, la Corte Suprema había señalado que “Tratándose de las declaraciones de un agraviado, aun cuando sea el único testigo de los hechos, al no regir el antiguo principio jurídico *testis unus testis nullus*, tiene entidad para ser considerada prueba válida de cargo y, por ende, virtualidad procesal para enervar la presunción de inocencia del imputado, siempre y cuando no se adviertan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones. Las garantías de certeza serían las siguientes:

- a) Ausencia de incredibilidad subjetiva. Es decir, que no existan relaciones entre agraviado e imputado basadas en el odio, resentimientos, enemistad u otras que puedan incidir en la parcialidad de la deposición, que por ende le nieguen aptitud para generar certeza.
- b) Verosimilitud, que no solo incide en la coherencia y solidez de la propia declaración, sino que debe estar rodeada de ciertas corroboraciones periféricas, de carácter objetivo que le doten de aptitud probatoria.
- c) Persistencia en la incriminación, con las matizaciones que se señalan en el literal c) del párrafo anterior”.

En la misma línea jurisprudencial pueden verse: R.N. N° 192-2012, del 22 de enero de 2013, magistrado ponente Tello Gilardi; R.N. N° 660-2010, del 17 de enero de 2011, magistrado ponente Calderón Castillo; R.N. N° 902-2012, del 29 de enero de 2013, magistrado ponente Pariona Pastrana; R.N. N° 1352-2010, del 16 de junio de 2011, magistrado ponente Rodríguez Tineo; 1726-2010, del 30 de junio de 2011, magistrado ponente Neyra Flores; R.N. N° 1758-2010, del 22 de junio de 2011, magistrado ponente Rodríguez Tino; R.N. N° 3110-2012, del 22 de enero de 2013, magistrado ponente Villa Stein.

(25) STS español 7384/2011, del 31 de octubre, magistrado ponente Diego Antonio Ramos Gancedo, fundamento de derecho tercero.

en aquellos casos en los que el testimonio de la víctima adquiere un valor definitivo, la exteriorización del itinerario deductivo que permita afirmar el juicio de autoría, debe ser cuidadosamente ponderado. De esta forma se podrá evitar que el derecho constitucional a la presunción de inocencia quede desplazado mediante un acto de fe ajeno a los principios que informan y legitiman el proceso penal. La declaración de la víctima tiene por sí sola aptitud para fundamentar la convicción judicial sobre la autoría de los hechos y, con ello, desplazar el derecho a la presunción de inocencia. Pero esa convicción no puede ser el resultado de convertir en apodíctico un testimonio cuya credibilidad, por el contrario, ha de ser minuciosamente examinada conforme a los criterios anotados, los cuales no deben ser entendidos como reglas estereotipadas que actúen a manera de inaceptables normas de valoración, impropias de un sistema procesal inspirado en el ideal del modelo acusatorio. Lo que se busca con tales criterios es ofrecer normas que ordenen el esfuerzo metódico de aproximación valorativa al testimonio de la víctima⁽²⁶⁾.

1. Ausencia de incredibilidad subjetiva

Debe exigirse que no exista en la víctima –fuera del propio delito que refiere– un móvil o animosidad que pueda provocar una fabulación o incriminación falsa. El requisito, integrando una precaución lógica, ha sido limitado en su valor por la propia jurisprudencia, sin que pueda ser determinante de eliminar siempre la credibilidad de la víctima, toda vez que no es infrecuente que la comisión de un delito venga precedida de un deterioro de las relaciones entre víctima y agresor que puede ser aprovechado por este para resquebrajar el único medio de prueba con la cuenta el ofendido.

Este criterio tiene un valor limitado, y no debe ser determinante a la hora de valorar la efectividad probatoria de la declaración de la víctima. Ello es lógico –señala Ferreiro Baamonde⁽²⁷⁾– si se piensa en que la comisión de un delito, en el caso de previa existencia de un conflicto entre particulares, puede venir precedida de un deterioro de las

(26) STS español 8295/2012, del 28 de noviembre, magistrado ponente Manuel Marchena Gómez, fundamento de derecho segundo. STS español 8172/2011, del 14 de noviembre, magistrado ponente Manuel Marchena Gómez, fundamento de derecho cuarto.

(27) FERREIRO BAAMONDE, Xulio. *La víctima en el proceso penal*. La Ley, Madrid, 2005, p. 326.

relaciones entre víctima y victimario que pueda conducir a entender incumplidos los presupuestos de este requisito jurisprudencial, pero que no puede ser determinante para que se excluya toda credibilidad a la declaración de la víctima, sobre todo cuando se cumplan las restantes condiciones. En todo caso, la previa interposición de la denuncia, la personación como parte en el proceso implican ya de por sí un interés en la condena del denunciante o acusado, sin que pueda por ello descartar el valor probatorio de sus testimonio incriminatorio.

Para una cabal valoración de este criterio, será necesario tomar en cuenta:

i) Las características físicas o psicoorgánicas de la víctima testigo

Se ha de valorar su grado de desarrollo y madurez (no es lo mismo un mayor de edad que un menor, o un niño) y la incidencia que en la credibilidad de sus afirmaciones pueden tener algunas veces ciertos trastornos mentales o enfermedades como el alcoholismo o la drogadicción⁽²⁸⁾.

En este punto resulta importante la pericia psicológica en tanto ilustrará científicamente acerca de determinados rasgos de la personalidad del testigo. Sin embargo, en lo referente sobre la “veracidad” de las declaraciones prestadas no corresponde a los psicólogos establecer tal cosa, puesto que ello es competencia del Tribunal en su exclusiva función de juzgar y valorar las pruebas practicadas. Cuestión distinta es la relevancia que en la valoración de la credibilidad del testigo, –sea víctima o sea un tercero– pueden tener sus condiciones psicofísicas, desde su edad, madurez y desarrollo, hasta sus posibles anomalías mentales, pasando por ciertos caracteres psicológicos de su personalidad, tales como la posible tendencia a la fabulación, o a contar historias falsas por afán de notoriedad etc. Y es esto y no la veracidad misma del testimonio, lo que puede ser objeto de una pericia.

En este sentido los estudios psicológicos sobre la veracidad de los testimonios de las víctimas cuando son favorables a ella no implican que haya de creer el Tribunal a la testigo, ni que no haya de hacerlo

(28) STS español N° 265-2010, del 19 de febrero, magistrado ponente: Adolfo Prego de Oliver Tolivar, fundamento de derecho primero.

cuando el dictamen apunta a la fabulación, pues a los jueces compete medir y valorar el alcance probatorio de los testigos como parte esencialísima de su función juzgadora. Pero es claro que ilustran científicamente acerca de determinados rasgos de la personalidad del testigo. Por lo tanto lo relevante en esos estudios es la posible detección de la tendencia fabuladora, que es, en cuanto patología o rasgo perceptible para un experto, lo que tiene significación cuando existe y se diagnostica en la pericia.

ii) La inexistencia de móviles espurios

Que pudieran resultar bien de las tendencias fantasiosas o fabuladoras de la víctima, como un posible motivo impulsor de sus declaraciones, o bien de las previas relaciones acusado-víctima, denotativas de móviles de odio o de resentimiento, venganza o enemistad, que enturbien la sinceridad de la declaración haciendo dudosa su credibilidad, y creando un estado de incertidumbre y fundada sospecha incompatible con la formación de una convicción inculpatoria sobre bases firmes; pero sin olvidar también que aunque todo denunciante tiene por regla general interés en la condena del denunciado, no por ello se elimina de manera categórica el valor de sus afirmaciones⁽²⁹⁾. Por lo tanto, la lógica animadversión de la víctima derivada del hecho criminal es irrelevante para poner en duda su versión en cuanto no resulta de causas de resentimiento ajenas al delito.

Así por ejemplo, es predecible que el acusado alegue que la víctima lo ha denunciado o declarado incriminándolo por motivos de celos. Al respecto el Tribunal Supremo español ha dicho que los celos presentes o pasados de un denunciante no tienen por qué invalidar la veracidad del relato. Es cierto que obligan al órgano decisorio a una valoración probatoria sometida a las máximas cautelas, pero de por sí no la invalida. La idea de que un denunciante celoso solo puede ofrecer al órgano jurisdiccional un relato falso de las causas que han producido una afeción a sus bienes jurídicos carece de sentido. El sistema procesal también protege a la víctima celosa⁽³⁰⁾.

(29) STS español 1991/2011, del 21 de marzo, magistrado ponente Adolfo Prego de Oliver Tolivar, fundamento de Derecho segundo.

(30) STS español 8295/2012, del 28 de noviembre, magistrado ponente Manuel Marchena Gómez, fundamento de Derecho segundo.

iii) **Verosimilitud basada en relatos lógicos y coherentes**

La validez de su declaración como prueba de cargo, exige que sea un relato lógico y coherente, donde se descarte relatos fantásticos o inverosímiles.

2. Persistencia en la incriminación

El segundo criterio jurisprudencial se asienta en la base de que los hechos acontecidos son únicos y estables, de suerte que ha de ser igualmente estable e inmutable el relato que de los mismos haga la víctima, el cual deberá mostrarse además sin ambigüedades, ni contradicciones. La exigencia deberá ser ponderada en consideración a las leves impresiones o a omisiones que pueden estar justificadas por el estado de turbación en el que se encuentre la víctima en los momentos posteriores al ataque, pero sin que esta comprensible razón lleve a vaciar de contenido a la exigencia.

Los requisitos expuestos, como se ha anotado, deben apreciarse con el rigor que corresponde. Se trata, sin duda, de una cuestión valorativa que incumbe al órgano jurisdiccional. Corresponde al juez o Sala Penal analizarlos ponderadamente, sin que se trate de reglas rígidas sin posibilidad de matizar o adaptar al caso concreto.

Este factor de ponderación supone:

- i) Persistencia o ausencia de modificaciones en las sucesivas declaraciones prestadas por la víctima sin contradecirse ni desdecirse. Se trata de una persistencia material en la incriminación, valorable “no en un aspecto meramente formal de repetición de un disco o lección aprendida, sino en su constancia sustancial de las diversas declaraciones”⁽³¹⁾.

Debe considerarse que la persistencia en la aportación de datos inculpatorios no exige que los diversos testimonios sean absolutamente coincidentes, bastando con que se ajuste a una línea uniforme de la que se pueda extraer, al margen de posibles matizaciones e imposiciones, una base sólida y homogénea⁽³²⁾.

(31) STS español 1991/2011, del 21 de marzo, magistrado ponente Adolfo Prego de Oliver Tolivar, fundamento de Derecho primero.

(32) REDONDO HERMIDA, Álvaro. “La presunción de inocencia frente al testimonio de la víctima”. En: *Auctoritas Prudentium*. Nº 2, Universidad del Istmo, Guatemala, 2009, p. 9.

Conviene destacar que en ocasiones ocurre que la contundencia y reiteración del relato de la víctima, lejos de indicar la certeza de su testimonio, apunta a una razonable sospecha de inverosimilitud. Por ello la jurisprudencia no exige a las víctimas, porque no es posible racionalmente, la repetición “discográfica” de sus declaraciones, la cual es más propia de la mendacidad que de la sinceridad⁽³³⁾.

En este mismo sentido, la Corte Suprema de nuestro país ha dicho que: “Desde una perspectiva racional, no puede exigirse que entre las varias versiones que en el curso del tiempo proporciona una persona, mucho más si son proporcionadas por una menor de edad sobre los hechos que han ocurrido en su perjuicio, exista coincidencia absoluta, pues de ser así se advertiría que se trata de un guión aprendido, no de una versión espontánea. Una persona, en esas condiciones, no tiene por qué tener una versión absolutamente igual o coincidente. Empero, es evidente que del examen de las versiones que constan en autos tiene que advertirse que estas presentan, en lo esencial, similitudes fundamentales”⁽³⁴⁾.

- ii) Concreción en la declaración que ha de hacerse sin ambigüedades, generalidades o vaguedades. Es valorable que especifique y concrete con precisión los hechos narrándolos con las particularidades y detalles que cualquier persona en sus mismas circunstancias sería capaz de relatar.
- iii) Coherencia o ausencia de contradicciones, manteniendo el relato la necesaria conexión lógica entre sus diversas partes⁽³⁵⁾.

La persistencia no exige repetición mimética, idéntica o literal de lo mismo sino ausencia de contradicciones en lo sustancial y relevante: no son faltas de persistencia el cambio del orden en las afirmaciones, ni las sucesivas ampliaciones cuando no se afecta la coherencia y significación sustancial de lo narrado. Tampoco lo es la modificación del vocabulario ni de las formas expresivas cuando con unas u otras se

(33) Ídem.

(34) Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia. Casación N° 482-2016-Cusco, del 23 de marzo de 2017, fundamento de Derecho décimo (magistrado ponente: San Martín Castro).

(35) STS español 1991/2011, del 21 de marzo, magistrado ponente Adolfo Prego de Oliver Tolivar, fundamento de Derecho segundo.

sigue diciendo lo mismo; ni los cambios en lo anecdótico o en lo secundario, cuando solo implican falta de certeza en lo accesorio pero no en lo principal, que es lo que por su impacto psicológico permanece en la mente de la víctima, salvo en los casos en que los cambios narrativos de lo secundario evidencian tendencia a la fabulación imaginativa, valorable en el ámbito de la credibilidad subjetiva⁽³⁶⁾.

3. Corroboraciones periféricas

La declaración de la víctima ha de estar rodeada de corroboraciones periféricas de carácter objetivo obrantes en el proceso; lo que significa que el propio hecho de la existencia del delito esté apoyado en algún dato añadido a la pura manifestación subjetiva de la víctima.

La declaración de la víctima debe corroborarse indiciariamente por la acreditación de la realidad de las circunstancias periféricas objetivas y constatables que le acompañen. La concurrencia de lesiones que denoten la agresión violenta que la víctima refiere, la aparición de restos orgánicos, la rotura de ropas, la realidad de que el inculpado estuviera en el lugar y hora que se le atribuye, la existencia de testigos que vieran el estado de crispación de la víctima instantes después del supuesto ataque, o cualquier otra de las infinitas circunstancias que coexisten alrededor del delito, pueden aportar la verosimilitud o credibilidad de la afirmación de la víctima que podía cuestionarse inicialmente⁽³⁷⁾.

La presencia de corroboraciones periféricas resulta de vital importancia para determinar la veracidad de la declaración de la presunta víctima. Como señala Nieva Fenoll “Cuando en un litigio deba valorarse el testimonio de la víctima en contraposición al del imputado, si no hay más pruebas no quedará otro remedio que analizar por separado ambas declaraciones, determinando a través de los parámetros ofrecidos en su momento, cuál resulta más creíble. Y advierto ya de que el resultado, en caso de que no haya corroboraciones del testimonio de la víctima, puede ser muy desgraciado para la misma, puesto que en aplicación del derecho fundamental a la presunción de inocencia del reo, no quedará otro camino que absolver. Pero es que existiendo

(36) STS español 1991/2011, del 21 de marzo, magistrado ponente Adolfo Prego de Oliver Tolivar, fundamento de Derecho segundo.

(37) STS español 1991/2011, del 21 de marzo, magistrado ponente Adolfo Prego de Oliver Tolivar, fundamento de Derecho primero.

dicha presunción de inocencia, y debiendo regir dicha presunción por las razones reiteradamente indicadas en este trabajo y por demás conocidas de todos, no existe otra alternativa razonable. Careciendo de corroboraciones el testimonio de la víctima, es muy difícil, por no decir imposible, que sea creída. Además, si ni siquiera presencié los hechos, su testimonio será habitualmente inútil a la hora de determinar la culpabilidad del imputado”⁽³⁸⁾.

Bajo esta línea argumentativa, las corroboraciones periféricas cobran especial relevancia en caso de que la presunta víctima se retracte de su primigenia declaración inculpativa. Pues como hemos dicho, en un proceso penal seguido por la presunta comisión del delito de violación sexual, la declaración de la víctima se constituye la mayor de las veces en la principal prueba de cargo para enervar la presunción de inocencia. Suele ocurrir, sin embargo, que en no pocas oportunidades la inicial versión inculpativa brindada por la víctima, luego es dejada de lado, dando esta una declaración en la que se retracta de lo que primigeniamente dijo en cuanto a la inculpativa del procesado.

Ahora bien, debido a que dichas retractaciones en algunos casos obedecen a amenazas que sufre la víctima, o por la presión de su entorno, tales retractaciones por lo general no surten efectos en el proceso, otorgándosele mayor peso a su primera declaración inculpativa. Siendo así, resulta importante determinar cuáles son los aspectos que se toman en cuenta para dar valor a su primigenia versión inculpativa, y no a su posterior declaración en la que se retracta de esto último.

En ese sentido, tenemos que los criterios para dar valor probatorio suficiente de la declaración de la víctima, son la ausencia de incredulidad subjetiva, el cual está referido a la exigencia de que no exista en la víctima un móvil o animosidad que pueda provocar una fabulación o inculpativa falsa. Igualmente las corroboraciones periféricas objetivas y contrastables que acompañen la declaración, como por ejemplo, la concurrencia de lesiones genitales o paragenitales, la aparición de restos orgánicos, rotura de ropa, la realidad de que el inculpativo estuviera en la hora y lugar que se le atribuye, etc. Y, por último,

(38) NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración de la prueba*. Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2010, p. 249.

la persistencia en la incriminación, no se señala si hubo o no contradicciones en la declaración de la víctima a lo largo del proceso

Las corroboraciones periféricas cobran especial relevancia en caso de que la presunta víctima se retracte de su primigenia declaración incriminatoria. Pues, dado que de lo que se trata de verificar es cuál de las declaraciones de la víctima es la que guarda mayor credibilidad, en tanto una es incriminatoria y la otra, por el contrario, se retracta de ello, entonces el criterio que cobra mayor relevancia son las corroboraciones periféricas, pues si existen otros elementos probatorios que permitan demostrar la coherencia de la declaración incriminatoria de la víctima en lo referente a la ocurrencia del hecho delictuoso, entonces se tomará en cuenta dicha primigenia declaración descartando su segunda versión en la que se retracta de lo que con anterioridad sostuvo.

Por lo tanto, si se acredita la existencia de estas corroboraciones que permitirían considerar como válida la declaración incriminatoria de la víctima, entonces es correcto tomar en cuenta esta e inclusive tomarla como prueba de cargo suficiente, gracias a la existencia de corroboraciones periféricas, para desvirtuar la presunción de inocencia.

De esta manera la presencia o ausencia de las corroboraciones periféricas se constituyen en un dato fundamental para determinar por qué lado inclinarse si por la primera declaración, de signo incriminatorio, brindada por la víctima, o inclinarse por su posterior retractación.

Ahora bien, la doctrina acogida por el tribunal supremo de la justicia ordinaria peruana en el Acuerdo Plenario N° 1-2011/CJ-116⁽³⁹⁾, con respecto a la retractación de la víctima ha señalado que esta 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

(39) Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia. Acuerdo Plenario N° 1-2011/CJ-116, fundamento de Derecho vigésimo tercero.

personalidad del declarante, fundamentalmente a su desarrollo y madurez mental–; ii) se presenten datos objetivos que permitan una mínima corroboración periférica con datos de otra procedencia; iii) que no sea fantasiosa o increíble; y, iv) que sea coherente⁽⁴⁰⁾.

En igual sentido, la Corte Suprema señala que la uniformidad y firmeza del testimonio inculpatorio debe flexibilizarse razonablemente. Bajo ese orden, debe tomarse en cuenta para sopesar la retractación en la declaración de la víctima el lapso del tiempo de la investigación del delito, la evolución de los sentimientos frente al agresor –de una inicial rabia a la culpa por denunciar a un familiar–, los reproches familiares por desunir el núcleo o por apartar a la persona que aporta con el sustento económico del hogar.

Por lo tanto, el acuerdo señala como doctrina legal que 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 inculpatoria y la corroboración coetánea –en los términos expuestos– que exista: b) la coherencia interna y exhaustividad del nuevo relato y su capacidad corroborativa; 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⁽⁴¹⁾.

(40) Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia. Acuerdo Plenario N° 1-2011/CJ-116, fundamento de Derecho vigésimo cuarto.

(41) Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia. Acuerdo Plenario N° 1-2011/CJ-116, fundamento de Derecho vigésimo sexto.

V. BIBLIOGRAFÍA

1. ALCÁCER GUIRAO, Rafael. “La devaluación del derecho a la contradicción en la jurisprudencia del TEDH”. En: *InDret. Revista para el análisis del Derecho*. N° 4/2013, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, octubre de 2013.
2. FERREIRO BAAMONDE, Xulio. *La víctima en el proceso penal*. La Ley, Madrid, 2005.
3. LLERENA CONDE, Pablo. “Los derechos de protección a la víctima”. En: *Derecho Procesal Penal*. Escuela Nacional de la Judicatura, República Dominicana, 2006.
4. MARCHIORI, Hilda. “Consideraciones sobre el relato de niños víctimas”. En: *Pensamiento Penal y Criminológico. Revista de Derecho Penal integrado*. Año IV, N° 6, Mediterránea, Córdoba, 2003.
5. NIEVA FENOLL, Jordi. “La declaración de niños en calidad de partes o testigos”. En: *Justicia. Revista de Derecho Procesal*. N° 1, J.M. Bosch, Barcelona, 2012.
6. NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración de la prueba*. Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2010.
7. ORÉ GUARDIA, Arsenio. *Derecho Procesal Penal peruano. Análisis y comentarios al Código Procesal Penal*. Tomo II, Gaceta Jurídica, Lima, 2016.
8. POLO CASTILLO, Luis Alberto. “Valor probatorio del testimonio de un menor en un proceso penal de abuso sexual”. En: *Pensamiento Americano*. Vol. 6, N° 10, Medellín, enero-junio de 2013.
9. REDONDO HERMIDA, Álvaro. “La presunción de inocencia frente al testimonio de la víctima”. En: *Auctoritas Prudentium*. N° 2, Universidad del Istmo, Guatemala, 2009.
10. SANCINETTI, Marcelo. “Testigo único y principio de la duda”. En: *InDret. Revista para el análisis del Derecho*. N° 3/2013, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, julio de 2013.
11. VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. “Víctima menor de edad y proceso penal: especialidades en la declaración testifical de menores-víctimas”. En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 2ª época, N° 16, UNED, Madrid, 2005.
12. VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. *El agraviado y la reparación civil en el nuevo Código Procesal Penal*. Gaceta Jurídica, Lima, 2013.

Entrevista única en cámara Gesell, derecho de contradicción sucesiva y equiparación a la prueba anticipada

Walberto RODRÍGUEZ CHAMPI^(*)

SUMARIO: I. Planteamiento. II. Desarrollo del tema. 1. Introducción. 2. Entrevista en cámara Gesell. 3. Declaración en cámara Gesell y derecho de contradicción sucesiva. 4. La entrevista única en cámara Gesell y prueba anticipada. III. Conclusiones y recomendaciones. IV. Bibliografía.

I. PLANTEAMIENTO

¿Jurídicamente es posible equiparar el valor probatorio de la entrevista única en cámara Gesell, realizada con la garantía de contradicción simultánea efectiva, y el de la prueba anticipada?

¿En qué casos las fuentes de prueba obtenidas en la investigación (entrevista en cámara Gesell), sin la garantía de contradicción simultánea, pueden ingresar al juicio oral y fundar la sentencia condenatoria?

El objeto del presente trabajo es determinar:

- Si la entrevista única en cámara Gesell se puede equiparar al valor probatorio de la prueba anticipada.

(*) Fiscal Provincial Penal Titular de Chimbote. Magíster con estudios de doctorado en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

- Si la entrevista única en cámara Gesell, sin contradicción simultánea, puede utilizarse en juicio oral para fundar una sentencia condenatoria.

En cuanto al primer problema –si la entrevista en cámara Gesell puede equipararse al valor probatorio de la prueba anticipada–, observamos que en la práctica judicial se viene tratando a la entrevista única en cámara Gesell como prueba preconstituida; no obstante que en la realización de dicha entrevista se observan las garantías de inmediación y contradicción simultánea y efectiva, así como las formalidades del juicio oral en el interrogatorio y contrainterrogatorio.

Estos principios son los que también garantizan la prueba anticipada; es por ello que se hace necesario desarrollar la naturaleza de la prueba preconstituida, y especialmente de la entrevista en la cámara Gesell desarrollada bajo los principios de inmediación y contradicción simultánea y efectiva, para verificar si esta forma de entrevista única en cámara Gesell puede equipararse al valor probatorio de la prueba anticipada; vale decir, en la práctica judicial se viene valorando a la entrevista única en cámara Gesell, realizada con la garantía de contradicción simultánea efectiva, como una simple prueba preconstituida, no obstante tener características similares a la prueba anticipada.

En cuanto al segundo problema formulado –la entrevista en cámara Gesell sin contradicción simultánea, puede utilizarse en juicio oral–, en la práctica judicial actual no se admite su ingreso al juicio oral; primero, porque aún no se ha desarrollado en la doctrina y jurisprudencia nacional la contradicción sucesiva, y segundo, porque el órgano persecutor no hace contradicción sucesiva de las fuentes de prueba obtenidas sin contradicción simultánea; no obstante que ese déficit de contradicción no se le atribuye a la actuación negligente de este órgano persecutor, sino a factores externos objetivos que determinan la imposibilidad física o jurídica de la materialización de la contradicción simultánea; es decir, en la práctica judicial, en su generalidad, no se viene admitiendo el ingreso al juicio oral de las fuentes de prueba que se obtuvieron en la investigación, sin la garantía de contradicción simultánea (con el debido emplazamiento), sin ninguna excepción.

De lo expuesto se desprende que es necesario desarrollar el contenido y alcances del derecho de contradicción sucesiva, y la posibilidad de ingreso de la fuente de prueba actuada sin contradicción simultánea.

En primer término, se desarrollará la entrevista en cámara Gesell, su naturaleza y, dentro de esta, la prueba preconstituida, para luego desarrollar sus caracteres; en segundo término, se desarrollará el derecho de contradicción sucesiva relacionado a la cámara Gesell y, dentro de ello, los supuestos de ingreso al juicio oral de la prueba preconstituida con contradicción sucesiva; y en tercer lugar, se desarrollará la equiparación de la declaración en cámara Gesell con contradicción simultánea y efectiva, con el valor probatorio de la prueba anticipada.

II. DESARROLLO DEL TEMA

1. Introducción

Determinado que la naturaleza de la entrevista única en cámara Gesell es la de ser una prueba preconstituida –por lo menos hasta ahora–, cabe mencionar sus características, resaltando dentro de estas: a) el cumplimiento de las garantías de intermediación procesal (entrevista ante y con la conducción del fiscal del caso) y de contradicción simultánea y efectiva (con emplazamiento y presencia del abogado del imputado), que tienen la misma naturaleza de la prueba anticipada; y b) que la imposibilidad de trasladar al niño, niña o adolescente víctima, al juicio oral, salvo excepciones puntuales, es una imposibilidad jurídica, ya que, se vulneraría el derecho constitucional del interés superior del niño, que viene a ser un derecho que tiene preeminencia sobre cualquier otro derecho constitucional, por tanto del derecho de defensa del imputado.

Considerando que los requisitos fundamentales de una prueba preconstituida son la observancia de la garantía de la intermediación y de contradicción, es necesario desarrollar cada una de estas garantías, especialmente, la de contradicción, en la medida en que la garantía de intermediación cumple la función de darle mayor fiabilidad de la obtención de las fuentes de prueba; y por ello, no afecta esencialmente la formación de preconstitución de la fuente de prueba; en cambio, la observancia de la garantía de contradicción es ineludible, pero no en forma absoluta, sino modulable conforme a los intereses de la

víctima y de la sociedad –interés en la administración de justicia–; es por ello que se ha determinado que existen dos formas de cumplir la garantía de contradicción: a) la contradicción simultánea y efectiva, es decir, la fuente de prueba se adquiere con presencia del abogado del imputado, quien realiza acto efectivo de fiabilidad y credibilidad de la obtención de la fuente de prueba, lo que se conoce como la contradicción en su dimensión absoluta o maximalista; y b) la contradicción sucesiva, que se presenta cuando, en el momento de la obtención de la fuente de la prueba, no fue posible emplazar en forma debida u oportuna al imputado, por varias razones objetivas, que no tienen que ver con el debido cumplimiento de funciones del órgano persecutor del delito; por ejemplo: al momento de la obtención de la fuente de prueba, el sujeto activo no estaba identificado; o estando identificado, el sujeto activo deja de ser tal e ingresa en su lugar otra persona respecto de quien no se realizó el emplazamiento; por razones del secreto en la obtención de la fuente de prueba, de modo que las partes no saben de la obtención de la fuente de prueba; por urgencia objetiva en la adquisición de la fuente de prueba (v. gr., levantamiento de huellas de zapatos en una mañana lluviosa, pues si no se hace en el acto, se perdería la fuente de prueba); urgencia para garantizar la obtención de la fuente de prueba (pues si el sujeto procesal conoce de la obtención de la fuente de prueba, esta diligencia nunca tendrá éxito); o el sujeto activo está identificado, pero se encuentra fugado; etc.

En los supuestos descritos, se hace indispensable realizar una contradicción sucesiva, lo más inmediato posible a la desaparición de la razón que impidió de manera absoluta la contradicción simultánea; en consecuencia, se cumple con la garantía de contradicción, modulada con los intereses de la víctima y la sociedad, por tanto, debe ingresar al juicio oral y fundar una sentencia condenatoria.

En dicho sentido, ha desarrollado el contenido de la contradicción el Tribunal Supremo del Reino Unido desde el año 2009, de donde procede el sistema adversarial, y ha sido asumido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos desde el año 2011. Además, conforme al sentido común, que es fundamento de la existencia de los derechos fundamentales de la persona, no existe otra manera de apreciar la contradicción como derecho fundamental de la persona, sobre todo en casos de menores agraviados por abuso sexual, en el que concurre

el derecho superior a cualquier derecho del interés superior del niño, niña o adolescente.

Las teorías que sostenían que esta clase de fuentes de prueba –con contradicción sucesiva– si deben ingresar al juicio oral, pero no fundar la sentencia condenatoria, quedaron superadas desde el año 2009.

Por otro lado, existe consenso doctrinal y jurisprudencial internacional, incluida la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en que las fuentes de prueba obtenidas con contradicción sucesiva deben ingresar al juicio oral.

La entrevista única en cámara Gesell, con observancia de la garantía de contradicción simultánea y efectiva, debe equipararse a la prueba anticipada, en la medida en que ambos actos procesales cumplen con garantizar:

- a) La fiabilidad de la fuente de prueba obtenida: si bien la prueba anticipada se realiza ante un juez, este no es el juez decisor, sino el juez de garantías, por ello, la intervención y conducción del juez de garantías de la prueba anticipada solo tiene que ver con lo fidedigno de la fuente de prueba obtenida; lo que también sucede con la entrevista única en cámara Gesell, donde el fiscal, cumpliendo su función de salvaguardar la legalidad de los actos, garantiza la fiabilidad de las fuentes de prueba que se obtienen, con el control efectivo del abogado del imputado.
- b) El ejercicio efectivo del derecho de contradicción por parte del imputado, a través de su abogado. Efectivamente, tanto en la prueba anticipada como en la entrevista en cámara Gesell con contradicción simultánea efectiva, se garantiza que el imputado realice un ejercicio efectivo del derecho de contradicción.

Las razones jurídicas expuestas, determinan que se deba desarrollar un trabajo de coordinación con los operadores del Poder Judicial, a fin de:

- Que la entrevista única en cámara Gesell, con observancia de la garantía de contradicción simultánea y efectiva, tenga el valor probatorio equiparable al valor probatorio de la prueba anticipada; y

- Que las fuentes de pruebas obtenidas sin contradicción simultánea efectiva, respecto de los cuales se realizó de manera eficaz la contradicción sucesiva, ingresen al juicio oral, para ser valoradas por los jueces de decisión y puedan fundar la sentencia condenatoria, en su caso.

2. Entrevista en cámara Gesell

2.1. Concepto

Es un acto procesal consistente en la declaración única de niños, niñas o adolescentes presuntas víctimas de abuso sexual, explotación sexual y trata con fines de explotación sexual, realizada en sala de entrevista única, bajo la conducción de fiscal competente con el apoyo del psicólogo del Instituto de Medicina Legal y con participación del fiscal de familia, en su caso, de los padres o responsables del declarante, con el debido emplazamiento del investigado identificado y apersonado y presencia de su abogado, a fin que ejerza su derecho de contradicción efectiva.

En la “Guía de procedimiento de entrevista única a víctimas en el marco de la Ley N° 30364 para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar; y, a niños y adolescentes varones víctimas de violencia”⁽¹⁾, este acto procesal se define, en el sentido conceptuado, señalando que se trata de una diligencia de declaración de niños, niñas o adolescentes presuntas víctimas de abuso sexual, explotación sexual y trata con fines de explotación sexual, conducida por el fiscal competente con apoyo de psicólogo, desarrollada en la sala de entrevista única.

La finalidad de este acto procesal de entrevista única de niños, niñas y adolescentes víctimas de abuso sexual, explotación sexual y trata con fines de explotación sexual, es evitar la revictimización de una víctima niño, niña o adolescente, conforme al Derecho Constitucional del interés superior del niño y adolescente, protegiendo de esta

(1) En la Guía de procedimiento de entrevista única a víctimas en el marco de la Ley N° 30364 para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar; y, a niños y adolescentes varones víctimas de violencia, numeral 2.1.: “La entrevista única es una diligencia de declaración testimonial, que forma parte de la investigación y está dirigida a las personas víctimas de violencia. Se desarrolla en una sola sesión, con la intervención de los operadores que participan en el procedimiento, siendo el psicólogo quien lleva a cabo la entrevista”.

manera, como derecho macro, la dignidad de la persona menor de edad o adolescente, y en forma específica, la estabilidad emocional y normal desarrollo personal del niño, niña o adolescente víctima de los ilícitos penales indicados; en este sentido, se ha pronunciado el Tribunal Constitucional español en su Sentencia N° 75/2013⁽²⁾.

El Tribunal Constitucional español, en la referida sentencia, ha establecido expresamente que “en un ámbito más cercano a la órbita de problemas que presenta el supuesto actual, hemos considerado legítimo igualmente excepcionar la citada regla general ante testigos que presenten especiales necesidades de protección debido a su minoría de edad, especialmente cuando han podido ser víctimas de un delito violento o contra su indemnidad sexual; casos en los que a la finalidad de asegurar el desarrollo del proceso penal se añadiría la necesidad de velar por los intereses del menor. En este sentido, acogiendo una consolidada jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo (entre otras, SSTEDH del 20 de diciembre de 2001, “caso: P.S. c. Alemania; 2 de julio de 2002, “caso: S.N. c. Suecia”; o 28 de setiembre de 2010, “caso: A.S. c. Finlandia”), manifestamos en la STC Exp. N° 174/2011, del 7 de noviembre, que en tales casos “la causa legítima que justifica la pretensión de impedir, limitar o modular su presencia en el juicio oral para someterse al interrogatorio personal de la acusación y la defensa, tiene que ver tanto con la naturaleza del delito investigado (que puede reclamar una mayor garantía de su intimidad) como con la necesidad de preservar su estabilidad emocional y normal desarrollo personal”, que podría verse gravemente alterada con la inserción del menor en entorno de un procedimiento penal y, en particular, con el sometimiento al debate contradictorio entre las partes inherentes a la dinámica del juicio oral. En tales supuestos, las manifestaciones verbales de los menores podrían llegar a erigirse en prueba de cargo decisiva para fundar la condena, si bien únicamente cuando se hubiera dado al acusado la posibilidad “de ejercer adecuadamente su derecho

(2) Sentencia, Sala Primera del Tribunal Constitucional español N° 75/2013, del 8 de abril de 2013; II. *grounds* numeral 4.: “(...) la causa legítima que justifica la pretensión de impedir, limitar o modular su presencia en el juicio oral para someterse al interrogatorio personal de la acusación y la defensa, tiene que ver tanto con la naturaleza del delito investigado (que puede reclamar una mayor garantía de su intimidad) como con la necesidad de preservar su estabilidad emocional y normal desarrollo personal’ (f. j. 3), que podría verse gravemente alterada con la inserción del menor en entorno de un procedimiento penal y, en particular, con el sometimiento al debate contradictorio entre las partes inherente a la dinámica del juicio oral (...)”.

de defensa, a cuyo fin los órganos judiciales están obligados, simultáneamente, a tomar otras precauciones que contrapesen o reequilibren los déficits de defensa que derivan de la imposibilidad de interrogar personalmente al testigo de cargo en el juicio oral”, y que pasarían por ofrecer “una oportunidad de observar dicha exploración, bien en el momento en que se produce o después, a través de su grabación audiovisual”, y por “tener la posibilidad de dirigir preguntas al menor, de forma directa o indirecta, bien durante el desarrollo de la primera exploración o en una ocasión posterior” (STC Exp. N° 174/2011, citando el “caso A.S. c. Finlandia”)⁽³⁾.

2.2. Naturaleza

La declaración única de niños, niñas o adolescentes presuntas víctimas de abuso sexual, explotación sexual y trata con fines de explotación sexual, tiene la naturaleza de prueba preconstituida.

2.2.1. Prueba preconstituida

A. Concepto

La prueba preconstituida está referida a la obtención de una fuente de prueba en la etapa de investigación, sea investigación preliminar o preparatoria, o incluso en la etapa intermedia, pero, siempre antes del juicio oral, y que no se encuentra disponible física o jurídicamente para su actuación en juicio oral; de ahí que puede ser definida como aquella fuente de prueba adquirida antes del juicio oral, ya sea en la etapa de investigación o etapa intermedia, conforme a las normas procesales de validez y observando la garantía de inmediación (en los que corresponda) y la garantía de contradicción simultánea o sucesiva.

En el sentido conceptualizado, Gimeno Sendra⁽⁴⁾ ha precisado que la prueba preconstituida es una prueba documental, que puede practicar

(3) Sentencia, Sala Primera del Tribunal Constitucional español N° 75/2013, del 8 de abril de 2013; II. *grounds* numeral 4.

(4) GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. 2ª edición, Editorial Colex, Madrid, 2007, p. 379. “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 los que destaca la de garantizar la posibilidad de contradicción y que también hemos estudiado, posibilitan su introducción en el juicio oral, a través de la lectura de documentos, como documentos públicos oficiales suficientes para fundar una sentencia de condena”.

el juez de instrucción y su personal colaborador, sobre hechos irrepetibles, que no pueden ser trasladados al momento de realización de juicio oral; por otro lado, Climent Durán⁽⁵⁾ señala que la prueba preconstituida es la diligencia policial o sumarial esencialmente irreproducible durante el juicio oral, tal como se produjeron inicialmente.

B. Requisitos de la prueba preconstituida

Para que una prueba tenga la calidad de prueba preconstituida, deben concurrir los siguientes requisitos:

- a) Las fuentes de prueba en el proceso penal deben ser adquiridas mediante actos procesales que tengan sus elementos formales de tiempo, lugar y modo previsto por la norma procesal penal. Guzmán Fluja⁽⁶⁾ indica que las fuentes de prueba quedan siempre preconstituidas en tanto que han pasado por el filtro de la investigación (instrucción) y de las reglas legales que la gobiernan.
- b) Que no exista la posibilidad física o jurídica de trasladar al juicio oral la fuente de prueba, a fin de ser actuada en el juicio oral, con las garantías de inmediación, oralidad, publicidad y, sobre todo, contradicción. En ese sentido, Talavera Elguera⁽⁷⁾ indica que en la prueba preconstituida existe dificultad en la disponibilidad de la fuente de prueba en el juicio oral.
- c) El acto procesal de adquisición de la fuente de prueba (datos, información, etc.) debe realizarse observando la garantía de **inmediación** (cuando corresponda) y la garantía constitucional de **contradicción** simultánea de preferencia o una contradicción sucesiva o diferida.

(5) CLIMENT DURÁN, Carlos. *La Prueba Penal*. Tomo II, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia 2005, p. 1097. "Se trata de aquellas diligencias policiales o sumariales que, por su propia naturaleza, son esencialmente irreproducibles durante el juicio oral, tal como se produjeron inicialmente. De ahí que se haga preciso traer el acta policial o judicial que entonces se levantó, dar lectura a su contenido y además oír como testigos a quienes intervinieron en su realización".

(6) GUZMÁN FLUJA, Vicente C. *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*. Editorial Tirant lo Blanch, 2006, p. 323. "Las fuentes de prueba en el proceso penal quedan siempre preconstituidas en tanto en cuanto han pasado por el filtro de la instrucción y de las reglas legales que la gobiernan (...)".

(7) TALAVERA ELGUERA, Pablo. *La prueba en el nuevo proceso penal*. Editorial AMAG, Lima, 2009, p. 73. "La dificultad en la disponibilidad de la fuente de prueba para el juicio".

En relación con los requisitos de la prueba preconstituida, el Tribunal Supremo español, en su Sentencia N° 357/2014⁽⁸⁾, específicamente al tratar la declaración de testigos con dicha calidad, ha precisado que: (...) “será necesario que concurren unos requisitos adicionales: i) que la diligencia sea intervenida por la autoridad judicial, lo que aquí no supone problema alguno; ii) **cuando sea factible**, que se haya dado oportunidad efectiva a la defensa del inculpado a participar activamente en la práctica de la diligencia sumarial; y iii) que se hayan realizado los esfuerzos razonables conducentes a conseguir la presencia en el plenario del testigo”.

2.3. Principio de inmediación y contradicción y preconstitución

2.3.1. El principio de inmediación en la prueba preconstituida

Este principio hace referencia a la inmediación en la investigación del delito, que tiene como efecto más importante darle más fiabilidad a la adquisición de la fuente de prueba. Para Guzmán Fluja⁽⁹⁾, el cumplimiento de este principio es una garantía de legalidad del acto, vale decir, es una garantía del cumplimiento de los requisitos de forma y de fondo de los actos procesales de obtención de las fuentes de prueba, especialmente referido al cumplimiento de la garantía de contradicción; en sentido parecido también ha señalado Neyra Flores⁽¹⁰⁾ que la inmediación hace que la información que se obtiene en el proceso sea confiable.

La inmediación procesal en la etapa de investigación, para fines de la preconstitución probatoria, consiste en que las fuentes de prueba, deben ser adquiridas en presencia del fiscal; obviamente, sin perjuicio de la participación de los demás sujetos procesales o, por lo menos,

(8) Sentencia del Tribunal Supremo español N° 357/2014 de TS, Segunda Sala de lo Penal, 16 de abril de 2014, fundamento tercero.

(9) GUZMÁN FLUJA, Vicente C. Ob. cit., p. 342. “la presencia del juez de instrucción en la realización de una diligencia de instrucción, la que se puede llamar inmediación instructoria, es una garantía de legalidad del acto, de que se cumple con todos los requisitos legales exigidos, incluido, en su caso, el de la audiencia a la parte contraria para que pueda ejercer la contradicción. La garantía de la regularidad del procedimiento influye en la información que se recoge, la hace por ese lado más confiable, pero no puede afirmarse que la presencia del juez haga verdad lo que no lo es (es decir, no puede evitar, por ejemplo, que el testigo haya mentado, o que su percepción de los hechos fue deficiente)”.

(10) NEYRA FLORES, José Antonio. *Manual del nuevo proceso penal y de litigación oral*. Idemsa, Lima, 2010, p. 778. “La inmediación nos dice que la información, para ser confiable, debe ser percibida directamente por los jueces, lo que busca este principio, es que nadie medie entre el juez y la percepción directa del caso (...)”.

dando la posibilidad a estos de participar en la obtención de la fuente de prueba y a través del medio probatorio más cercano al hecho a probar. En ese sentido, González Navarro⁽¹¹⁾ ha precisado que la inmediatez subjetiva o formal exige que el tribunal tome conocimiento directo del material probatorio, lo que debe hacerse utilizando el medio probatorio más cercano al hecho a probar.

La inmediatez en los actos procesales de obtención de las fuentes de prueba se materializa con la presencia del fiscal en los actos procesales referidos, quien conduce dicho acto procesal, que, como se dijo, le da más fiabilidad a la fuente de prueba obtenida, lo que no quiere decir que las fuentes de prueba obtenidas sin presencia fiscal no tengan valor probatorio o fiabilidad; claro que la tienen, solo que su fiabilidad es disminuida, salvo algunas excepciones puntuales, como es el caso concreto de la fuente de prueba personal, que necesariamente debe ser adquirida con la inmediatez procesal simultánea, para que tenga calidad de prueba preconstituida.

Si la obtención de la fuente de prueba se realiza sin la inmediatez procesal simultánea, aún es posible realizar una inmediatez procesal sucesiva, a través del control de legalidad de los actos procesales, que realiza el fiscal sobre los actos de la Policía Nacional.

La fuente de prueba obtenida sin presencia fiscal (sin inmediatez) tiene valor probatorio y sirve para fundar sentencia condenatoria si no se vulneró el principio de contradicción, ya sea en su intensidad maximalista –contradicción simultánea– o en su intensidad mínima –con contradicción sucesiva–; así lo ha expresado Guzmán Fluja⁽¹²⁾, pre-

(11) GONZÁLEZ NAVARRO, Antonio Luis. *La prueba en el sistema acusatorio*. Editorial Leyer, Bogotá, 2011, pp. 677-678. “(...) la inmediatez subjetiva o formal que exige que el Tribunal que va a dictar la sentencia tome conocimiento directo y en consecuencia se forme así su convicción, del material probatorio que ha sido reproducido en su presencia, junto con todos los demás sujetos del proceso, puede ser garantizada principalmente por medio de un juicio oral que obliga a las partes, al juez y al fiscal, estar presentes en el juicio y a proceder a recibir en forma directa, sin delegación y sin solución de continuidad, todos los elementos de prueba aceptados en el juicio (...) la inmediatez objetiva o material, según la cual el Tribunal debe obtener el conocimiento y formar su convicción, utilizando el medio probatorio más cercano al hecho a probar, entre todos los medios concurrentes, también es posible alcanzarla principalmente por medio de la oralidad, de manera más eficiente que la escritura, pues la comparación y el análisis se facilitan bastante mas cuando los elementos de prueba son recibidos por todos los sujetos del proceso, de manera concentrada y continua, como se realiza en el juicio oral (...)”.

(12) GUZMÁN FLUJA, Vicente C. Ob. cit., pp. 342-345. “(...) Se hace referencia a que toda la instrucción está bajo el control de juez y por ello este se convierte en garante simultáneo o posterior del cumplimiento de la legalidad. Si el acto de investigación requiere la restricción de un derecho fundamental, salvo casos de urgencia, debe recabarse la previa autorización judicial; en caso de urgencia, cuando así lo

cisando que la inmediación ya no adquiere solo un significado como percepción fiscal directa, sino como percepción diferida o sucesiva, salvo algunos actos procesales, en los que la norma procesal prevé su observancia obligatoria, como es el caso de lo previsto por el Código Procesal Penal de 2004, que de manera expresa prescribe que las declaraciones de los testigos (testigos y agraviados) deben realizarse con la inmediación procesal, como requisito de su preconstitución probatoria y, en tal condición, se utilizase en el juicio oral, como prueba de cargo para sustentar una sentencia condenatoria; así lo prescribe el literal d) del numeral 1 del artículo 383 del Código Procesal Penal de 2004, que expresamente establece:

“Artículo 383.

1. Solo podrán ser incorporados al juicio para su lectura:

(...)

d) Las actas conteniendo la declaración de testigos actuadas mediante exhorto. También serán leídas las declaraciones prestadas ante el fiscal con la concurrencia o el debido emplazamiento de las partes, siempre que se den las condiciones previstas en el literal anterior; y,

(...)”.

Esta garantía de inmediación procesal es la que corresponde a la obtención de pruebas en la etapa de investigación del delito, que no podrán ser trasladadas al juicio oral para su actuación, en la medida en que existe imposibilidad física o jurídica. Esta inmediación es distinta a la inmediación procesal del juicio oral.

La naturaleza de las diligencias a realizarse determinan que la presencia fiscal en la realización de los actos procesales de obtención de la fuente de prueba no siempre será posible, como es el caso de la urgencia en la realización de la diligencia o de la necesidad de evitar la

prevé la ley, no necesita esa previa autorización pero es imprescindible el control posterior del juez. Y el juez siempre estará al requerimiento de las partes para examinar la legalidad de lo actuado (...); (...) la inmediación del juez instructor puede entenderse en un sentido amplio (...). La inmediación ya no adquiere solo un significado como percepción judicial directa, sino como percepción judicial diferida o sucesiva. En cualquier caso, bastante a los efectos que se requiere con la presencia de un juez durante la investigación del delito. De oficio o a instancia de parte el control judicial de la legalidad y regularidad de lo que se actúa en la instrucción es siempre posible”.

desaparición de la fuente de prueba; por otro lado, el sentido común exterioriza que es imposible que un fiscal siempre esté presente en todas las operaciones y actos relacionados con la investigación de un delito concreto, como por ejemplo, en la pericia toxicológica, pericia psicológica, levantamiento de huellas o evidencias físicas urgentes. Así lo ha expuesto Guzmán Fluja⁽¹³⁾.

2.3.2. Garantía de contradicción

Este principio de contradicción se abordará en forma amplia al tratar la contradicción simultánea y sucesiva, referida a la declaración única en cámara Gesell; solo diremos por ahora que la esencia del derecho de contradicción consiste en que el sujeto procesal a quien se opone un elemento de convicción o prueba, tenga la posibilidad de conocer y discutir, refutar o confrontar dicha prueba, teniendo en cuenta la conducta imputada en el proceso penal.

Es preciso señalar que esta facultad de controvertir la prueba que se le opone al sujeto procesal se cumple con otorgamiento jurídico y físico de la posibilidad de confrontar la imputación y las pruebas que se le oponen; por tanto, constitucionalmente, no es necesario que efectivamente confronte o discuta la conducta imputada o el elemento de convicción o prueba que se le opone. En el sentido señalado, ha expresado el Tribunal Constitucional en su sentencia dictada en el Exp. N° 06998-2006-PHC/TC⁽¹⁴⁾, que la ausencia del derecho fundamental de defensa, como la garantía suprema de un verdadero proceso, determinará que no haya contradictorio dentro del proceso. La contradicción podrá ser maximalista –contradicción simultánea efectiva– o podrá ser sucesiva o diferida; las dos intensidades de contradicción

(13) GUZMÁN FLUJA, Vicente C. Ob. cit., p. 344. “(...) la intermediación o presencia directa del juez de instrucción en la práctica de las diligencias de investigación que originan las fuentes de prueba no siempre es posible. En ello influyen razones distintas, como la urgencia en la realización de la diligencia o acto instructorio, o como, sencillamente, el propio sentido común que nos dice que es imposible que un juez esté siempre presente en todas las operaciones y actos relacionados con la investigación de un delito concreto (por ejemplo, piénsese en los análisis toxicológicos, en el análisis de una huella dactilar, etc.). Y tampoco es exigible que el juez acompañe y vigile constantemente las huellas, vestigios, efectos, etc., relacionados con el delito y que se han obtenido (...)”.

(14) STC Exp. N° 06998-2006 PHC/TC, Cuzco, Carmen Najarro Villagaray y otros, fundamento 3. “(...) el derecho fundamental de defensa está considerado como la fuerza motriz del proceso; como la garantía suprema que atiende a su esencia misma, pues sin él no estaremos ante un verdadero proceso, toda vez que, ante su ausencia, no habrá contradictorio, siendo este un atributo principal de las partes sujetas a proceso. De otro lado, este derecho tiene su origen en el precepto sustancial según el cual nadie puede ser juzgado sin ser oído y vencido en juicio”.

garantizan el ejercicio del derecho de contradicción, por tanto, sirven para fundar una sentencia condenatoria.

2.4. Características

Del concepto desarrollado sobre esta diligencia, se desprenden sus características, que son los siguientes:

2.4.1. Es una declaración única

Esta declaración se caracteriza por ser una única declaración, debido a que no estará disponible (irrepetibilidad) para el examen testimonial en juicio oral, evitando con ello la revictimización o victimización secundaria, que precisamente se presenta cuando a la víctima menor o adolescente se somete a la repetición de la descripción del suceso traumático que sufrió; precisamente, el examen en el juicio oral a la víctima es una revictimización; es, además, una revictimización de las más graves a que se puede someter a una víctima menor o adolescente de abuso sexual.

Esta revictimización es tan grave en la medida que el acto de juicio oral se producirá necesariamente después de un tiempo considerablemente prolongado desde la comisión de los hechos; hasta entonces, la víctima menor o adolescente se encuentra en proceso avanzado de recuperación psicológica del trauma sufrido, que ha logrado por el tratamiento psicológico y por el transcurso del tiempo. Obligar a una víctima que se encuentra en proceso de franca recuperación psicológica a que repita la descripción de los hechos traumáticos que sufrió es muy grave, y viola el derecho constitucional del interés superior del niño y adolescente. La victimización secundaria fue desarrollada por el Acuerdo Plenario N° 1-2011/CJ-116, fundamento 17⁽¹⁵⁾, que expresa que una de las formas de revictimización es la repetición del suceso ante la Policía Nacional, psicólogo, abogado, juez, etc., prolongando el trauma de la víctima de abuso sexual.

(15) ACUERDO PLENARIO N° 1-2011/CJ-116; asunto: apreciación de la prueba en los delitos contra la libertad sexual; Lima, 6 de diciembre de 2011; fundamento 37. 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.

De lo expuesto hasta aquí, se hace necesario el desarrollo de dos temas importantes: a) la indisponibilidad (o irrepitibilidad) de la declaración de la víctima niño, niña o adolescente de abuso sexual; y b) el respeto al derecho constitucional del niño o adolescente del interés superior del niño, niña o adolescente.

2.5. La indisponibilidad de la declaración de la víctima niño o adolescente de abuso sexual para el juicio oral

2.5.1. Indisponibilidad, irrepitibilidad o irreproducibilidad

Antes de hablar de disponibilidad de una fuente de prueba en el juicio oral, es necesario precisar los conceptos de las palabras irrepitibilidad (irreproducibilidad) de la prueba en juicio oral y diferenciarlo del concepto de disponibilidad e indisponibilidad de la prueba.

Semánticamente⁽¹⁶⁾, irrepitible es aquello que no se repite, y repetir significa volver a hacer o decir lo hecho o dicho; estando a este concepto, conforme a la naturaleza de la fuente de prueba actuada en la investigación del delito y a la naturaleza del juicio oral, se concluye que las fuentes de prueba actuadas en la investigación no se repiten en el juicio oral, ya que en este acto procesal de juicio oral la fuente de prueba se practicará a través del medio de prueba respectivo. Primero, con la intervención del juez decisor, segundo en circunstancias y tiempo distintos, y tercero, sobre todo, respetando los principios de publicidad, oralidad, inmediación y contradicción, que la diferencia claramente de la actuación en la investigación. Lo mismo se concluye con la palabra reproducibilidad, ya que una fuente de prueba producida en la investigación no se puede reproducir en el juicio oral. De lo que debe tratarse es de la disponibilidad de la fuente de prueba para el juicio oral; en este sentido, Guzmán Fluja⁽¹⁷⁾ señala que solo puede tener calidad de prueba aquello actuado en juicio oral, por tanto, no

(16) Palabra irrepitible. Adj. que no puede repetirse”. Palabra repetible. “Tr. volver a hacer o decir lo hecho o dicho (...)”.

(17) GUZMÁN FLUJA, Vicente C. “La anticipación y aseguramiento de la prueba penal”. En: *Prueba y Proceso Penal*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 199-200. “(...) en segundo lugar, hay que desterrar del vocabulario lingüístico del proceso penal las palabras irrepitibilidad (irreproducibilidad) de la prueba. Si solo es prueba la que se celebra en el juicio oral cae por su propio peso que el juicio oral no es un lugar para repetir algo que solo puede existir dentro de él. La prueba o existe dentro del juicio oral o no existe, pero no es posible hablar de prueba (...) que se haya formado fuera del juicio oral y que haya devenido irrepitible, cualquiera que sea la circunstancias, en él (...). En este sentido afirmo que, en mi opinión, no hay pruebas irreproducibles, ni pruebas que no sean de imposible repetición,

se puede repetir aquello que solo puede existir dentro del juicio oral; siendo que el problema es la disponibilidad de la fuente de prueba. Aunque debe precisarse que no se trata de disponibilidad de una prueba, sino de la disponibilidad de la actuación de una fuente de prueba a través del medio probatorio respectivo; sentido en que también se ha expresado Talavera Elguera⁽¹⁸⁾, quien señala que las fuentes de prueba no son ni dejan de ser reproducibles o repetibles, sino que están no están, es decir, se pueden disponer o no de ellas.

2.5.2. Disponibilidad de la fuente de prueba

La disponibilidad debe entenderse como la posibilidad de presentar directa y actualmente a la fuente de prueba ante el juez de decisión, a fin de que este adquiera los datos o informaciones de la realidad jurídico-social, pertinentes e idóneos para acreditar todo o parte de los extremos de la teoría del caso respectivo, a través de la actuación del medio probatorio correspondiente; es decir, la disponibilidad hace referencia a la posibilidad de disponer de manera directa y actual de la fuente de prueba. Esta posibilidad de disponer la fuente de prueba puede ser física o jurídica.

Sobre la posibilidad de disponer de las fuentes de prueba, Guzmán Fluja⁽¹⁹⁾ señala que la disponibilidad se presenta cuando la fuente de prueba se puede presentar directamente y de manera actual ante el juez decisor, a fin que este juez adquiera datos, informaciones o elementos mediante la práctica del medio de prueba; entendiendo a la no disponibilidad de la fuente de prueba como de naturaleza relativa, ya que en su momento era disponible, pero en el momento actual ya no

en el juicio oral. En todo caso se podrá hablar de otro problema (...). Y ese problema es el de la no disponibilidad de la fuente de prueba en el momento del juicio oral”.

(18) TALAVERA ELGUERA, Pablo. Ob. cit., p. 72. “(...) Las fuentes de prueba no son ni dejan de ser reproducibles o repetibles. Son utilizables o no utilizables, y a los efectos del proceso penal: son o no son, están o no están, se pueden disponer de ellas o no se pueden disponer de ellas”.

(19) GUZMÁN FLUJA, Vicente C. Ob. cit., 2008, p. 202”. “(...) La disponibilidad de las fuentes de prueba implica que pueden ser presentadas directamente y en sí mismas, de manera actual, ante el juez de la decisión y que este adquiere los datos, informaciones o elementos respectivos, mediante la práctica del oportuno medio de prueba (...) la no disponibilidad de la fuente debe considerarse un fenómeno de carácter relativo (...) la no disponibilidad es remediable, y en ese sentido es relativa. Por lo mismo se comprenderá con facilidad que es una no disponibilidad actual o futura, siempre en relación al momento en que se constata o surge; asimismo en relación con este concreto momento, se puede afirmar que en el pasado la fuente de prueba estuvo disponible al menos en un momento y pudo adquirirse para el proceso penal”.

lo es. Por otro lado, Talavera Elguera⁽²⁰⁾ precisa que el problema de la disponibilidad tiene que ver con el traslado de la fuente de prueba al juicio oral, con el fin de convertirse en auténtica prueba y, para ello, la fuente de prueba debe estar disponible.

Este desarrollo del concepto de disponibilidad de estos autores, hace referencia solo a la disponibilidad física de las fuentes de prueba, pero omite comprender dentro del concepto de disponibilidad a la disponibilidad jurídica de las fuentes de prueba, como es el caso referido a la declaración de niños, niñas y adolescentes víctimas de abuso sexual, cuya indisponibilidad en el juicio oral no sucede por una razón física, sino por razones jurídicas, en la medida en que el Derecho Constitucional del interés superior del niño, obliga al Estado a no revictimizar a dichas personas, sometiéndolas a interrogatorios sucesivos.

2.5.3. Clases de disponibilidad

Como se adelantó, la disponibilidad de la fuente de prueba para el juicio oral debe entenderse como la posibilidad de su presentación directa y actual de la fuente de prueba, posibilidad que puede ser de naturaleza física o jurídica.

A. Disponibilidad física

La disponibilidad física hace referencia a la posibilidad física de disponer de una fuente de prueba para el momento del juicio oral y presentarla al juez decisor, para que, a través de la práctica del medio probatorio respectivo, se viertan datos e informaciones pertinentes e idóneos, conforme a los principios de publicidad, oralidad, inmediatez y contradicción, y así acrediten todo o un extremo de la teoría del caso correspondiente. Es decir, se refiere a la posibilidad factual de disponer de la fuente de prueba; por ejemplo, la presencia física del perito, quien concurre al juicio oral para su examen correspondiente.

(20) TALAVERA ELGUERA, Pablo. Ob. cit., p. 72. “No existe un problema de repetibilidad o reproducibilidad de actos, ya que los actos no son sino medios para adquirir conocimientos, datos e informaciones que primero sirven a la propia investigación, para definirla, orientarla, etc., y luego como fuentes de prueba. Existe un problema de traslado de las fuentes de prueba al juicio oral para que se someta a las reglas de este, con el fin de convertirse en auténtica prueba. Para trasladar, para introducir las fuentes de prueba, lo que necesito es que estén disponibles”.

La imposibilidad física de disponer de una fuente de prueba hace referencia a la imposibilidad de hecho o factual de que una fuente de prueba pueda ser presentada en el juicio oral, como es el caso de la muerte del testigo presencial de la conducta delictual imputada.

B. Disponibilidad jurídica

La disponibilidad jurídica debe entenderse como la posibilidad jurídica de disponer de una fuente de prueba para presentarla directamente ante el juez de decisión en el juicio oral respectivo, para que, a través de la práctica del medio probatorio respectivo, se viertan datos e informaciones pertinentes e idóneos, conforme a los principios de publicidad, oralidad, inmediación y contradicción, y así acrediten todo o un extremo de la teoría del caso correspondiente. La posibilidad jurídica de disponer significa que la presentación de la fuente de prueba en el juicio oral no contraria a una norma jurídica que reconoce un derecho fundamental; en el sentido expuesto, De la Puente y Lavalle⁽²¹⁾ señala que la imposibilidad jurídica implica la disconformidad con un precepto de derecho.

La imposibilidad jurídica de disponer una fuente de prueba para presentarla en el juicio oral no debe ser cualquier imposibilidad jurídica, sino únicamente la originada en la contrariedad con el ordenamiento constitucional, que reconoce un derecho que sería lesionado si la fuente de prueba se lleva al juicio oral; esta limitación tiene explicación en la concurrencia del derecho constitucional a la contradicción que tiene el acusado, para que las fuentes de prueba puedan ser objeto de una debida refutación; derecho que sufre una limitación, no de una privación, ya que en la preconstitución de la actuación de la fuente de prueba respectiva debe garantizarse el derecho del imputado al ejercicio de su derecho de contradicción, lo que se materializa con el debido emplazamiento y otorgamiento de la posibilidad de realizar todos los actos de contradicción en la actuación de la fuente de prueba.

(21) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*. Tomo II, 2ª edición, Palestra Editores, Lima, 2001, p. 41. "Es jurídicamente imposible la prestación que implica la disconformidad de ella con un precepto de Derecho, o sea cuando existe un obstáculo legal. Tal es el caso de la entrega de un producto que está prohibido fabricar, de dar un bien mueble para la constitución e una hipoteca".

2.6. La imposibilidad jurídica de la declaración de niño o adolescente víctima de abuso sexual en juicio oral

2.6.1. Interés superior del niño

A. Naturaleza del interés superior del niño

En la Constitución Política del Estado no existe una referencia directa al principio de interés superior del niño, niña y adolescente, lo que ha determinado que el Tribunal Constitucional, a través de diversas sentencias, se haya encargado de precisar que este principio tiene reconocimiento implícito en la Constitución, como también lo ha hecho la Corte Suprema de la República.

El principio de interés superior del niño, niña y del adolescente es un principio constitucional que forma parte del bloque de constitucionalidad del artículo 4 de la Constitución, por estar contenido en este precepto de manera implícita; pero tiene un reconocimiento explícito por la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 y en la Declaración de los Derechos del Niño; desarrollado por el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes. Estas normas, expresamente establecen:

1. El artículo 4 de la Constitución, prescribe: “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono (...)”.
2. La Convención sobre los Derechos del Niño establece de manera explícita el principio del interés superior del niño, niña y adolescente, en sus artículos 3 y 27, que prescribe:

“Artículo 3

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.
2. Los Estados partes 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, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”.

“Artículo 27

1. Los Estados partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.
2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.

(...)”.

3. El artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes establece de manera expresa el interés superior del niño, niña y adolescente, al prescribir:

“En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el principio del interés superior del niño y del adolescente y el respeto a sus derechos”.

El Tribunal Constitucional, en la Sentencia N° 02132-2008-PA/TC⁽²²⁾, ha establecido que el principio constitucional de protección del interés superior del niño, niña y adolescente constituye un contenido constitucional implícito del artículo

(22) Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 02132-2008-PA/TC-ICA, “Caso: Rosa Felicitia Elizabeth Martínez García”. Lima, 9 días del mes de mayo de 2011; fundamento 5. El principio constitucional de protección del interés superior del niño, niña y adolescente constituye un contenido constitucional implícito del artículo 4 de la Norma Fundamental en cuanto establece que: “la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, (...)”. Tal contenido de fundamentalidad es reconocido a su vez por la “Convención sobre los Derechos del Niño” de 1989, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por el Estado peruano mediante Resolución Legislativa N° 25278 del 3 de agosto de 1990, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 4 de agosto de 1990. El texto de la mencionada Convención se publicó en Separata Especial el 22 de noviembre de 1990 y mediante Ley N° 25302, publicada el 4 de enero de 1991, se declaró de preferente interés nacional la difusión de la “Convención sobre los Derechos del Niño”.

4 de la Constitución; en tanto que en la Sentencia N° 6165-2005-HC/TC⁽²³⁾ señaló que el principio del interés superior del niño y del adolescente forma parte del bloque de constitucionalidad del artículo 4 señalado.

B. Concepto del interés superior del niño, niña y adolescente

El principio constitucional del interés superior del niño, niña y adolescente es un valor especial y superior dentro del orden de prelación y jerarquías existente al interior de una Constitución, según el cual los derechos fundamentales del niño, niña y adolescente, y en última instancia su dignidad, tienen fuerza normativa superior en el momento de la producción y en el momento de la interpretación de las normas jurídicas; siendo, por tanto, un principio de ineludible materialización para el Estado, la sociedad en su conjunto y la familia o quien sea el responsable de velar por sus derechos fundamentales.

El concepto del principio del interés superior del niño, niña y adolescente fue desarrollado por el Tribunal Constitucional, en varias sentencias; es así, que en la Sentencia N° 02132-2008-PA/TC, caso Martínez García⁽²⁴⁾, precisó que el interés superior del niño se constituye en aquel valor especial y superior según el cual los derechos fundamentales del niño, niña y adolescente y su dignidad, tienen fuerza normativa superior al momento de la producción e interpretación de las

(23) Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 6165-2005-HC/TC, Lima, “Caso: Blanca Lucy Borja Espinoza”. Lima, 6 de diciembre de 2005; fundamento 12. La tutela permanente que con esta disposición se reconoce tiene una base justa en lo que se ha señalado como interés superior del niño y del adolescente, doctrina que se ha admitido en el ámbito jurídico como parte del bloque de constitucionalidad del mencionado artículo 4, a través del artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes y, en el espectro internacional, gracias al principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño y al artículo 3, inciso 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Una doctrina de este tipo posee un carácter eminentemente especial cuando media un desamparo para los menores de edad (situación objetiva de abandono), como la que ha sido reconocida constitucionalmente.

(24) Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 02132-2008-PA/TC-ICA, “Caso: Rosa Felicit Elizabeth Martínez García”. Lima, 9 días del mes de mayo de 2011; fundamento 10. De este modo, el principio constitucional de protección del interés superior del niño, niña y adolescente se constituye en aquel valor especial y superior según el cual los derechos fundamentales del niño, niña y adolescente, y en última instancia su dignidad, tienen fuerza normativa superior no solo en el momento de la producción de normas, sino también en el momento de la interpretación de ellas, constituyéndose por tanto en un principio de ineludible materialización para el Estado, la sociedad en su conjunto y la propia familia, incluidos claro está el padre, la madre o quien sea el responsable de velar por su derechos fundamentales.

normas; asimismo, en la Sentencia N° 0298-1996-AA/TC⁽²⁵⁾ ha señalado que este principio, dentro del orden de prelación y jerarquías existente al interior de una Constitución, es el que mayor importancia reviste para un Estado y su colectividad.

Debe tomarse en cuenta que la protección de la dignidad del niño o su desarrollo físico, psíquico o social no se encuentran supeditados a la voluntad de sus padres, responsables de su tutela o a los intereses de la sociedad o del Estado; en ese sentido se pronunció la sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Exp. N° 02132-2008-PA/TC⁽²⁶⁾, donde se estableció que “el hecho de que un niño o una niña tengan un padre, madre o responsable de su tutela, no implica en modo alguno que la protección de su dignidad o su desarrollo físico, psíquico o social se vean supeditados a la voluntad de tales personas adultas. Ni el interés del padre, madre o responsable de su tutela, ni aquellos intereses del Estado o de la sociedad pueden anteponerse a aquellos derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes”.

C. Deberes que surgen del principio del interés superior del niño, niña y adolescente

La protección del interés superior del niño, niña y adolescente está a cargo del Estado, siendo este deber de carácter ineludible, pero, además, este deber se hace extensivo a la comunidad; en este sentido, el Tribunal Constitucional ha establecido en la Sentencia N° 03744-2007-PHC/TC⁽²⁷⁾ que la preservación del interés superior del niño y del adolescente es una obligación ineludible de la comunidad y principalmente del Estado.

(25) Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 0298-1996-AA/TC. “(...) dentro del orden de prelación y jerarquías existente al interior de una Constitución, es decididamente un hecho incontrovertible, que mayor importancia reviste para un Estado y su colectividad, el proteger a la infancia y más aún, si se encuentra en situación de abandono, que promover la seguridad como valor aislado, pues independientemente de que tal dispositivo reposa directamente sus fundamentos en el artículo 1 de la Norma Fundamental y es, por consiguiente, rigurosamente tributario del principio ‘Dignidad de la Persona’, a la larga, del cumplimiento de un dispositivo, depende, en los hechos, la eficacia y vigencia del otro (...)”.

(26) Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 02132-2008-PA/TC-ICA, “Caso: Rosa Felicit Elizabeth Martínez García”, Lima, 9 días del mes de mayo de 2011, fundamento 11.

(27) Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp N° 03744-2007-PHC/TC, “(...) En efecto, como uno de los contenidos constitucionalmente protegidos del artículo 4 de la Constitución que establece que: ‘La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente (...)’, se encuentra la preservación del interés superior del niño y del adolescente como una obligación ineludible de la comunidad y principalmente del Estado (...)”.

C.1. Deber ineludible del Estado de proteger el interés superior del niño, niña y adolescente

El deber ineludible del Estado de proteger el interés superior del niño, niña y adolescente ha sido desarrollado por el Código de los Niños y Adolescentes, en su artículo IX del Título Preliminar, que prescribe que el Estado debe adoptar las medidas necesarias para proteger el interés superior del niño, a través de sus poderes: Ejecutivo, Legislativo y Poder Judicial, y los órganos constitucionales autónomos, como el Tribunal Constitucional y el Ministerio Público; en ese sentido, señaló el Tribunal Constitucional en su sentencia dictada en el Exp. N° 03744-2007-PHC/TC⁽²⁸⁾, que el contenido del deber ineludible del Estado de proteger el interés superior del niño fue desarrollado por el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes.

C.2. Protección del interés superior del niño, niña y adolescente en el proceso judicial penal

El proceso judicial en materia penal se encuentra a cargo de dos entidades del Estado. Por un lado, el Ministerio Público, como órgano constitucional autónomo y titular del ejercicio de la acción penal pública y del deber de la carga de la prueba, quien se encarga de la investigación del delito –investigación preliminar y la investigación preparatoria–. Por otro lado, el Poder Judicial, que se encarga de dirigir la etapa intermedia y el juicio oral, decidiendo el caso, en forma definitiva –cosa juzgada–. Sin perjuicio de lo afirmado, se debe tener en cuenta el papel trascendental del Tribunal Constitucional, como órgano supremo de interpretación constitucional, en la materialización de la protección del interés superior del principio que se comenta.

En el proceso judicial en que se encuentra inmerso el derecho fundamental de un niño, niña o adolescente, estos no son una parte más, sino que constituyen una parte con características especiales respecto

(28) Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 03744-2007-PHC/TC “(...) la preservación del interés superior del niño y del adolescente como una obligación ineludible (...) del Estado. Desarrollado tal contenido, el Código de los Niños y Adolescentes ha precisado en el artículo IX que ‘En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos’”.

de las demás, debiendo dárseles un trato prioritario y respetuoso de sus derechos, pues son de interés superior. En ese sentido, el Tribunal Constitucional, en la sentencia dictada en el Exp. N° 03744-2007-PHC/TC⁽²⁹⁾, establece que en todo proceso judicial en el que se deba verificar la afectación de los derechos fundamentales de niños o menores de edad, los órganos jurisdiccionales debe procurar una atención especial y prioritaria en su tramitación, y que estos no constituyen una parte más en el proceso, sino una que posee características singulares y particulares respecto de otras, por lo que, más allá del resultado del caso, debe procurarse un escrupuloso tratamiento y respeto de sus derechos durante el proceso.

C.3. Deber de la comunidad de proteger el interés superior del niño, niña y adolescente

La Constitución, en forma expresa, establece extensivamente el deber de la comunidad de proteger el interés superior del niño y adolescente, pero no se trata de la realización de cualquier actividad social, sino solo aquellas que están dirigidas a que la interpretación y aplicación de las normas jurídicas que reconocen los derechos de los niños, niñas y adolescentes, tengan una fuerza normativa superior, dentro de la jerarquía normativa, cuya efectividad, en última instancia, será garantizada por el Estado, conforme a los artículos 44 de la Constitución, 25 del Código de los Niños y Adolescentes y 39 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Estas normas prescriben:

1. Artículo 44 de la Constitución: “Son deberes primordiales del Estado: (...) 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

(29) Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N° 03744-2007-PHC/TC. (...) es necesario precisar que, conforme se desprende la Constitución, en todo proceso judicial en el que se deba verificar la afectación de los derechos fundamentales de niños o menores de edad, los órganos jurisdiccionales debe procurar una atención especial y prioritaria en su tramitación (...). Tal atención a prestarse por los órganos jurisdiccionales, como se desprende de la propia Norma Fundamental (artículo 4), debe ser especial en la medida en que un niño o un adolescente no se constituye en una parte más en el proceso sino una que posee características singulares y particulares respecto de otras, por lo que más allá del resultado del caso, debe procurarse un escrupuloso tratamiento y respeto de sus derechos durante el proceso. Asimismo, tal atención deber ser prioritaria pues el interés superior del niño y del adolescente tiene precedencia en la actuación estatal respecto de aquellas decisiones judiciales en las que no se encuentran comprometidos sus derechos fundamentales.

en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación”.

2. Artículo 25 del Código de los Niños y Adolescentes: “El Estado garantiza el ejercicio de los derechos y libertades del niño y del adolescente consagrados en la Ley, mediante la política, las medidas, y las acciones permanentes y sostenidas contempladas en el presente Código”.
3. El artículo 39 de la Convención sobre los Derechos del Niño: “(...) adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: cualquier forma de abandono, explotación o abuso (...). Esa recuperación se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño”.

En el sentido desarrollado, el Tribunal Constitucional, en su sentencia dictada en el Exp. N° 6165-2005-HC/TC⁽³⁰⁾, ha precisado que si bien le asigna un papel protagónico al Estado, lo hace extensivo a la comunidad el deber de proteger el interés superior del niño, niña y adolescente; sin embargo, una cosa es que se haya autorizado de manera explícita a diversas instituciones a la realización de actividades relacionadas con el trabajo social, y otra muy distinta aceptar como válidas cualquier tipo de acciones que estas ejecuten; y es ahí donde nuevamente aparece el Estado como garante final del respeto de los derechos fundamentales de niños y adolescentes, quien, ejerciendo su función supervisora, debe ejecutar las medidas correspondientes para exigir que las instituciones actúen exclusivamente de acuerdo a las

(30) Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 6165-2005-HC/TC, Lima, Blanca Lucy Borja Espinoza, Lima, 6 de diciembre de 2005; fundamento 15. “El artículo 4 de la Constitución, respecto a dicha salvaguardia, si bien le asigna un papel protagónico al Estado, la hace extensiva a la comunidad; en este ámbito se puede incluir a una institución como la que impulsa la presente causa, y ello demuestra la eficacia horizontal de los derechos fundamentales (...). Pero una cosa es que se haya autorizado de manera explícita en el ámbito constitucional a diversas instituciones la realización de actividades relacionadas con el trabajo social, y otra muy distinta aceptar como válidas cualquier tipo de acciones que estas ejecuten (...). Es ahí donde nuevamente aparece el Estado como garante final del respeto de los derechos fundamentales de niños y adolescentes. Es menester recordar que, según el artículo 44 de la Constitución (...). Por ello, es el Estado, a través de los órganos a los cuales competen las respectivas funciones, el que puede observar y examinar cómo las instituciones privadas cumplen con el rol asignado por la norma fundamental. Gracias a su función supervisora, este debe ejecutar las medidas correspondientes para exigir que tales instituciones actúen exclusivamente de acuerdo a las necesidades de los niños y adolescentes en situación de desamparo”.

necesidades de los niños y adolescentes, en el caso concreto, en situación de desamparo.

2.6.2. La declaración debe ser de niños, niñas o adolescentes presuntas víctimas violencia

El acto procesal de declaración en cámara Gesell está destinado para realizar una entrevista a niños, niñas y adolescentes víctimas de abuso o violencia sexual. La guía de procedimiento de entrevista única a víctimas en el marco de la Ley N° 30364 para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar; y, a niños y adolescentes varones víctimas de violencia⁽³¹⁾, desarrollada por el Ministerio Público, en su presentación, expresamente señala lo antes expresado.

A. Declaración prestada en sala única

La entrevista única en cámara Gesell tiene una finalidad clara: evitar la revictimización del niño, niña o adolescente víctima de abuso sexual, y que aquella constituya una prueba preconstituida, con entidad para sustentar una sentencia condenatoria; para ello, el material audiovisual tomado en la cámara Gesell debe ser conservado según el principio de mismidad, a través de la cadena de custodia, para ser utilizado luego en el juicio oral bajo los principios de inmediación, contradicción, oralidad y publicidad.

La sala única de cámara Gesell, que tiene las características del ambiente panóptico de **Jeremy Bentham**, permite observar e interrogar y contrainterrogar a la niña, niño o adolescente, sin ser vistos por dichas personas, generando, por tanto, un ambiente de privacidad apto para dialogar y realizar el proceso de entrevista, sin generarle miedo,

(31) La guía de procedimiento de entrevista única a víctimas en el marco de la Ley N° 30364 para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar; y, a niños y adolescentes varones víctimas de violencia. Presentación. El Ministerio Público, consciente del rol que la Constitución y la Ley le asignan y con el propósito de combatir la violencia en perjuicio de los citados grupos poblacionales considera indispensable diseñar una nueva “Guía de procedimiento de entrevista única a víctimas en el marco de la Ley N° 30364 para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar; y, a niños y adolescentes varones víctimas de violencia”, que no se encuentra dentro de los supuestos del contexto de la mencionada Ley, con el objetivo de brindar a los operadores de justicia y en el marco de la nueva normativa, una herramienta de trabajo que les permita aplicar el procedimiento de entrevista única con el objetivo de evitar la revictimización, la cual tiene actualmente la calidad legal de prueba preconstituida, según el artículo 19 de la Ley N° 30364.

ansiedad, tensión, dolor, vergüenza. Se constituye en un método de investigación que, evitando la exposición directa con el agresor y las partes que interrogan y contrainterrogan, expresa el cumplimiento de la obligación de no revictimizar, conforme al interés superior del niño y adolescente. En esta línea de comentario, la Guía de procedimiento de entrevista única a víctimas en el marco de la Ley N° 30364 para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar; y, a niños y adolescentes varones víctimas de violencia establece que la entrevista sea realizada en los ambientes adecuados y con los artefactos de captación de imagen y sonido en perfecto funcionamiento, a fin que la prueba sea preservada⁽³²⁾.

B. Declaración llevada a cabo con las garantías de inmediación y contradicción

La entrevista única de cámara Gesell debe llevarse a cabo respetando dos garantías procesales importantes: la inmediación y la contradicción procesales.

La inmediación se cumple con la presencia del fiscal a cargo del caso, que le da al acto procesal de entrevista la calidad de adquisición de fuente de prueba fiable.

La contradicción procesal se respeta con el emplazamiento al imputado o a su abogado defensor, a fin de que intervenga en la entrevista de cámara Gesell. Este emplazamiento debe ser oportuno, es decir, con tiempo de anticipación razonable, según las circunstancias de urgencia y plazo de diligencias urgentes, para que el abogado del imputado realice el control de fiabilidad y credibilidad de la declaración, efectuando el contrainterrogatorio u observaciones pertinentes; y a partir de dicha declaración, ofrecer la actuación de otras fuentes

(32) Véase SIERRA ZELAYA, Gina María. *Cámara de Gesell como herramienta investigativa en los abusos sexuales de niños y niñas*. Gaceta Internacional de Ciencias Forenses, N° 07, abril-mayo, 2013, p. 54. "(...) uso de la cámara Gesell, la cual debido a su mecanismo panóptico permite a un grupo de personas conocedores de su metodología como juezas/ces, defensoras/res, peritas/os, etc., observar a la persona ofendida o testigo, mientras brinda su declaración sin ser vista, generando un ambiente de privacidad apto para dialogar y realizar el proceso de entrevista respectivo sin inhibir ni ofender a quienes, usualmente en la realización de esas diligencias se les genera ansiedad, tensión dolor, sentimiento de culpa, vergüenza y traición, constituyéndose en una herramienta o método de investigación que minimiza los daños que se ocasionan en la toma de los testimonios de niñez, víctima y testigos evitando la exposición directa con los agresores, así como, la intimidación y revictimización y traumas adicionales que conllevan la exposición de los niños en los procesos penales.

de prueba de descargo; pero el derecho de contradicción no significa necesariamente la efectiva concurrencia del abogado defensor del imputado y su conainterrogatorio efectivo, sino que solo comprende un debido y oportuno emplazamiento, de modo que la concurrencia o no del abogado defensor del imputado a la declaración en cámara Gesell, es decisión del imputado, quien puede consentir su no concurrencia a esta diligencia.

Cuando la entrevista única en cámara Gesell se realiza con la contradicción simultánea efectiva, es decir, con la presencia del abogado del imputado, esta declaración tiene valor probatorio equiparable a la de la prueba anticipada. El desarrollo de estos dos principios se efectúa en el presente trabajo en los ítems respectivos.

3. Declaración en cámara Gesell y derecho de contradicción sucesiva

3.1. Derecho a la defensa

El derecho de defensa consiste en que las partes tienen derecho a ser citadas debidamente, a ser informadas del contenido de la imputación y los elementos probatorios que la sustentan, a que su versión de la conducta imputada sea oída y a argumentar sus descargos, a ser asesoradas por un abogado, a que las decisiones se encuentren motivadas en prueba evidente y eficiente, y a impugnar las decisiones que le causan perjuicio.

La persona física en general, que tiene la calidad de partes en juicio, y la persona detenida en especial, conforme a las leyes vigentes tienen derecho a la defensa, que la Constitución Política del Estado le reconoce en el inciso 14 del artículo 139. El derecho de defensa tiene como contenido esencial contar con la posibilidad real de defenderse.

De este concepto, se desprende, que la esencia del derecho de defensa, es la posibilidad jurídica y física de contradecir la conducta que se imputa en su contra, realizando el conainterrogatorio de los testigos y peritos, ofreciendo la actuaciones de los medios de prueba e impugnando la decisión que sea desfavorable según la teoría del caso que se sustente. Al respecto, Noguera Alcalá⁽³³⁾ señala que el derecho

(33) NOGUERA ALCALÁ, Humberto. *El derecho de acceso a la jurisdicción y al debido proceso. Ciencia del Derecho Procesal Constitucional*. Tomo IV, Marcial Pons, México, 2008, p. 814. "El derecho de defensa (...) implica la posibilidad de un juicio contradictorio en el que las partes pueden hacer valer

de defensa implica la posibilidad de un juicio contradictorio en el que las partes pueden hacer valer sus derechos o intereses legítimos, lo que tiene como presupuesto básico el debido emplazamiento de las partes.

De este concepto, se tiene que el derecho de defensa comprende, entre otros, los siguientes derechos:

- Derecho a ser citado o notificado conforme a las normas jurídicas vigentes.
- Derecho a ser informado del contenido de la imputación y los elementos probatorios que sustentan dicha imputación.
- Derecho a que sea oída la versión sobre la conducta imputada y argumentar el descargo que se considere necesario.
- Derecho a ser asesorado por un abogado de elección o de oficio.
- Derecho a que las decisiones sean motivadas en prueba evidente y eficiente, así como a impugnar las decisiones que causen perjuicio.

El Tribunal Constitucional, ha desarrollado el concepto del derecho de defensa en diferentes sentencias y resoluciones. Así, en la sentencia dictada en el Exp. N° 0129-2005-HC/TC⁽³⁴⁾ ha establecido que el derecho de defensa implica conocer los cargos imputados por parte del imputado, para que ejerza su derecho de defensa de manera idónea y eficaz; y en la resolución dictada en el Exp. N° 02566-2011-PA/TC⁽³⁵⁾ ha señalado que lo consustancial al derecho de defensa es que el imputado cuente con la posibilidad real de defenderse.

-
- sus derechos o intereses legítimos, lo que tiene como presupuesto básico el debido emplazamiento de las partes, sin el cual no se puede comparecer en juicio y defender las respectivas posiciones (...)"
- (34) Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 0129-2005-HC/TC, Lima, María Luisa Cotillo Aliaga; de fecha 18 de febrero de 2005. "El derecho de defensa implica el derecho de conocer en su integridad los cargos formulados en contra del justiciable, ya que solo así es posible ejercer la defensa de una manera idónea y eficaz (...) Esto concuerda con lo establecido en el artículo 14.3, a, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según el cual 'toda persona acusada de un delito tendrá derecho a ser informada de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella'. Asimismo, La Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 8.2.b), reconoce 'el derecho de toda persona a la comunicación detallada de la acusación formulada en su contra'".
- (35) Resolución del Tribunal Constitucional Exp. N° 02566-2011-PA/TC, Lima. "Caso: Huron Equities INC", de fecha 31 de agosto de 2011. "(...) consustancial al significado constitucional del derecho de defensa es que se cuente con la posibilidad real de poder defenderse, es decir, no basta con la posibilidad *in abstracto* de contar con los recursos necesarios, sino que la parte debe ser notificada a efectos de que pueda interponerlos de manera oportuna. En ese sentido, el artículo 155 del Código Procesal Civil

Bustos Ramírez⁽³⁶⁾ señala que el derecho de defensa comprende el de ser informado de la acusación y contar con la asistencia letrada; en el mismo sentido, Marcial Rubio⁽³⁷⁾ precisa que el derecho de defensa consiste en que la persona: primero, tiene el derecho de expresar su versión sobre la conducta imputada y argumentar su descargo, cuando lo considere necesario; y segundo, tiene el derecho de ser asesorado permanentemente por un letrado, que garantice su defensa; además, las partes en juicio deben ser debidamente citadas, ser oídas y vencidas mediante prueba evidente y eficiente. Quiroga León⁽³⁸⁾ precisa que el derecho de defensa comprende el derecho de ser debidamente citado, oído en cuanto a la versión de los hechos y vencido mediante prueba evidente y eficiente, quedando proscrita la sentencia o resolución *inaudita altera pars*.

3.2. Derecho de contradicción

3.2.1. Concepto

El derecho de contradicción es un derecho constitucional que consiste en la facultad del sujeto procesal: a) de conocer la conducta imputada y, con base en ello, formular una hipótesis contraria, autónoma o dependiente; y b) tener la posibilidad jurídica y física de discutir o refutar la incorporación de las fuentes de prueba, en forma simultánea

dispone, en su segundo párrafo, que: “las resoluciones judiciales solo producen efectos en virtud de notificación hecha con arreglo a lo dispuesto en este Código”.

- (36) BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Obras Completas*. Tomo I. *Derecho Penal Parte General*. ARA Editores, Lima, 2004, p. 559. “El derecho a la defensa (...) comprende el derecho a la asistencia letrada y a ser informado de la acusación, entre otros derechos (...)”.
- (37) Citado por BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993. Análisis Comparado*. Editorial Constitución y Sociedad ICS. 3ª edición. Lima, 1997, p. 657. “(...) el derecho de defensa tiene dos significados complementarios entre sí: El primero consiste en que la persona tiene el derecho de expresar su propia versión de los hechos y de argumentar su descargo en la medida que lo considere necesario (...) El segundo consiste en el derecho de ser permanentemente asesorado por un abogado que le permita garantizar su defensa de la mejor manera desde el punto de vista jurídico (...) las partes en juicio deben estar en la posibilidad jurídica y fáctica de ser debidamente citadas, oídas y vencidas mediante prueba evidente y eficiente. El derecho de defensa garantiza que ello sea así”.
- (38) QUIROGA LEÓN, Aníbal. *El Debido Proceso Legal en el Perú y el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos*. Jurista Editores, Lima, 2003, p. 71. “(...) la protección del derecho de defensa manifiesta otro de los grandes principios del Derecho Procesal: el Principio de Contradictorio (*Contradictio audiatur et altera pars*) (...) las partes en juicio deben estar en la posibilidad jurídica y fáctica de ser debidamente citados, oídos y vencidos mediante prueba evidente y eficiente, de modo que se proscriba la sentencia o resolución judicial *inaudita pars*, esto es, la sentencia de oficio o por el solo pedido de una de las partes (...)”.

o sucesiva, ofreciendo la actuación de elementos de convicción o de pruebas de descargo de primer grado o de segundo orden.

La esencia del derecho de contradicción consiste en que el sujeto procesal a quien se opone un elemento de convicción o prueba, tenga la posibilidad de conocer y discutir, refutar o confrontar dicha prueba, teniendo en cuenta la conducta imputada en el proceso penal. Es preciso señalar que esta facultad de controvertir la prueba del sujeto procesal, se cumple con el otorgamiento jurídico y físico de la posibilidad de confrontar la imputación y las pruebas que se le oponen; por tanto, constitucionalmente, no es necesario que “efectivamente” confronte o discuta la conducta imputada o el elemento de convicción o prueba que se le opone; en el sentido señalado, el Tribunal Constitucional, en su sentencia dictada en el Exp. N° 06998-2006 PHC/TC⁽³⁹⁾, ha expresado que la ausencia del derecho fundamental de defensa, como la garantía suprema de un verdadero proceso, implica que no haya contradictorio dentro del proceso.

Lo expuesto, se encuentra debidamente prescrito en el artículo 139 incisos 14 y 15 de la Constitución; en el artículo 8 literal d) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y en los literales c) y d) del artículo 383 del nuevo Código Procesal Penal, que prescriben que nadie puede ser juzgado sin ser oído y vencido en juicio, y que, para ello, debe existir como mínimo el debido emplazamiento, a fin de ejercer el derecho de contradicción. Estas normas prescriben:

1. La Constitución, en su artículo 139 incisos 14 y 15: “(...) 14.- El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por este desde que es citada o detenida por cualquier autoridad. 15.- El principio

(39) Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 06998-2006 PHC/TC, Cusco, Carmen Najarro Villagaray y otros; fundamento 3. “(...) el derecho fundamental de defensa está considerado como la fuerza motriz del proceso; como la garantía suprema que atiende a su esencia misma, pues sin él no estaremos ante un verdadero proceso, toda vez que, ante su ausencia, no habrá contradictorio, siendo este un atributo principal de las partes sujetas a proceso. De otro lado, este derecho tiene su origen en el precepto sustancial según el cual nadie puede ser juzgado sin ser oído y vencido en juicio.

de que toda persona debe ser informada, inmediatamente y por escrito, de las causas o razones de su detención (...)

2. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 8 e inciso d): “(...) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor”.
3. El Código Procesal Penal de 2004, en su artículo 383 literales c) y d), se refiere a los requisitos de la prueba preconstituida, que son la inmediación y la contradicción en la obtención de las fuentes de prueba: “(...) c) Los informes o dictámenes periciales, así como las actas de examen y debate pericial actuadas con la concurrencia o el debido emplazamiento de las partes, siempre que el perito no hubiese podido concurrir al juicio por fallecimiento, enfermedad, ausencia del lugar de su residencia, desconocimiento de su paradero o por causas independientes de la voluntad de las partes. También se darán lectura a los dictámenes producidos por comisión, exhorto o informe; d) Las actas conteniendo la declaración de testigos actuadas mediante exhorto. También serán leídas las declaraciones prestadas ante el fiscal con la concurrencia o el debido emplazamiento de las partes, siempre que se den las condiciones previstas en el literal anterior (...)

El derecho de contradicción es un derecho constitucional que tiene sustento en el derecho de ser informado de la acusación, y consiste en la facultad del sujeto procesal a quien se dirige la conducta imputada y el elemento de convicción o medio de prueba: a) de conocer la conducta imputada, a fin de formular una hipótesis –teoría del caso– contraria, autónoma o dependiente, y b) de tener la posibilidad jurídica y física de discutir o refutar la incorporación de la fuente de prueba, en forma simultánea o sucesiva, en forma personal o a través de su abogado, y ofreciendo la actuación de elementos de convicción o medios de prueba de descargo, así como pruebas de segundo orden –pruebas sobre pruebas–; posibilidad que se materializa mediante el debido emplazamiento respecto de la imputación y de la actuación de la fuente de prueba. Este derecho no comprende la efectiva realización de la contraposición, sino solo el debido emplazamiento al imputado identificado y apersonado, para que de esta manera tenga la posibilidad de

controvertir la imputación y los elementos de convicción o pruebas a actuarse o ya actuados, en forma simultánea a su actuación o sucesiva a dicha actuación.

Guzmán Fluja⁽⁴⁰⁾ ha señalado que el principio de contradicción consiste en tomar conocimiento de las actuaciones llevadas a cabo en la instrucción y poder, sobre la base de la información así adquirida, evaluar la mejor estrategia defensiva, mediante la petición de práctica de otras diligencias que puedan proporcionar fuentes de prueba de descargo; por otro lado, en la línea del concepto expuesto, Cuello Iriarte⁽⁴¹⁾, ha precisado que en el principio de contradicción, lo esencial radica en la oportunidad para que la parte o el sujeto procesal a quienes se les opone una prueba puedan conocerla y discutirla o controvertirla y no en la exigencia de que efectivamente lo contradigan, lo que bien puede ocurrir con la participación en la práctica de la prueba o con su traslado; por otro lado, el autor Pedraz Penalva⁽⁴²⁾, señaló que el derecho de defensa, en el marco de la contradicción, implica la oportunidad de contradecir o la posibilidad de formular alegaciones y de solicitar la práctica de los medios probatorios que se estimen más aptos

(40) GUZMÁN FLUJA, Vicente C. Ob. cit., 2006, p. 347. “(...) la contradicción en la instrucción, debe estar pensada en función de la finalidad propia de esta fase procesal, así en principio y partiendo del derecho a ser informado de la acusación, de lo que se trata es de tomar conocimiento de las actuaciones llevadas a cabo en la instrucción y poder, sobre la base de la información así adquirida, evaluar la mejor estrategia defensiva, mediante la petición de práctica de otras diligencias que puedan proporcionar fuentes de prueba de descargo que, si no exculpatoria, por lo menos permitan en su día en el juicio oral sembrar la duda sobre la fuente de prueba de cargo del acusador; o mediante el ataque al procedimiento seguido para la incorporación de la información al proceso, por ilegalidad o ilicitud, etc.”.

(41) CUELLO IRIARTE, Gustavo. *Derecho Probatorio y pruebas penales*. Editorial Legis, Buenos Aires, 2008, p. 677. “(...) 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. A él se oponen las pruebas secretas y la utilización del conocimiento privado del juez (...) lo esencial de este principio radica en la oportunidad para que la parte o el sujeto procesal a quienes se les opone una prueba puedan conocerla y discutirla o controvertirla; y no en la exigencia de que efectivamente lo contradigan, lo que bien puede ocurrir con la participación en la práctica de la prueba o con su traslado, sin importar la forma –eso si legal– como haya sido aportada al proceso”.

(42) PEDRAZ PENALVA, Ernesto. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I, Editorial Colex, Madrid, 2000, p. 229. “(...) Su omnicompreensiva esfera subjetiva surge del análisis del derecho de defensa en el marco de la contradicción lo que implica, de una parte, que la oportunidad de contradecir o la posibilidad de formular alegaciones y de solicitar la práctica de los medios probatorios que se estimen más aptos para su acreditamiento no puede reducirse al acusado y, de otro, que ha descontarse con la posibilidad normativa de compartir el ejercicio de la función pública de acusar con el ministerio fiscal reconocida a cualquier ciudadano (...) el derecho de defensa exige, en inmediata relación con el anterior, que nadie pueda ser condenado en ausencia o, mejor dicho, que no pueda celebrarse el juicio sin la participación de todos los sujetos, incluido los acusadores (...)”.

para acreditar su teoría del caso en su defensa y que el juicio oral no se puede llevar a cabo sin la participación de los acusados.

El autor Alcácer Guirao⁽⁴³⁾, comentando el contenido de la contradicción en la incorporación de fuentes de prueba en la instrucción (investigación), según el Tribunal Constitucional español y Tribunal europeo de Derechos Humanos, expresa que según estos tribunales, el testimonio prestado con anterioridad al juicio oral, pueden tener valor probatorio, siempre que se garantice la posibilidad de contradicción.

Por otro lado, Jauchen⁽⁴⁴⁾ señala que la intervención del imputado es importante, para ofrecer pruebas, controlar la producción de la prueba de cargo, para ser oído respecto de sus descargos, contradecir en forma personal o por medio de su abogado, los argumentos acusatorios y el valor de las pruebas y recurrir la decisión final.

3.2.2. Contradicción simultánea y sucesiva

A. Contradicción simultánea

La contradicción simultánea, es aquella contradicción que se realiza en el momento de la obtención de los datos o informaciones que constituyen la fuente de prueba; es decir, la contradicción simultánea

(43) ALCÁCER GUIRAO, Rafael. “La devaluación del derecho a la contradicción en la jurisprudencia del TEDH”. En: *Indret. Revista para el análisis del Derecho*. N° 04, Año 2013, p. 3. “El TC maneja un concepto amplio del derecho a la presunción de inocencia: no solo incorpora la exigencia de que la condena deba estar basada en pruebas suficientes –más allá de toda duda razonable–, sino también que las pruebas hayan sido obtenidas lícitamente –sin vulneración de derechos fundamentales– y que hayan sido válidamente practicadas, satisfaciendo las garantías de inmediación y contradicción (...). De la citada exigencia de validez probatoria se deriva la regla básica –asumida también por el TEDH– de que las pruebas susceptibles de enervar la presunción de inocencia solo podrán ser aquellas que se hayan practicado en el seno del juicio oral, ámbito donde operan con plenitud las citadas garantías de inmediación y contradicción. Ahora bien, esa regla admite excepciones, habiendo admitido el TC que en supuestos en que la ausencia del testigo en el juicio oral esté justificada, testimonios incriminatorios prestados en fases anteriores del procedimiento pueden tener valor probatorio siempre que se garantice la posibilidad de contradicción (...)”.

(44) JAUCHEN, Eduardo M. *Derechos del imputado*. Editorial Rubinzal - Culzoni. Buenos Aires, 2005, p. 153. “Su intervención es importante a los fines de controlar el desarrollo regular del procedimiento; de ofrecer pruebas; de controlar la producción de las pruebas de cargo; de ser oído expresando en su descargo todas las explicaciones pertinentes que considere necesarias; de alegar personalmente o por medio de su abogado, o ambos, efectuando todas las fundamentaciones críticas de hecho y de derecho contra los argumentos acusatorios y sobre el valor de las pruebas; de recurrir la sentencia condenatoria o la que le imponga una medida de seguridad. Durante el transcurso de la condena firme, puede ante el juez de ejecución penal realizar todas las instancias pertinentes con el propósito de que la misma se cumpla regularmente conforme a la Constitución, las leyes y reglamentos; de pedir oportunamente la libertad condicional; eventualmente, de interponer recurso de revisión, etcétera”.

se presenta cuando el sujeto procesal tiene la posibilidad jurídico y física actual de discutir o refutar los datos o informaciones –fuente de prueba– que se introducen al proceso penal, mediante la actuación de los elementos de convicción o medios de pruebas; contradicción que se hace, conforme a una hipótesis contraria autónoma o dependiente, en forma directa, –de manera personal o a través de su abogado– y ofreciendo o no, la actuación de elementos de convicción o de los medios de pruebas de descargo, de primer orden y las pruebas de segundo orden –pruebas sobre pruebas–; posibilidad que se materializa, mediante el debido emplazamiento de la imputación y de la actuación de la fuente de prueba; en el sentido expresado, ha desarrollado el autor Guzmán Fluja⁽⁴⁵⁾, quien precisó que la contradicción simultánea se presenta cuando la contradicción es actual o simultánea a la obtención de la fuente de prueba.

Una clara aplicación del principio de contradicción simultánea dentro del proceso penal, se encuentra en la actuación del elemento de convicción o medio probatorio testimonial o pericial (personal), en cuya actuación se examina a una persona física –agraviado, testigo o perito–, a fin de introducir la fuente de prueba, para acreditar la imputación o la tesis contraria o algunos elementos de cada uno de ellos; en cuya actuación, existe la posibilidad de que se realice el contrainterrogatorio, todo con la finalidad de que se obtenga información que apoye la hipótesis correspondiente o simplemente para probar su credibilidad del dato o información o del mismo examinado; en sentido parecido ha desarrollado el autor Ferrer Beltrán⁽⁴⁶⁾, expresando que la contradicción tiene su aplicación más clara en una declaración de una persona física, en esos casos, por ejemplo, resulta útil permitir el interrogatorio cruzado de los declarantes y preguntar sobre la información que pueda apoyar sus respectivas hipótesis y poner a prueba la fiabilidad de lo declarado y del declarante.

(45) GUZMÁN FLUJA, Vicente C. Ob. cit., 2008, p. 206. “(...) no es posible garantizar siempre y en todo momento la existencia de una contradicción actual o simultánea a la obtención de la fuente de prueba (...)”.

(46) FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Marcial Pons, Barcelona, 2007, p. 88. “La formación o práctica de la prueba de forma contradictoria tiene su aplicación más clara en el caso de las pruebas que consisten en la declaración de una persona física. En esos casos, por ejemplo, resulta útil epistemológicamente permitir el interrogatorio cruzado de los declarantes, de modo que las dos partes puedan preguntar sobre la información que pueda apoyar sus respectivas hipótesis y poner a prueba la fiabilidad de lo declarado y del declarante”.

Por otro lado, el autor Martín García⁽⁴⁷⁾, señala que las declaraciones testimoniales realizadas con presencia del letrado del inculpado o sin su presencia, si obedece a su decisión voluntaria, según el Tribunal Supremo, adquieren auténticas diligencias de prueba, aptas para desvirtuar el derecho de presunción de inocencia y formar convicción judicial, aclarando que la asistencia del letrado del imputado a la actuación de la fuente de prueba es renunciable.

A.1. Obligatoriedad de contradicción simultánea con sujeto activo identificado y apersonado

En la etapa de la investigación del delito, la contradicción simultánea, será obligatoria, cuando concurren en forma simultánea las siguientes condiciones:

1. Que el sujeto activo del delito se encuentra debidamente identificado; y
2. Cuando el sujeto activo identificado se encuentra apersonado en la investigación del delito (por lo menos con domicilio real conocido donde reside): No se cumple esta condición, cuando el sujeto activo, no obstante estar debidamente identificado, se encuentra fugado y no tiene residencia conocida.

Efectivamente, el acusador, en el caso peruano, el fiscal penal tiene la obligación de posibilitar que el imputado ejerza su derecho de contradicción simultánea, lo que se concretará con el debido emplazamiento al imputado apersonado (o con domicilio real conocido donde reside); la infracción de esta obligación, podría tener graves consecuencias

(47) MARTÍN GARCÍA, Pedro. *Presencia física de las partes en la fase de instrucción. La prueba en el proceso penal*. Editorial Consejo Gral, del Poder Judicial, Madrid, 2000, pp. 203-206. "(...) Se trata de declaraciones testificales realizadas en fase de instrucción sin previsión de la imposible o muy difícil presencia del testigo de que se trate en el acto del juicio oral, y que, caso de haberse prestado a presencia del letrado del inculpado, o sin su presencia cuando ello es debido a la voluntaria decisión del mismo, y darse lectura expresa a las mismas en el acto del juicio oral, tiene la consideración, según la jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo, de auténticas diligencias de prueba, aptas, en consecuencia, para desvirtuar el Derecho Constitucional a la presunción de inocencia y formar la convicción judicial (...) la posible aptitud probatoria de tales diligencias sumariales debe pasar necesariamente, sin excepción alguna, por la presencia física en las mismas del inculpado, presencia física que se convierte así en un derecho de este. Bien que, claro es, puede renunciarlo expresa o tácitamente en casos y diligencias particulares (...). El derecho (renunciable) del inculpado a estar presente físicamente en todas las diligencias sumariales, con carácter general, y en todas las declaraciones testificales, en particular –y no solo– en las que se practiquen como pruebas preconstituídas (...) se desprende no solo de los principios generales de la teoría de la prueba, sino de la propia y específica regulación legal (...), epígrafe d) del ap. 3 del art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Político".

negativas en el juicio oral, al momento de la actuación probatoria; ya que, por ejemplo, no podrá oralizarse y debatirse la declaración de un testigo que no concurrió a juicio oral, porque, la declaración no tiene naturaleza de prueba preconstituida; o no podrá realizarse un interrogatorio de recuerdo o de contradicción con la versión dada en la investigación, por no tener calidad de prueba preconstituida.

Esta obligatoriedad del emplazamiento al imputado identificado y apersonado, tiene algunas excepciones que pueden obedecer a la naturaleza de los actos procesales, cuyo éxito sería gravemente dañado por razones de urgencia, etc., como es el caso del secreto de determinadas actuaciones, los levantamientos del secreto de las comunicaciones, etc. Pero, una vez levantado el secreto, se recibe el informe de levantamiento del secreto de las comunicaciones, debe ponerse en conocimiento del imputado inmediatamente, –contradicción sucesiva–; sentido en que comenta el autor Guzmán Fluja⁽⁴⁸⁾, quien señala que las partes personadas podrán tomar conocimiento de todas las actuaciones a intervenir en todas las diligencias del procedimiento, salvo que se decrete el secreto del sumario, pero, cuando el secreto se levante las demás partes tiene el derecho de conocer lo actuado.

A.2. Excepción a la obligatoriedad de contradicción simultánea con imputado identificado y apersonado

La regla general es que la contradicción es obligatoria en casos de sujeto activo identificado y apersonado, pero, como en todos los casos de la realidad social, tiene excepciones, en determinadas actos procesales de obtención de fuentes, datos o informaciones de prueba, en los que, para su éxito dependen necesariamente o de manera indispensable que se realicen sin presencia del imputado conocido y apersonado e incluso sin su conocimiento previo y simultáneo, por ejemplo: la intervención de sus comunicaciones personales; por lo que, en estos supuestos de obtención de fuentes de información, se debe realizar una contradicción sucesiva, lo que se cumple, poniendo en conocimiento del imputado de las fuentes de prueba obtenidos, a fin de que realicen contradicción, es decir, refuten su validez, su credibilidad, etc.

(48) GUZMÁN FLUJA, Vicente C. Ob. cit., 2006, p. 348. “(...) las partes personadas podrán tomar conocimiento de todas las actuaciones a intervenir en todas las diligencias del procedimiento (...) a salvo que se decrete el secreto del sumario, (...) pero cuando el secreto se levante las demás partes tiene el derecho de conocer lo actuado en términos adecuados para ejercer su derecho de defensa”.

Este supuesto de contradicción se tratará extensamente en el ítem de contradicción sucesiva.

B. Contradicción sucesiva

El contenido de la contradicción sucesiva, se desarrollará en el siguiente título, en forma amplía, en relación a la declaración en cámara Gesell.

3.3. Declaración en cámara Gesell y contradicción sucesiva

3.3.1. Contradicción sucesiva

A. Concepto

Para que una actuación de una fuente de prueba se convierta en prueba preconstituida, además de la inmediación, debe otorgársele al imputado la posibilidad de contradecir, y lo ideal es que esa contradicción se haga simultáneamente a la actuación de la fuente de prueba, pero, no siempre se puede realizar una contradicción actual, por concurrencia de varios factores, entre ellos, los más importantes son: urgencia de la actuación de la fuente de prueba, cuando el imputado no se encuentra identificado y apersonado en el momento de la actuación de la fuente de prueba, etc., es decir, no siempre es posible exigir el cumplimiento de la garantía de contradicción en su dimensión absoluta, ya que, debe ponderarse con la presencia de los intereses de la víctima y la sociedad; en este sentido ha precisado el autor Climent Durán⁽⁴⁹⁾, señalando que solo podrá prescindir de la presencia del imputado o su abogado durante la realización de la diligencia, si concurre una razón de urgencia, o si el imputado no se halla detenido, ni preso, ni localizado; es decir, no siempre debe exigirse el cumplimiento de una contradicción en su dimensión absoluta, en la medida en que concurren los intereses de la sociedad y de la víctima; derechos que deben tener una aplicación equilibrada dentro del proceso penal.

Si bien es cierto que no es siempre posible garantizar la contradicción absoluta, vale decir, contradicción simultánea a la obtención de la fuente de prueba, pero, siempre será posible garantizar al imputado

(49) CLIMENT DURÁN, Carlos. Ob. cit., 2005, p. 1109. “Solo cabrá prescindir de tales presencias si concurre una razón de urgencia, o si el imputado no se halla detenido, ni preso, ni localizado. Y la ausencia del imputado será un dato que el tribunal sentenciador deberá valorar siempre en su justa medida”.

una contradicción sucesiva o diferida, y esta se cumple, cuando al imputado se le da la posibilidad de contradecir, inmediatamente después de la obtención de la fuente de prueba, en caso de urgencia y otros factores similares, o inmediatamente después de identificado el sujeto activo de la conducta imputada; vale decir, que esta contradicción sucesiva, se presenta cuando la posibilidad jurídico y física de discutir o refutar los datos o informaciones –fuente de prueba– que se introducen al proceso penal, mediante la actuación de los elementos de convicción o medios de pruebas, se realizan inmediatamente después de su actuación o desaparición de la razón que impedía la contradicción simultánea; esta contradicción, al igual que la contradicción simultánea, se realiza conforme a una hipótesis contraria autónoma o dependiente, en forma directa, –de manera personal o a través de su abogado– y ofreciendo o no la actuación de elementos de convicción o de los medios de pruebas de descargo de primer orden y las pruebas de segundo orden –pruebas sobre pruebas–; y/o impugnando la fuente de prueba actuada; posibilidad que se materializa, mediante el debido emplazamiento de la imputación y la obtención de la fuente de prueba –elemento de convicción o medio de prueba–.

En el sentido comentado, el autor Guzmán Fluja⁽⁵⁰⁾, señala que no es posible siempre garantizar una contradicción simultánea, es decir, en su dimensión maximalista, en la obtención de la fuente de prueba, pero, siempre será posible realizar una contradicción diferida o sucesiva, por razón de la concurrencia de intereses diversos que concurren en el proceso penal, los que deben ser armonizados.

La contradicción sucesiva, tiene un desarrollo consistente y uniforme en el Tribunal Supremo español, siguiendo la doctrina de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos –Gran Sala–, como es el caso, de la sentencia del 15 de diciembre de 2011,

(50) GUZMÁN FLUJA, Vicente C. Ob. cit., 2008, p. 206. “(...) no es posible garantizar siempre y en todo momento la existencia de una contradicción actual o simultánea a la obtención de la fuente de prueba. Pero es posible afirmar que es o debe ser posible (siempre) un contradictorio diferido sobre la fuente de prueba. Por ello, puede plantearse la idea de que en la instrucción penal no cabe reclamar una vigencia del principio contradictorio que asuma un carácter absoluto y maximalístico, y que determinadas atemperaciones se deben tener en cuenta para armonizar los diferentes intereses presentes en el proceso penal (...). En resumen, la contradicción en la fase a la obtención de la fuente de prueba y es más una garantía de la obtención dialéctica de la fuente de prueba (o una garantía en orden a excluir esa fuente de prueba, o parte de ella, en un momento dado), que un método de generación de una prueba de cargo”.

asunto Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido; es así que, en la Sentencia N° 357/2014 la Sala 2ª de lo Penal de fecha 16 de abril de 2014⁽⁵¹⁾, ha señalado en forma clara que las declaraciones de testigos sin la intervención de la defensa, es decir, sin contradicción, no está vedada tajantemente su posibilidad de aprovechamiento probatorio, ya que, el derecho de contradicción puede satisfacerse de forma suficiente en el caso concreto, mediante el interrogatorio defensivo a otros testigos sobre los elementos informativos trasladados por el no comparecido; vale decir, que en este caso, se hizo una contradicción sucesiva.

En igual forma, en la Sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del 27 de febrero de 2001, (*Ricorso* N° 33354/1996), caso Luca contra Italia 40⁽⁵²⁾; ha señalado expresamente que el acusado debe tener una ocasión adecuada y suficiente para responder a las declaraciones de la instrucción (investigación), ya sea en el momento de ser efectuadas (simultáneo) o más tarde (sucesivo); que expresamente precisa (traducción). “(...) (E)n algunas circunstancias puede resultar necesario, para las autoridades judiciales,

-
- (51) Sentencia N° 357/2014 del Tribunal Supremo, 2ª Sala de lo Penal español, de fecha 16 de abril de 2014; fundamento de Derecho Tercero. “(...) Los supuestos de incomparecencia por falta de localización de un testigo cuando su declaración en la fase previa se hizo sin intervención de la defensa (lo que sucede aquí en relación a la menor) son germen de controversia (...). La más reciente considera que no estamos necesariamente ante un caso de inutilizabilidad radical. Habrá que ponderar todas las circunstancias y entre ellas esa limitación de la contradicción para valorar tal prueba sumarial introducida en el juicio oral a través de su lectura. No está vedada tajantemente la posibilidad de aprovechamiento probatorio. El derecho de contradicción puede satisfacerse de forma suficiente *in casu* mediante el interrogatorio defensivo a otros testigos sobre los elementos informativos trasladados por el no comparecido. Será un problema de fiabilidad o credibilidad que habrá que solventar teniendo en cuenta que esa declaración se hizo al margen de la contradicción y por tanto que estará precisada de más elementos corroboradores; o habrá de limitarse a ser ella misma elemento corroborador que por sí solo no bastaría para la condena.
- (52) Sentenza del 27 febbraio 2001, (*Ricorso* N° 33354/1996). 40; Corte Europea dei Diritti Dell'uomo caso Luca' contro Italia. 40. In effetti, come la Corte lo ha precisato in più riprese (vedere, tra le altre, le sentenze Isgró contro Italia del 19 febbraio 1991, serie A N° 194-A, § 34, e Lüdi contro Svizzera predetta, § 47), in determinate circostanze può essere necessario, per le autorità giudiziarie, di trovare ausilio nelle deposizioni risalenti alla fase delle indagini preparatorie, segnatamente in caso di rifiuto di reiterarle in pubblico per paura delle conseguenze per la sicurezza dell'autore delle deposizioni, ipotesi possibile nell'ambito di processo riguardanti il modus operandi delle organizzazioni mafiose. Se l'imputato ha avuto una occasione adeguata e sufficiente di contestare siffatte deposizioni, al momento in cui sono fatte o successivamente, la loro utilizzazione non contrasta in sé con l'articolo 6 §§ 1 e 3 d). Ne consegue, comunque, che i diritti della difesa sono limitati in maniera incompatibile con le garanzie dell'articolo 6 quando una condanna si fonda, unicamente od in misura determinante, su delle deposizioni fatte da una persona che l'imputato non ha potuto interrogare o fare interrogare né nella fase dell'istruttoria né durante il dibattimento (vedere le sentenze Unterpertinger contro Austria del 24 novembre 1986, serie A n° 110, §§ 31-33, Saïdi contro Francia del 20 settembre 1993, serie A n° 261-C, §§ 43-44, e Van Mechelen ed altri predetta, p. 712, § 55; vedere anche Dorigo contro Italia, ricorso n° 33286/96, Rapporto della Commissione europea del 9 settembre 1998, non pubblicata, § 43, e, su questo stesso caso, Risoluzione del Comitato dei Ministri DH (99) 258 del 15 aprile 1999).

recurrir a declaraciones que se remontan a la fase de instrucción previa, sobre todo si no pueden ser reiteradas en público por temor a [las] consecuencias en la seguridad del autor de las mismas, lo que puede ser el caso en el marco de procesos contra organizaciones mafiosas. Si el acusado ha dispuesto de una ocasión adecuada y suficiente para responder a dichas declaraciones, en el momento de ser efectuadas o más tarde (...)”.

En igual forma, Alcácer Guirao⁽⁵³⁾, analizando la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos –Sentencia de la Gran Sala del 15 de diciembre de 2011, Al-Khawaja y Tahery C. Reino Unido–, señaló que la concepción del Tribunal Constitucional español, coincide con la concepción del Tribunal europeo de Derechos Humanos, al considerar que el derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de la acusación, como manifestación del principio de contradicción, se satisface dando al acusado una ocasión adecuada y suficiente para discutir un testimonio en su contra e interrogar a su autor en el momento en que declare o en un momento posterior del proceso.

B. La contradicción sucesiva como un factor de compensación del derecho de contradicción simultánea efectiva y fundamento legítimo de la sentencia condenatoria

La vigencia del principio de contradicción, es definitivamente una de las manifestaciones esenciales del derecho de defensa, por tanto, es una garantía del ejercicio del derecho de defensa y por otro lado, es un requisito de la correcta valoración de las pruebas, en la medida en que, solo fundará la sentencia, especialmente la sentencia condenatoria, las pruebas actuadas, respetando este principio de contradicción.

(53) ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Ob. cit., p. 3. “La concepción del TC es coincidente con la seguida por el TEDH que, en aplicación de lo previsto en el art. 6.3 d) CEDH, ha venido asumiendo que el derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de la acusación, como manifestación del principio de contradicción, se satisface dando al acusado una ocasión adecuada y suficiente para discutir un testimonio en su contra e interrogar a su autor en el momento en que declare o en un momento posterior del proceso, por lo que declaraciones prestadas en fases anteriores al juicio oral no lesionan el derecho al proceso debido si han podido ser sometidas a contradicción. Para justificar tal excepción, ambos tribunales exigen la existencia de una causa legítima de la inasistencia del testigo al juicio oral. Según el TEDH, debe existir una razonable justificación que impida la declaración en el juicio oral, debiendo el tribunal haber realizado ‘todo esfuerzo razonable’ para traer al testigo al acto del juicio (...)”.

En relación al origen de este principio, queda claro que este principio de corte adversarial, proviene del sistema anglosajón, especialmente del Reino Unido, que ha tenido una clara influencia en la elaboración del contenido preciso de este principio, por el Tribunal europeo de Derechos Humanos; es por ello, que la Corte Suprema del Reino Unido, es el que desarrolla el contenido actual del principio de contradicción; en este sentido ha expresado el autor Alcácer Guirao⁽⁵⁴⁾, al comentar la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asunto Al-Khawaja y Tahery C. Reino Unido de fecha 15 de diciembre de 2011, precisando que la garantía de contradicción es concebida por el Tribunal europeo, no solo como un requisito para la correcta valoración probatoria –como garantía epistemológica– sino, asimismo como una garantía de defensa.

En este continuo desarrollo del contenido del principio de contradicción, el Tribunal Supremo del Reino Unido, en su sentencia R. C. Horncastle, del 9 de diciembre de 2009, rechazó acatar la jurisprudencia de Tribunal europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, –que estableció que una condena no puede fundarse, única o principalmente, en un testimonio prestado sin contradicción–; considerando por el contrario, que no era un requisito necesario para asegurar un juicio equitativo, un testimonio prestado con contradicción; doctrina jurisprudencial que aceptó el Tribunal europeo de Derechos Humanos, desde la sentencia Al-Khawaja y Tahery C. Reino Unido STE-DH Gran Sala, de fecha 15 de diciembre de 2011; de esta manera la contradicción deja de ser una regla de carácter absoluto y pasa a convertirse en un principio, pero no cualquier principio, sino, de elevado rango y como tal se somete a una ponderación de intereses enfrentados, tanto del acusado como de las víctimas o la sociedad en su conjunto. Según esta doctrina jurisprudencial del Tribunal europeo, se convierte en legítima una sentencia condenatoria, fundada en un testimonio sin contradicción efectiva, siempre y cuando, del análisis realizado de los actuados del proceso en su conjunto o integral, pueda desprenderse la

(54) ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Ob. cit., p. 1. “Por influencia del sistema adversarial anglosajón, tal garantía es concebida por el Tribunal de Estrasburgo no solo como un requisito para la correcta valoración probatoria –como garantía epistemológica– sino asimismo como una garantía de defensa. Resulta por ello paradójico que haya sido precisamente la influencia del Reino Unido, como más destacado representante del sistema adversarial entre los Estados signatarios del CEDH, la que haya contribuido a devaluar la relevancia de la garantía de contradicción en la reciente Sentencia de la Gran Sala del 15 de diciembre de 2011, Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido”.

presencia de otras fuentes de prueba de compensación de ese déficit de contradicción efectiva.

El comentario se realiza con base en el desarrollo efectuado por el autor Alcácer Guirao⁽⁵⁵⁾, quien ha señalado, que el Tribunal Supremo del Reino Unido, en su sentencia “R. C. Horncastle”, del 9 de diciembre de 2009, rechazó acatar la jurisprudencia de Estrasburgo y, más concretamente, aplicar la *sole or decisive rule*, considerando que la misma no era un requisito necesario para asegurar un juicio equitativo. La sentencia de la Gran Sala, que tuvo muy en cuenta la resolución del Tribunal Supremo inglés, estableciendo que la contradicción deja de ostentar la condición de regla y pasa a convertirse en un principio, sometido, en consecuencia, a la ponderación con otros intereses enfrentados; agrega este autor⁽⁵⁶⁾ y precisó que el Tribunal europeo, ha modulado anteriores pronunciamientos, estableciendo que la posibilidad de contradicción, al menos potencial, mediante el contra-interrogatorio del testigo de cargo, no es una regla de validez absoluta, sino un principio de elevado rango, susceptible de ser ponderado con otros intereses en virtud de las circunstancias de cada caso, siendo esta ponderación de intereses, tanto del acusado como de las víctimas o la sociedad en su conjunto. En conclusión, es legítima una condena basada en un testimonio sin contradicción efectiva si del análisis

(55) ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Ob. cit., p. 11. “El Reino Unido recurrió la sentencia de 2009 ante la Gran Sala, al mismo tiempo que el Tribunal Supremo del Reino Unido, en su sentencia R. c. Horncastle, del 9 de diciembre de 2009, rechazaba acatar la jurisprudencia de Estrasburgo y, más concretamente, aplicar la *sole or decisive rule*, considerando que la misma no era un requisito necesario para asegurar un juicio equitativo. La sentencia de la Gran Sala, que tuvo muy en cuenta la resolución del Tribunal Supremo inglés, altera sustancialmente la concepción anterior de la jurisprudencia de Estrasburgo, viniendo a concluir –por emplear estos términos– que la *sole or decisive rule* deja de ostentar la condición de regla y pasa a convertirse en un principio, sometido, en consecuencia, a la ponderación con otros intereses enfrentados. Dicho de otro modo: “la regla de la prueba única o decisiva ya no es considerada como una regla de carácter absoluto, sino como un factor más a considerar en relación con otros factores de ponderación”.

(56) *Ibidem*, p. 1. “La STEDH (Gran Sala) del 15 de diciembre de 2011 (asunto Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido) ha venido a sostener, modulando anteriores pronunciamientos, que la posibilidad de contradicción, al menos potencial, mediante el contra interrogatorio del testigo de cargo, no es una regla de validez absoluta, sino un principio de elevado rango, susceptible de ser ponderado con otros intereses en virtud de las circunstancias de cada caso. La ‘regla de la prueba única o decisiva’ –concepción según la que una condena no puede fundarse, única o principalmente, en un testimonio prestado sin contradicción– es sustituida por una aproximación basada en la ponderación de intereses, tanto del acusado como de las víctimas o la sociedad en su conjunto. Es legítima una condena basada en un testimonio sin contradicción efectiva si del análisis del proceso en su conjunto puede afirmarse la presencia de otros factores de compensación de ese déficit de defensa”.

del proceso en su conjunto puede afirmarse la presencia de otros factores de compensación de ese déficit de defensa.

El Tribunal Supremo español, sigue la doctrina jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en cuanto a la contradicción, como principio de alto nivel, es así, que en la Sentencia N° 357/2014 del Tribunal Supremo, 2ª Sala⁽⁵⁷⁾, este Tribunal, precisa que la Gran Sala (Tribunal europeo de Derechos Humanos), corrige el criterio anterior, sosteniendo que la salvaguarda efectiva de contradicción es susceptible de ponderación con otros intereses enfrentados. La regla de que no es apta para ser prueba única o principal no es considerada como una regla absoluta, sino modulable. La ausencia de contradicción de un concreto medio de prueba, no derivada de una gestión procesal errónea o equivocada o no garantista, no será contraria al derecho a un proceso equitativo si en el caso concreto se identifican medidas que permiten una correcta evaluación de la **fiabilidad** de la declaración a partir de una perspectiva global y tras ponderar los intereses concurrentes: se admite la posibilidad de que, excepcionalmente, los testimonios prestados fuera del juicio oral y sin contradicción efectiva puedan fundar una condena. Cuando la ausencia del testigo

(57) Sentencia N° 357/2014 del Tribunal Supremo, 2ª Sala de lo Penal español, de fecha 16 de abril de 2014; fundamento de Derecho Tercero. “En el caso de *Al Khawaja* se analizaba la acusación formulada por una paciente, luego fallecida, de haber sido objeto de abuso sexual mientras estaba bajo hipnosis. La condena se basó en la lectura en juicio de su declaración policial y en los testigos de referencia a quienes la víctima había relatado los hechos (...), la Gran Sala (Tribunal europeo de Derechos Humanos) corrige ese criterio sosteniendo que la salvaguarda efectiva de contradicción es susceptible de ponderación con otros intereses enfrentados. La regla de que no es apta para ser prueba única o principal no es considerada como una regla absoluta. Es modulable. La ausencia de contradicción de un concreto medio de prueba, no derivada de una gestión procesal errónea o equivocada o no garantista no será contraria al derecho a un proceso equitativo si en el caso concreto se identifican medidas que permiten una correcta evaluación de la **fiabilidad** de la declaración a partir de una perspectiva global y tras ponderar los intereses concurrentes: se admite la posibilidad de que, excepcionalmente, los testimonios prestados fuera del juicio oral y sin contradicción efectiva puedan fundar una condena. Cuando la ausencia del testigo esté justificada en buenas razones, una regla de exclusión (*sole or decisive rule*) no puede ser aplicada ‘de un modo inflexible’. Debe ser sometida a similares criterios de ponderación que los empleados en casos en que es preciso proteger intereses concretos de testigos o víctimas. Lo contrario ‘transformaría la regla en un instrumento tajante e indiscriminado, contrario al modo tradicional en que el Tribunal aborda la cuestión de la equidad global del procedimiento, en aras a ponderar los intereses enfrentados de la defensa, la víctima y los testigos, así como el interés público en una efectiva administración de justicia” (§ 146). El TEDH afirma que cuando una condena está basada únicamente o de modo decisivo en pruebas ofrecidas por testigos ausentes, la imposibilidad de haber sometido a contradicción el testimonio no conllevará automáticamente una vulneración del derecho a un proceso equitativo. Dependerá de si en el caso concreto existen “suficientes factores de compensación, incluyendo medidas que permitan una correcta y adecuada evaluación de la fiabilidad de esa prueba. Esto permitiría que una condena se fundara únicamente en dicha prueba solamente si es suficientemente fiable dada su relevancia en el caso” (§ 147).

esté justificada en buenas razones, una regla de exclusión (*sole or decisive rule*) no puede ser aplicada “de un modo inflexible; sentido que también adoptó las SSTCS Exps. N°s 1031/2013, del 12 de diciembre o 10/28/2013, del 1 de diciembre, que señalan que “la contradicción es un importantísimo elemento de defensa y un medio más de evaluación de la credibilidad del testimonio y de obtención de la verdad procesal. Pero admite modulaciones ponderadas cuando concurren otros medios suficientemente seguros y resulte adecuado y proporcionado a los intereses sociales presentes en la persecución penal.

Y concluye esta sentencia (STC Exp. N° 357/2014-del Tribunal Supremo, 2ª Sala de lo Penal español), señalando que el problema de la falta de contradicción no se resuelve mediante rígidas reglas de prohibición de valoración sino sopesando si las exigencias de equidad justifican el aprovechamiento mayor o menor de la información testifical obtenida en las fases previas. Los déficits contradictorios en la producción de la fuente de prueba se pueden compensar aplicando estándares más cautelosos en la valoración de la prueba. El problema se desplaza de la admisión del medio de prueba a su valoración. En ocasiones se ha dicho que esas declaraciones no podrán servir como prueba principal, definitiva, única o concluyente de la culpabilidad, reclamándose otras pruebas que corroboren la información testifical no sometida a contradicción (SSTEDH, caso Mika contra Suecia, del 27 de enero de 2009, y del 13 de enero de 2009, caso Taxquet contra Bélgica).

C. Situación jurídica en que debe realizarse la contradicción sucesiva: contradicción sobre la fuente de prueba

El principio de contradicción, no solo debe entenderse como la posibilidad de contradecir o refutar la obtención actual de la fuente de prueba, sino: 1. el sujeto imputado, primero debe conocer la conducta que se le imputa, cuya cognoscibilidad, le permitirá elaborar su tesis o teoría del caso, que puede ser de absolución, de atenuación de pena, desvirtuar la validez de fuentes de prueba básicos que sustentan la imputación, desvirtuar la credibilidad de las pruebas personales o aceptar la imputación en su totalidad, etc., y 2. para sustentar su teoría de caso; podrá actuar fuentes de pruebas diversas; direccionar el sentido de su intervención en la obtención de otras fuentes de pruebas; formular impugnaciones de validez de las fuentes de prueba obtenidas, muy

especialmente aquellas en las que no hizo contradicción simultánea; actuar pruebas de segundo orden, es decir, prueba sobre prueba, etc.

En la doctrina tradicional del Derecho Procesal Penal, se ha desarrollado el derecho de contradicción, como aquella en la que, de manera principal se permita la contradicción simultánea, es decir, dando al imputado la posibilidad de intervención en la obtención de la fuente de prueba, de lo contrario, no tenía la naturaleza de prueba preconstituida; la contradicción sucesiva, no estaba en el análisis de los doctrinarios, como aquella que permitía el cumplimiento de la garantía de contradicción, no obstante, que, siempre se ha entendido que la contradicción comprendía el derecho del imputado de ofrecer la actuación de fuentes de prueba de primer y segundo orden en plena igualdad de partes e impugnar la validez y fiabilidad de dichas fuentes de prueba; como es el caso, por ejemplo del autor Ferrer Beltrán⁽⁵⁸⁾, quien entre otros señala que el principio de contradicción consiste en la práctica de la prueba de forma contradictoria, esto es, permitiendo la intervención de las partes en la misma y ofrecer pruebas de descargo de primer y segundo orden; como el caso del autor Talavera Elguera⁽⁵⁹⁾, quien, siguiendo a Eduardo Jauchen, precisa que el derecho de contradicción consiste en que la parte a quien se opondrá la prueba debe tener la oportunidad de conocer y refutarla y que su defensa tenga las mismas posibilidades que el acusador en la práctica de la prueba.

En tanto que el Tribunal europeo de Derechos Humanos, desde hace muchos años atrás, viene desarrollando de manera uniforme la existencia de una contradicción sucesiva, con clara influencia del Tribunal Supremo del Reino Unido, por ejemplo, a través de su sentencia R. C. Horncastle del 9 de diciembre de 2009; como es el caso de la Sentenza del 27 febbraio 2001, (*Ricorso* N° 33354/1996) del Tribunal Europeo señalado y otras sentencias, desarrollo que ha seguido el Tribunal Supremo español.

(58) FERRER BELTRÁN, Jordi. Ob. cit., pp. 87-88. "(...) el principio de contradicción opera permitiendo cuatro tipos de controles probatorios: (...) 2) la práctica de la prueba de forma contradictoria, esto es, permitiendo la intervención de las partes en la misma; 3) la posibilidad de proponer pruebas contrarias a las ofrecidas por la otra parte procesal, de modo que permita vencer a estas y/o corroborar una hipótesis fáctica distinta e incompatible; 4) la posibilidad de proponer pruebas de segundo orden (o pruebas sobre la prueba) que impugnen la fiabilidad de pruebas ofrecidas por la otra parte".

(59) TALAVERA ELGUERA, Pablo. Ob. cit., p. 81. "La parte contra la que se oponga una prueba debe tener la oportunidad procesal de conocerla y discutirla. La defensa ha de contar en la práctica de la prueba con las mismas posibilidades de actuación que la acusación (...)".

El desarrollo de la contradicción sucesiva, para garantizar el cumplimiento del derecho a la contradicción que le asiste al imputado, corresponde a la naturaleza de la obtención de muchas fuentes de prueba, en los que, no es posible jurídicamente y/o físicamente realizar la contradicción simultánea, por ello, en estas situaciones jurídicas, debe realizarse una contradicción sucesiva; estas situaciones jurídicas en que debe realizarse la contradicción sucesiva, son, por ejemplo:

1. El sujeto activo del delito investigado, no se encuentra aún identificado.
2. El sujeto activo del delito investigado se encuentra identificado, pero no se encuentra apersonado.
3. El sujeto activo del delito, estuvo identificado y apersonado, luego deja de serlo y se imputa a otra persona y respecto de este no se hizo contradicción simultánea.
4. La urgencia en la obtención de la fuente de prueba.
5. Necesidad de éxito en la obtención de la fuente de prueba.
6. Etc.

En el sentido expuesto, ha señalado en forma clara el autor Guzmán Fluja⁽⁶⁰⁾, precisando, que, si el inculpado no estuviera identificado y a disposición judicial en el momento de la obtención de la fuente de prueba, o si lo estuviera pero luego dejara de ser imputado ocupando ese estatus otra persona, será obligatorio una **contradicción sucesiva**.

3.3.2. Utilizabilidad de fuentes de prueba sin contradictorio simultáneo

A. Fundamento de la utilizabilidad de fuentes de prueba sin contradictorio simultáneo

La realidad jurídica de la obtención de las fuentes de prueba durante la investigación del delito, muestra en forma clara, que a pesar que se tome todas las precauciones jurídico-procesales para el cumplimiento

(60) GUZMÁN FLUJA, Vicente C. Ob. cit., 2006, p. 358. "(...). Si el inculpado no estuviera identificado y a disposición judicial, o si lo estuviera pero luego dejara de ser imputado ocupando ese estatus otra persona, será obligatorio una contradicción sucesiva (es decir, no simultáneo al acto), y, respecto del caso en que el imputado asistente al acto deje de serlo, siempre podrá acudir al juicio oral como testigo de la realización del mismo".

de la garantía de la contradicción simultánea, siempre existen situaciones prácticas jurídica-procesales, en las que no es posible que se haga efectivo el derecho de contradicción en su dimensión maximalista, es decir, efectuando una contradicción efectiva simultánea, realizando alegaciones en el momento de la obtención de fuentes de prueba, según su teoría del caso, poner en entredicho su credibilidad, demostrar su invalidez, probar su falsedad; etc. Situación que también puede ocurrir en el juicio oral, por presencia de razones justificadas, como la muerte de la fuente de prueba personal o la ausencia de este, etc., es decir, tampoco se puede realizar la contradicción en el juicio oral.

La gran interrogante, es, si la obtención de estas fuentes de prueba sin contradicción efectiva simultánea, pueden utilizarse o no en el juicio oral y fundar una sentencia condenatoria; la respuesta lo dio el Tribunal Supremo del Reino Unido, en su sentencia R. C. Horncastle, del 9 de diciembre de 2009, estableciendo que la ausencia de contradicción no será contraria al derecho a un proceso equitativo, si en el caso concreto existían medidas que permitieran una correcta evaluación de la fiabilidad de la declaración, de esta manera, la regla absoluta de la única prueba que funda la sentencia es aquella que obtenida con contradicción, se convierte en un principio sometido a la ponderación con otros intereses constitucionales, como el derecho de la víctima y la sociedad; criterio que asumió el Tribunal Europeo de Derechos Humanos desde el 15 de diciembre de 2011, momento en que emitió la Sentencia de la Gran Sala asunto Al-Khawaja y Tahery C. Reino Unido; en este sentido dio cuenta el autor Alcácer Guirao⁽⁶¹⁾, al analizar las sentencias señaladas, comentando el contenido del derecho de contradicción que desarrolló estas dos sentencias, poniendo énfasis, que según este desarrollo jurisprudencial, **la regla de la prueba única o decisiva ya no es considerada como una regla de carácter absoluto, sino,**

(61) ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Ob. cit., p. 11. “(...) el Tribunal Supremo del Reino Unido, en su sentencia R. c. Horncastle, del 9 de diciembre de 2009, rechazaba acatar la jurisprudencia de Estrasburgo y, más concretamente, aplicar la *sole or decisive rule*, considerando que la misma no era un requisito necesario para asegurar un juicio equitativo. La sentencia de la Gran Sala, que tuvo muy en cuenta la resolución del Tribunal Supremo inglés, altera sustancialmente la concepción anterior de la jurisprudencia de Estrasburgo, viniendo a concluir –por emplear estos términos– que la *sole or decisive rule* deja de ostentar la condición de regla y pasa a convertirse en un principio, sometido, en consecuencia, a la ponderación con otros intereses enfrentados. Dicho de otro modo: “la regla de la prueba única o decisiva ya no es considerada como una regla de carácter absoluto, sino como un factor más a considerar en relación con otros factores de ponderación”.

se convierte en un principio objeto de ponderación con otros intereses concurrentes en el proceso (intereses de la víctima y la sociedad).

Sobre este desarrollo del contenido de contradicción, en el año 2006, es decir, antes de las sentencias comentadas en los párrafos anteriores, el autor Guzmán Fluja⁽⁶²⁾, había abordado este tema, como una excepción a la contradicción efectiva, en los casos en los que existe consentimiento del imputado, imposibilidad objetiva de existencia de contradictorio, o conducta ilícita de una de las partes para evitar dicho contradictorio o sustraerse al contradictorio.

Del desarrollo jurisprudencial del Tribunal Supremo del Reino Unido, del Tribunal Supremo Español y del Tribunal europeo de Derechos Humanos, desde el 9 de diciembre de 2009, el contenido del derecho de contradicción ha sido precisado conforme a su real dimensión; este contenido es el siguiente:

1. Las fuentes de prueba que fundan de manera legítima la sentencia condenatoria, son aquellas, obtenidas en el juicio oral, con las garantías de inmediación del juez decisor y contradicción simultánea efectiva (posibilidad efectiva de contradicción); además de otros principios propios del juicio oral.
2. Las fuentes de prueba que fundan de manera legítima la sentencia condenatoria, también son, excepcionalmente:
 - 2.1. Aquellas obtenidas en la investigación del delito, **con las garantías de inmediación y contradicción simultánea efectiva** (posibilidad efectiva de contradicción), en el caso de imputado identificado y apersonado; en cuya orientación señaló el autor Guzmán Fluja⁽⁶³⁾.

(62) GUZMÁN FLUJA, Vicente C. Ob. cit., 2006; p. 361. “Esta solución puede tener, sin embargo, algunas excepciones, y en este sentido se habla de la utilización de fuentes de prueba generadas o adquiridas sin ningún contradictorio en los casos en los que existe consenso del imputado, imposibilidad objetiva de existencia de contradictorio, o conducta ilícita de una de las partes para evitar dicho contradictorio o sustraerse a él. Sobre todo las cuestiones primera y última son muy delicadas y no voy a dedicar a ellas toda la atención que se merecen porque exigirían cada una investigación específica de gran alcance. Sentaré solo algunas de las claves que permiten una comprensión de su alcance”.

(63) GUZMÁN FLUJA, Vicente C. Ob. cit., 2006, p. 356. “Por lo dicho, debe afirmarse con rotundidad que desde que hay un imputado identificado y a disposición del órgano judicial (de nada sirve solo la identificación si está fugado) debe dársele la oportunidad de participar en las actividades de la instrucción dado que ese factor influirá en la preconstitución de la fuente de prueba. Esa participación debe ser lo más simultánea posible al momento de realización del acto (...)”.

2.2. Aquellas fuentes de prueba obtenidas en la investigación del delito, **con la garantía de contradicción simultánea y efectiva** (posibilidad efectiva de contradicción), en el caso del imputado identificado y apersonado, especialmente aquellos casos de urgencia en su obtención.

2.3. Aquellas obtenidas en la investigación del delito, **sin contradicción simultánea efectiva**; no obstante que el imputado se encuentra identificado y apersonado, siempre que concurren, circunstancias de justificación razonables, como es el caso de las diligencias cuyo éxito depende de que se lleven a cabo necesariamente sin la presencia del imputado conocido y a disposición del juzgado, incluso sin su conocimiento previo o simultáneo, por ejemplo la intervención de sus comunicaciones personales; **pero, realizando una contradicción sucesiva**; sentido en que ha precisado el autor Guzmán Fluja⁽⁶⁴⁾.

2.4. Aquellas obtenidas excepcionalmente en la investigación del delito, **sin la contradicción simultánea, pero, realizando una contradicción sucesiva**, siempre que se presente situaciones excepcionales como: inexistencia de imputado en el momento de la obtención de la fuente de prueba; actuaciones intencionales del imputado a fin de evitar la existencia de contradicción, así evitar la preconstitución; cuando el imputado deja de ser tal y en su lugar es considerado otra persona; etc., en dicho sentido ha comentado el autor Guzmán Fluja⁽⁶⁵⁾.

(64) Ídem. "(...) la oportunidad de participar en las actividades de la instrucción dado que ese factor influirá en la preconstitución de la fuente de prueba. Esa participación (...) en cuanto no pueda ser simultánea, deberá ser sucesiva, pero lo más cercana posible en el tiempo a momento de la realización del acto de investigación o de instrucción, siempre dentro de lo posible y lo razonable. Esto es lo que sucede con las diligencias cuyo éxito depende de que se lleven a cabo necesariamente sin la presencia del imputado conocido y a disposición del juzgado, incluso sin su conocimiento previo o simultáneo, por ejemplo la intervención de sus comunicaciones personales (...)"

(65) GUZMÁN FLUJA, Vicente C. Ob. cit., 2006; p. 349. "En este contexto hay que poner a la garantía de contradicción en sus justos términos. Y para ello habrá que atender sobre todo a las siguientes situaciones: urgencia en la realización de las diligencias de instrucción de la que puede resultar preconstituida la prueba; inexistencia, en el momento de la realización, de una persona con el carácter de imputado; consentimiento del acusado en la utilización de las fuentes de prueba generadas sin contradicción; actuaciones intencionales de alguna de las partes tendentes a evitar la existencia de contradicción para evitar precisamente la preconstitución. Y todo esto bajo la perspectiva (...) siempre debe ser posible un contradictorio simultáneo o actual".

B. Requisitos de utilizabilidad de la fuente de prueba obtenida sin contradicción simultánea

Los requisitos para utilizar una fuente de prueba sin contradicción, son los siguientes:

1. La fuente de prueba sea obtenido con los requisitos formales y esenciales previstas por el Código Procesal Penal respectivo; en el sentido que ha señalado el autor Guzmán Fluja⁽⁶⁶⁾, indicando que “(...) las fuentes de prueba en el proceso penal quedan siempre preconstituidas en tanto en cuanto han pasado por el filtro de la instrucción y de las reglas legales que la gobiernan (...)”.
2. Que se haya cumplido con realizar los factores de compensación del déficit de contradicción simultánea efectiva, posibilitando que el imputado ejerza su derecho de contradicción diferida; en el sentido en que ha precisado el Tribunal Supremo español en la Sentencia N° 357-2014⁽⁶⁷⁾.
3. La ausencia de contradicción simultánea, no se debe a una actuación fiscal constitucionalmente censurable.

La fuente de prueba obtenida sin contradicción simultánea efectiva, ingresará al juicio oral, y podrá fundar una sentencia condenatoria, si esta ausencia de contradicción, no se debió a una actuación policial o fiscal constitucionalmente censurable, en dicho sentido ha expresado la Sentencia del Tribunal Constitucional español, N° 80/2003, amparado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, expresando de manera literal “(...) pese a ser cierto que ‘el demandante no asistió a la declaración de C. ante el juez de instrucción, sin embargo, esta ausencia no es imputable a la autoridad judicial (...) el

(66) GUZMÁN FLUJA, Vicente C. Ob. cit., 2008, p. 217.

(67) Sentencia N° 357/2014 del Tribunal Supremo, 2ª Sala de lo Penal español, de fecha 16 de abril de 2014. El TEDH afirma que cuando una condena está basada únicamente o de modo decisivo en pruebas ofrecidas por testigos ausentes, la imposibilidad de haber sometido a contradicción el testimonio no conllevará automáticamente una vulneración del derecho a un proceso equitativo. Dependerá de si en el caso concreto existen “suficientes factores de compensación, incluyendo medidas que permitan una correcta y adecuada evaluación de la fiabilidad de esa prueba. Esto permitiría que una condena se fundara únicamente en dicha prueba solamente si es suficientemente fiable dada su relevancia en el caso”.

‘principio de contradicción se respeta, no solo cuando el demandante goza de la posibilidad de intervenir en el interrogatorio de quien declara en su contra, sino también cuando tal efectiva intervención no llega a tener lugar por motivos o circunstancias que no se deben a una actuación judicial constitucionalmente censurable’”, sentencia comentada por el autor Alcácer Guirao⁽⁶⁸⁾. Es decir, la ausencia de contradicción simultánea, no fue por negligencia de la Policía Nacional o la fiscalía, sino, por situaciones jurídicas propias de la investigación del delito; como es el caso, imputado no identificado y la investigación no puede parar.

4. En los casos de obtención de fuente de prueba personal (testigo o peritos) en la investigación, el interrogatorio y el contrainterrogatorio, debe cumplir las reglas del examen del órgano de prueba en juicio oral, es decir, el interrogatorio debe realizarse a través de preguntas:

- pertinentes
- útiles; y

No deben ser preguntas:

- repetidas
- capciosas,
- impertinentes y
- sugestivas.

(68) ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Ob. cit., p. 7. “Sobre esa concreta decisión ha tenido ocasión de pronunciarse el TEDH, avalando el pronunciamiento del TC. Viendo desestimada su pretensión en la STC 80/2003, el recurrente acudió a Estrasburgo, denunciando que su condena no se había basado en un proceso equitativo por no haber tenido oportunidad de interrogar al testigo. El Tribunal, en la decisión de inadmisión de 01/03/2005, Mínguez Villar c. España, rechaza esa alegación afirmando que pese a ser cierto que ‘el demandante no asistió a la declaración de C. ante el juez de instrucción, sin embargo, esta ausencia no es imputable a la autoridad judicial, sino al hecho de que se sustrajo voluntariamente a la acción de la justicia’. No obstante, la concepción del TC va más allá de lo expuesto hasta ahora. El estándar empleado por el Tribunal español es formulado en los siguientes términos: el ‘principio de contradicción se respeta, no solo cuando el demandante goza de la posibilidad de intervenir en el interrogatorio de quien declara en su contra, sino también cuando tal efectiva intervención no llega a tener lugar por motivos o circunstancias que no se deben a una actuación judicial constitucionalmente censurable’. Es decir, el criterio empleado para determinar cuándo un testimonio prestado sin contradicción puede ser prueba de cargo no es el de la atribución al propio imputado de la falta de contradicción, sino el de no atribución al órgano judicial, criterio más amplio y que admitirá más supuestos de prueba de cargo sin contradicción (...), la ausencia de contradicción del testimonio prestado en instrucción no es imputable a la negligencia del órgano judicial, sino a factores o instituciones inherentes al sistema procesal. Por tal razón, el TC entiende que una condena basada en tales testimonios no vulnera el derecho a un proceso equitativo”.

El Código Procesal Penal de 2004, en su artículo 376, prescribe en forma expresa estas reglas del interrogatorio en juicio oral:

“Artículo 376: Declaración del acusado.-

(...)

2.- (...)

c) El interrogatorio está sujeto a que las preguntas que se formulen sean directas, claras, pertinentes y útiles;

d) No son admisibles preguntas repetidas sobre aquello que el acusado ya hubiere declarado, salvo la evidente necesidad de una respuesta aclaratoria. Tampoco están permitidas preguntas capciosas, impertinentes y las que contengan respuestas sugeridas.

3. El juez ejercerá puntualmente sus poderes de dirección y declarará, de oficio o a solicitud de parte, inadmisibles las preguntas prohibidas.

(...)”.

La infracción de estas reglas del interrogatorio, serán objetadas, después de su lectura u oralización y declaradas fundadas, no ingresarán al juicio oral e incluso serán objeto de control de oficio por el juez, cuando se presentan las preguntas prohibidas.

5. En los casos de déficit de la garantía de inmediación simultánea, también debe realizarse actos procesales de control de legalidad diferida por parte del órgano persecutor, a fin de garantizar la fiabilidad de la fuente, para posibilitar el ingreso de la fuente de prueba preconstituida, que no tiene inmediación simultánea, pero, esta no debe ser atribuido a la conducta negligente del órgano persecutor, sino, a factores externos.

De todo lo expuesto en relación a estos requisitos, los elementos más importantes de la prueba preconstituida son:

- La intermediación procesal,
- La contradicción procesal.

En el sentido señalado ha precisado el autor Guzmán Fluja⁽⁶⁹⁾, indicando que “(...) sin duda, los dos elementos básicos en la preconstitución probatoria son la existencia de inmediación y contradicción (...)”.

C. Supuestos de la utilización de fuentes de prueba generadas o adquiridas sin ningún contradictorio simultáneo

Estos supuestos de la utilización de fuentes de prueba generadas o adquiridas sin ningún contradictorio; son los siguientes:

C.1. El consentimiento de la parte que no pudo o no quiso usar del contradictorio

a. El consentimiento en la doctrina y jurisprudencia de derechos humanos

La doctrina y la jurisprudencia sobre derechos humanos, como son los casos del Tribunal europeo de Derechos Humanos de Europa, consideran de manera unánime que el derecho a la contradicción, es un derecho disponible, por tanto, el titular de este derecho, puede renunciar a esta facultad y permitir que una fuente de prueba se obtenga sin que se realice la contradicción, conforme a la línea de su teoría del caso, para que esta renuncia sea eficaz y probado, debe estar debida y oportunamente emplazado para que ejerza su derecho de contradicción en la obtención de la fuente de prueba, cualesquiera, especialmente la fuente de prueba personal (testimonial y pericial).

Este consentimiento, puede ser: 1. Expreso o tácito, pero, en su gran mayoría será tácito, conforme ocurre la práctica jurídica. El consentimiento expreso, se puede presentar de dos maneras: a. cuando la parte procesal contra quien se hace valer la fuente prueba, por escrito, señala que no participará en la obtención de determinada fuente de prueba, por ejemplo, que no participará en la declaración de un testigo de cargo, este consentimiento, se acreditará con el escrito de consentimiento correspondiente; y b. cuando la parte procesal, presente en el acto procesal de obtención de la fuente de prueba, de manera expresa señala que no realizará ninguna contrainterrogatorio, consentimiento que se acreditará con el acta de la realización del acto procesal, en cuyo acto debe constar en forma expresa el consentimiento,

(69) GUZMÁN FLUJA, Vicente C. Ob. cit., 2008, p. 221.

corroborado con la firma en el acta de exteriorización; y 2. Mientras que el consentimiento tácito, –que será la gran mayoría de actos de consentimiento del sujeto procesal– se presenta cuando el sujeto procesal, no obstante debe estar debida y oportunamente emplazado, no concurre al acto procesal de obtención de la fuente de prueba; consentimiento que debe ser acreditado con la disposición, providencia o acta, mediante la cual, se fija día y hora la realización del acto procesal, su debida notificación y que esta se haya realizado antes de la fecha de la obtención de la fuente de prueba.

El consentimiento para la obtención de la fuente de prueba, permite que dicha obtención de la fuente de prueba, pueda de manera excepcional, ingresar al juicio oral y fundar de manera legítima una sentencia condenatoria; y en el caso de la fuente de prueba personal, la declaración del testigo o la pericia, se debatirán oralmente, en el juicio oral, en caso que existe una causa justificada que impida que el órgano de prueba concorra al juicio oral, estas causas que justifican son, por ejemplo, la muerte del testigo, la enfermedad que afecte la capacidad psicológica del perito o testigo, etc.

El autor Guzmán Fluja⁽⁷⁰⁾, señala que una fuente de prueba puede ser utilizada en el juicio oral, no obstante que respecto de esa fuente de prueba no hubo contradicción, siempre que el imputado haya consentido en su utilización y esta manifestación de voluntad del consentimiento puede ser expreso o tácito, pero, ha debido tener la oportunidad

(70) GUZMÁN FLUJA, Vicente C. Ob. cit., 2006, pp. 361-363. “Se quiere decir que una fuente de prueba es utilizable en el juicio oral, pudiendo llegar a alcanzar valor probatorio, incluso cuando no ha sido formada con contradictorio o cuando el contradictorio no se ha ejercitado en ningún momento respecto de ella, siempre que haya consentimiento del imputado en que se proceda a dicha utilización (...). En principio, el consenso del acusado es una institución que permite en el proceso penal llegar a soluciones en orden a la conformidad, que encierra un consentimiento. Por ello no extraña que se aluda también, aunque lógicamente en otra perspectiva, a que el consenso del imputado o del acusado pueda implicar la utilización probatoria de fuentes de prueba no revestidas por el contradictorio. Ahora bien, debe ser una situación que se aplique restrictivamente, de tal manera que no sería posible que con carácter general el acusado admitiera la utilización en su contra de todas las fuentes de prueba no contradictorias. Deberá ser en cada caso concreto y deberá requerir además la participación y audiencia de todas las demás partes, además de manifestarse la voluntad, expresa o tácita, en un momento anterior a la utilización de la prueba. Parece posible que el consenso del acusado sea prestado no tanto como fruto de un debate, sino como acto voluntario en el que se suma a la iniciativa de utilizabilidad que pretende la parte acusadora; es lo que sucede con la utilización en juicio de declaraciones efectuadas durante la fase de instrucción, que en algunos casos especiales pueden alcanzar valor probatorio contra el acusado si este lo consiente (...). En todo caso, el imputado o acusado ha debido tener siempre la oportunidad de un contradictorio sobre la fuente de prueba, aunque lo tenga que ser sucesivo y limitado, y debe haber rehusado a él también de una manera voluntaria y libre”.

de contradecir la obtención de la fuente de prueba y agrega que la valoración de este tipo de fuente de prueba debe ser restringida para fines de fundar la sentencia condenatoria; al respecto, se debe señalar, que esta posición del autor es del año 2006, sin embargo, a la fecha ha sido radicalmente superada, y ello ocurre desde el año 2009 a instancia del Tribunal Supremo del Reino Unido y desde el año de 2011, asumida por el Tribunal europeo de Derechos Humanos.

Si el ejercicio del derecho a la contradicción, fuera una efectiva realización de esta facultad, entonces, la corrección de esta efectivización de contradicción, estaría en poder del inculpado, es por ello, que el derecho de contradicción; se materializa con el otorgamiento de una efectiva posibilidad de contradicción; por tal razón, la contradicción es una garantía del derecho de defensa, disponible para su titular; sentido en que ha afirmado el autor Alcácer Guirao⁽⁷¹⁾, comentando las sentencias del Tribunal Constitucional de España, poniendo énfasis, en una situación real, referido a que no siempre será posible asegurar la presencia del imputado en la obtención de la fuente de prueba, como es el caso de una testimonial.

b. Consentimiento en el Código Procesal Penal de 2004

Examinado el Código Procesal Penal de 2004, se desprende que este cuerpo adjetivo, prescribe el consentimiento del imputado, para la obtención de una fuente de prueba, especialmente referido a la prueba personal, como son los casos de testimonial y pericial; la norma jurídica que prescribe, es la siguiente:

(71) ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Ob. cit., p. 5. El TC asume esa regla, si bien lo que realmente viene a exigir “no es la contradicción efectiva, sino la posibilidad de contradicción. Parte de entender que no siempre va a ser posible asegurar la presencia del acusado o de su abogado en la declaración sumarial del testigo, ya porque el mismo acusado renuncia a aprovechar la oportunidad ofrecida y no acude a la declaración, ya por otras circunstancias. Por tal razón, el contenido del derecho no puede consistir en la contradicción efectiva y realmente practicada, sino en que por el órgano judicial se hubiera hecho todo lo posible por proporcionarla. De lo contrario, se dejaría en manos del acusado la corrección del procedimiento. Ello implica, en consecuencia, que habrá casos en que podrá fundarse una condena a partir de una declaración testifical practicada sin efectiva contradicción; (...) la contradicción es entendida, así, como una garantía disponible para su titular, por lo que resulta razonable que la ausencia de contradicción corra en su contra en tales casos, máxime si por el órgano judicial se han proporcionado todas las posibilidades de ejercer un debate contradictorio. Así, por ejemplo, cuando en un supuesto en que los abogados defensores de los imputados en la causa fueron llamados a la declaración sumarial del testigo, en la que, pese al sentido incriminatorio de la misma, optaron por no hacer pregunta alguna.

“Artículo 383: Lectura de la prueba documental

1. Solo podrán ser incorporados al juicio para su lectura:

(...)

c) Los informes o dictámenes periciales, así como las actas de examen y debate pericial actuadas con (...) el debido emplazamiento de las partes, siempre que el perito no hubiese podido concurrir al juicio por fallecimiento, enfermedad, ausencia del lugar de su residencia, desconocimiento de su paradero o por causas independientes de la voluntad de las partes (...);

d) (...) También serán leídas las declaraciones prestadas ante el fiscal **con (...) el debido emplazamiento de las partes**, siempre que se den las condiciones previstas en el literal anterior (...).”.

En este supuesto de utilización de fuentes de prueba sin contradicción simultánea y efectiva, no es necesario realizar una contradicción sucesiva, en los demás supuestos a desarrollarse, sí se debe realizar una contradicción sucesiva; lo que se explica, por la oportunidad que se le dio al imputado de ejercer su derecho de contradicción, de manera simultánea, la que renunció.

3.3.3. La imposibilidad de contradicción física o jurídica

La imposibilidad de contradicción en la obtención de una fuente de prueba, puede ser: 1. una imposibilidad física; o, 2. una imposibilidad jurídica. Estas circunstancias de imposibilidad deben estar debidamente demostradas o acreditadas.

A. Imposibilidad de contradicción física

Esta imposibilidad física, hace referencia a la concurrencia de una circunstancia objetiva, que impide de manera absoluta la realización de una contradicción simultánea, vale decir, una contradicción en el momento de la obtención de la fuente de prueba; circunstancia que puede ser procedente de la naturaleza, del mismo imputado o de la urgencia en la obtención de la fuente de prueba, etc. Cuando concurren estas circunstancias, como se dijo, no es posible físicamente realizar la contradicción simultánea, pero, siempre será posible realizar la contradicción sucesiva o diferida, de manera más inmediata posible,

a través de actos procesales idóneos que permitan que el imputado, conozca dichos actos de obtención de fuente de prueba, en el que el imputado no tuvo la posibilidad de realizar una contradicción simultánea, por concurrencia de las circunstancias objetivas que imposibilitaron dicha posibilidad física. Estas circunstancias pueden ser: imputado que se encuentra fugado o imputado sin paradero; imputado no identificado; el imputado deja de ser tal y en su lugar entra otro; urgencia en la obtención de la fuente de prueba; muerte, incapacidad física, mental sobrevenida de la fuente de prueba; etc.

De lo señalado, puede concluirse que esta imposibilidad física, no debe ser atribuible al acusador, es decir al órgano persecutor, por el contrario, este debe haber cumplido todos los demás requisitos formales y esenciales de validez del acto procesal de obtención de la fuente de prueba.

A.1. Casos de circunstancias de imposibilidad física de contradicción simultánea

Estas circunstancias objetivas, pueden ser diversas, las más conocidas son las que ya fueron citadas:

a. Circunstancias objetivas que tienen que ver con el imputado

Estas circunstancias objetivas, son aquellas atribuibles a la conducta del imputado o tienen que ver con su identificación en el momento de la obtención de la fuente de prueba; estos casos son:

- El imputado se encuentra huido o fugado, lo que se presenta, cuando el imputado identificado y con paradero conocido, después de enterarse de la existencia de la investigación del delito en su contra, se fuga del lugar de su residencia, para evadir la persecución penal; en cuya línea se pronunció el autor Alcácer Guirao⁽⁷²⁾, comentando la sentencia del Tribunal Constitucional, precisando esta conducta que impide la contradicción, se atribuye al imputado.

(72) ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Ob. cit., p. 5. "(...) también se ha considerado atribuible al imputado la ausencia de contradicción motivada por la imposibilidad de ser llamado a la declaración sumarial al hallarse aquel huido de la justicia y en ignorado paradero, resultando infructuosos los intentos de localización y notificación (...)".

- El imputado tiene paradero desconocido; situación que se presenta cuando el imputado se encuentra debidamente identificado, pero, no se tiene conocimiento del lugar de su residencia. En este supuesto ingresa el caso por ejemplo, en el que el imputado tiene domicilio conocido registrado en la ficha Reniec; sin embargo, en el inmueble indicado, ya no reside, desde antes del inicio de la investigación, situación en que el imputado no conoce la existencia de la investigación en su contra.
- Cuando el imputado no se encuentra identificado; circunstancia que se presenta cuando la investigación se inicia sin tener aún identificado al sujeto activo del delito, pero, la investigación no debe paralizarse por esta razón; situación que comenta el autor Alcácer Guirao⁽⁷³⁾, analizando la Sentencia de la Gran Sala del Tribunal europeo de Derechos Humanos, de fecha 15 de diciembre de 2011, “caso: Al-Khawaja y Tahery C. Reino Unido”.
- Cuando el imputado que venía siendo investigado, deja de ser tal, e ingresa en su lugar otra persona como sujeto investigado, en tal caso, respecto de este último, no existe contradicción simultánea en relación de las fuentes de prueba adquiridas antes de su inclusión en la investigación.

b. Circunstancias objetivas naturales sobrevenidas

Esta clase de situaciones objetivas naturales tiene que ver con aquellos que normalmente proviene de la naturaleza; sin perjuicio de ello, pueden provenir de cualquier fuente, lo importante es que dicho impedimento físico absoluto sobrevenga a la obtención de la fuente de prueba, sin contradicción efectiva simultánea y no del imputado o de otro sujeto procesal contra quien se hace valer la fuente de prueba. En esta clase de situaciones, la fuente de prueba fue obtenida en la investigación del delito, sin contradicción simultánea efectiva, no atribuible a la conducta negligente del acusador, empero, esta fuente de prueba,

(73) *Ibíd*em, p. 7. “(...) cuando la declaración tiene lugar sin la presencia del acusado y su defensa (...) en la que el sujeto a quien apunta la incriminación aún no ha adquirido la condición de imputado (...). Por tal razón, el TC entiende que una condena basada en tales testimonios no vulnera el derecho a un proceso equitativo”.

no se encuentra disponible físicamente para llevar al juicio oral, como son los casos de muerte, enfermedad que imposibilita la obtención de la prueba, desaparición, etc., de las fuentes de prueba personales, o la destrucción del objeto o pieza de convicción por evento de fuerza mayor, sentido que ha señalado el autor Guzmán Fluja⁽⁷⁴⁾.

1. La muerte sobrevenida de la fuente de prueba personal; esta situación se refiere a la muerte del testigo o perito, que prestaron su testimonial o emitieron la pericia respectiva, pero no se le dio la posibilidad oportuna al imputado a fin de que ejerza su derecho de contradicción simultánea en el acto procesal testimonial o pericial.
2. La enfermedad sobrevenida de la fuente de prueba personal; esta circunstancia hace referencia a una enfermedad que afecta la integridad física y/o psicológica (incapacidad mental absoluta), que deben tener la naturaleza de impedir de manera absoluta la realización de una contradicción en el juicio oral; y esta circunstancia debe ser sobrevenida a la obtención de la fuente de prueba –testimonial o pericial– en la fase de la investigación preparatoria, donde, por razones justificadas, no se le dio al imputado la posibilidad de realizar una contradicción simultánea, supuesto que también fue objeto de comentario por el autor Alcácer Guirao⁽⁷⁵⁾, quien, cita una Sentencia del Tribunal Constitucional español –STC 80/2003, 28.4– indicando que una testimonial que prestó declaración sin contradicción, ingresa a juicio oral y no afecta la garantía

(74) GUZMÁN FLUJA, Vicente C. Ob. cit., 2006, p. 370. “(...) también entrarán en este supuesto los casos en los que una circunstancia sobrevenida y del todo inesperada impide la aplicación del contradictorio, debiendo citarse los casos típicos de muerte, enfermedad inhabilitante, desaparición, etc., referidas a las fuentes de prueba personales. O la destrucción del objeto o pieza de convicción, cuando sea producida por evento de fuerza mayor que deben los únicos que excusen la ruptura sobrevenida e imprevisible de la cadena de custodia”.

(75) ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Ob. cit., p. 5. Un supuesto de esta índole resolvió la STC N° 80/2003, 28.4, en el que el demandante resultó condenado por un delito de tráfico de drogas a partir de lo declarado ante el juez de instrucción por dos testigos, uno de los cuales se retractó de su anterior declaración en el juicio oral y el otro no pudo declarar debido a una enfermedad mental sobrevenida. Pese a que las declaraciones inculpativas prestadas en instrucción no fueron nunca sometidas a contradicción, el TC descartó que se hubieran vulnerado los derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia, porque cuando se producen la declaraciones de los coimputados “el demandante había huido de la justicia (...) por lo que no puede imputarse su falta de intervención en tales declaraciones a una actuación reprochable del órgano judicial”.

de contradicción, porque, a este testigo le sobrevino la muerte antes del juicio oral.

3. Desaparición de la fuente de prueba, ya sea fuente de prueba personal o no; esta situación hace referencia al hecho de la desaparición del testigo o perito, o de cualquier otra fuente, que fue obtenido durante la investigación, sin darle la posibilidad oportuna al imputado para que haga contradicción en el acto procesal respectivo. Claro está, que esta desaparición no es imputable al investigado, sino a otros factores, como la fuerza mayor.
4. La destrucción del objeto o pieza de convicción; lo que hace referencia al menoscabo total de un elemento material, que ha sido recogida conforme a las normas procesales, cuidando el principio de mismisidad, a través de una cadena de custodia eficaz; en cuya obtención, no se le dio la posibilidad oportuna de contradicción simultánea al imputado o sujeto procesal contra quien se hace valer la fuente de prueba.

Para que estas fuentes de prueba así obtenidas, puedan ingresar al juicio oral, a través de su debate (lectura y contradicción) es indispensable que se haya realizado la contradicción sucesiva o diferida, la más inmediata posible, según las circunstancias de tiempo y lugar.

c. Circunstancias objetivas urgentes

Las circunstancias objetivas urgentes, que no posibilitan el ejercicio efectivo del derecho de contradicción, están referidas a la obtención de la fuente de prueba que de manera objetiva no admite dilación en su ejecución, que de lo contrario afectarían gravemente a la naturaleza y la esencia de la existencia de la fuente de prueba, por ejemplo, el levantamiento de huellas de zapatos en vía pública, en una mañana con lluvia, que si no se hace en el acto, dicha huella desaparecerá, o como el caso de reconocimiento fotográfico del presunto sujeto activo del delito, sin cuya diligencia no se puede continuar la investigación del delito.

Siempre vale redundar en señalar que en estos supuestos deben realizarse actos de compensación del déficit de contradicción simultánea efectiva, a través de la contradicción sucesiva, ya que esta forma de contradicción siempre será posible y debe ser la más inmediata posible,

a la desaparición de las circunstancias que imposibilitaron la contradicción simultánea efectiva, sentido que ha señalado el autor Guzmán Fluja⁽⁷⁶⁾, precisando que normalmente en estos casos será posible en algún momento un contradictorio diferido o sucesivo.

B. Circunstancias de imposibilidad jurídica para realizar la contradicción

Estas circunstancias de imposibilidad jurídica son aquellas situaciones jurídicas de naturaleza constitucional que impiden se realice el acto procesal de obtención de fuente de prueba personal, más de una vez, con la finalidad de evitar la afectación de un derecho constitucional de la víctima, como es el caso de la revictimización de la víctima de violación sexual, trata de persona y abuso sexual de menor de edad, conforme al derecho constitucional del interés superior del niño y adolescente, y en caso de mayores de edad, conforme al derecho constitucional de dignidad de la persona.

Conforme a este derecho del interés superior del niño, niña o adolescente, la declaración de la víctima menor de edad (niño-niña o adolescente) se recibe una sola vez, conforme a los principios de inmediación y contradicción procesales; en tal caso, dicha declaración testimonial ingresará al juicio oral mediante su oralización y debate sin perjuicio de hacerlo la filmación de dicho acto procesal, que se debatirá en el juicio oral.

Pero hay situaciones fácticas en las que no es posible que se materialice la contradicción por el imputado en el momento de la recepción de la declaración de la menor víctima, como es el caso de investigación sin sujeto activo del delito identificado o cuando el imputado deja de ser tal e ingresa en su lugar otra persona y respecto de esta no se realizó la contradicción. En estas situaciones existe imposibilidad jurídica de otorgarle la posibilidad oportuna al imputado a fin de que ejerza su derecho de contradicción ya que, conforme al derecho constitucional del interés superior del niño-niña o adolescente, no puede

(76) GUZMÁN FLUJA, Vicente C. Ob. cit., 2006, p. 370. "(...) recordemos que normalmente en estos casos será posible en algún momento un contradictorio diferido o sucesivo, aunque tenga un sentido más limitado durante la instrucción. Y también será posible el contradictorio en el juicio oral cuando la fuente de prueba ingresa en él, contradictorio que será distinto por cuanto su ya es claramente probatorio, y que podrá ser más o menos limitado en los casos en los que la fuente de prueba no puede ingresar de forma directa y actúa a dicho juicio oral".

someterse a la menor víctima a otro acto de declaración testimonial. Lo mismo pasaría con las víctimas de violación sexual y trata de personas mayores de edad, conforme al derecho constitucional de protección de la dignidad de la persona; así lo ha establecido el Tribunal Constitucional español en su Sentencia N° 75-2013, de fecha 8 de abril de 2013⁽⁷⁷⁾, en su fundamento 4, siguiendo la doctrina jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencias de 20 de diciembre de 2001, caso: P.S. c. Alemania; 2 de julio de 2002, caso: S.N. c. Suecia; o de 28 de septiembre de 2010, caso: A.S. c. Finlandia; excepción que tiene fundamento en la naturaleza del delito investigado (que puede reclamar una mayor garantía de su intimidad) como con la necesidad de preservar su estabilidad emocional y normal desarrollo personal, que podría verse gravemente alterada con la inserción del menor en entorno de un procedimiento penal y, en particular, con el sometimiento al debate contradictorio entre las partes inherente a la dinámica del juicio oral; así lo establece la sentencia en comento, precisando que una declaración de menor de edad podrá fundar la sentencia condenatoria siempre que se haya realizado actos procesales de compensación, a fin de que el imputado ejerza su derecho de contradicción a través de su ejercicio en la obtención de fuentes de pruebas

(77) Sentencia N° 75/2013 de la Primera Sala del Tribunal Constitucional del 8 de abril de 2013. Recurso de amparo N° 1771-2011; Aritz Labiano Zezeaga y don Haritz Gartxotenea Iruretagoiena, fundamento 4. "(...) hemos considerado legítimo igualmente excepcionar la citada regla general ante testigos que presenten especiales necesidades de protección debido a su minoría de edad, especialmente cuando han podido ser víctimas de un delito violento o contra su indemnidad sexual; casos en los que a la finalidad de asegurar el desarrollo del proceso penal se añadiría la necesidad de velar por los intereses del menor. En este sentido, acogiendo una consolidada jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo (entre otras, SSTEDH del 20 de diciembre de 2001, "caso: P.S. c. Alemania; 2 de julio de 2002, "caso: S.N. c. Suecia; o del 28 de septiembre de 2010, "caso: A.S. c. Finlandia), manifestamos en la STC N° 174/2011, de 7 de noviembre, que en tales casos "la causa legítima que justifica la pretensión de impedir, limitar o modular su presencia en el juicio oral para someterse al interrogatorio personal de la acusación y la defensa, tiene que ver tanto con la naturaleza del delito investigado (que puede reclamar una mayor garantía de su intimidad) como con la necesidad de preservar su estabilidad emocional y normal desarrollo personal" (f. j. 3), que podría verse gravemente alterada con la inserción del menor en entorno de un procedimiento penal y, en particular, con el sometimiento al debate contradictorio entre las partes inherente a la dinámica del juicio oral. En tales supuestos, las manifestaciones verbales de los menores podrían llegar a erigirse en prueba de cargo decisiva para fundar la condena, si bien únicamente cuando se hubiera dado al acusado la posibilidad "de ejercer adecuadamente su derecho de defensa, a cuyo fin los órganos judiciales están obligados, simultáneamente, a tomar otras precauciones que contrapesen o reequilibren los déficits de defensa que derivan de la imposibilidad de interrogar personalmente al testigo de cargo en el juicio oral" f. j. 3), y que pasarían por ofrecer "una oportunidad de observar dicha exploración, bien en el momento en que se produce o después, a través de su grabación audiovisual", y por "tener la posibilidad de dirigir preguntas al menor, de forma directa o indirecta, bien durante el desarrollo de la primera exploración o en una ocasión posterior" (STC N° 174/2011, citando el "Caso: A.S. c. Finlandia", § 56).

que permitan cuestionar la declaración del menor y, finalmente, a través de su visualización del video de filmación de declaración de menor y su respectivo debate; todos estos actos, se denominan derecho de contradicción sucesivo.

C. Imposibilidad física y jurídica de contradicción en el Código Procesal Penal de 2004

En el Código Procesal Penal de 2004, se ha prescrito, en el artículo 383 numeral 1 y literales b, d y e, los supuestos de ausencia de contradicción simultánea en casos de imposibilidad física u objetiva, y estas son: la declaración por exhorto, los documentos, certificaciones, constataciones urgentes, así como los reconocimientos, inspecciones, registros y otros que tienen en común la urgencia de su realización.

El artículo 383 del Código Procesal Penal de 2004, prescribe:

“1. Solo podrán ser incorporados al juicio para su lectura:

(...)

b) La denuncia, la prueba documental o de informes, y las certificaciones y constataciones;

d) Las actas conteniendo la declaración de testigos actuadas mediante exhorto (...)

e) Las actas levantadas por la Policía, el fiscal o el Juez de la Investigación Preparatoria que contienen **diligencias objetivas e irreproducibles** actuadas conforme a lo previsto en este Código o la Ley, tales como las actas de detención, reconocimiento, registro, inspección, revisión, pesaje, hallazgo, incautación y allanamiento, entre otras”.

3.3.4. La probada conducta ilícita de la parte

La esencia del derecho a la contradicción consiste en la **posibilidad u oportunidad efectiva que se le debe dar al imputado o al sujeto procesal a quien se opone la fuente de prueba de asistir al acto procesal de obtención de la fuente de prueba, para que pueda efectuar el control de fiabilidad o credibilidad de la fuente de prueba.** Esta posibilidad efectiva de participación, se materializa con el debido emplazamiento al imputado con la realización del acto procesal correspondiente; esta esencia de derecho de contradicción fue resaltada por el

Tribunal Supremo español en su sentencia N° 375/2014 de fecha 16 de abril⁽⁷⁸⁾, en el fundamento tercero, señalando que el derecho a interrogar a un testigo de cargo requiere, entre otros, darle al imputado la oportunidad efectiva a participar activamente en la diligencia.

Estando a la esencia del derecho de contradicción comentado, esta garantía se cumple por parte del órgano persecutor con el acto de darle al imputado la oportunidad efectiva de que asista a la diligencia de obtención de la fuente de prueba; pero si después de tomar conocimiento de la oportunidad de realización de la diligencia citada el imputado realiza actos ilícitos de coacción, amenaza, sobornos u otros actos de esa naturaleza con la finalidad de que no se haga efectiva la contradicción, es decir, con la finalidad de impedir que se materialice del derecho de contradicción, entonces la obtención de la fuente de prueba en la etapa de investigación, sin contradicción simultánea, podrá ingresar al juicio oral y valorarse como prueba de cargo para fundar una sentencia condenatoria.

En el sentido apreciado ha comentado el autor Guzmán Fluja⁽⁷⁹⁾, señalando que si una de las partes actúa ilícitamente impidiendo que la prueba se someta al derecho de contradicción, entonces esta debe

(78) Sentencia N° 357/2014 del Tribunal Supremo, 2ª Sala de lo Penal español, de fecha 16 de abril de 2014; fundamento de derecho tercero. “La compatibilidad de la fórmula subrogada de práctica de la prueba (...) con las exigencias derivadas del derecho a un proceso con todas las garantías y en particular, con el derecho del acusado a interrogar por sí o por representante a los testigos de cargo está fuera de dudas en la jurisprudencia constitucional. Será necesario que concurren unos requisitos adicionales (...): i) que la diligencia sea intervenida por la autoridad judicial (...) lo que aquí no supone problema alguno; ii) cuando sea factible, que se haya dado oportunidad efectiva a la defensa del inculpado a participar activamente en la práctica de la diligencia sumarial; y iii) que se hayan realizado los esfuerzos razonables conducentes a conseguir la presencia en el plenario del testigo”.

(79) GUZMÁN FLUJA, Vicente C. Ob. cit., 2006; p. 378. “En mi opinión hay que partir de que, en efecto, si una de las partes ha actuado ilícitamente de manera que ha impedido que la fuente de prueba sea sometida a contradictorio, por lo menos debe ser posible utilizar esa fuente de prueba en el juicio oral y deber ser posible darle valor probatorio (...). Lo que sucede es que el presupuesto básico es que conste una declaración en las actuaciones, es decir que efectivamente en al menos en un momento el declarante proporciona la información correspondiente de manera que pueda hablarse de fuente de prueba comunicada y adquirida para el proceso. Cuando la conducta ilícita (soborno, amenaza, coacción, presiones psicológicas, etc.) impide toda declaración, no estamos ante un problema de contradictorio sino ante un problema de vencer esta causa para poder incorporar la información al proceso (...) Partiendo de que en algún momento se incorporó la información, el problema del que nos ocupamos surgirá cuando, si es que no hubo contradictorio antes, se intente revestir la fuente de prueba con dicha garantía, señaladamente en el juicio oral (pero puede suceder en cualquier momento, lo que ocurre es que será más relevante si pasa en el mismo juicio oral), y una conducta ilícita de la parte a la que perjudica la información impide que se lleve a cabo ese contradictorio de una manera directa o indirecta (actuando con presión sobre el declarante para que no conteste, no se somete a interrogatorio, aunque esté presente, etc., en definitiva cualquier conducta con la que se imposibilite realmente la contradicción)”.

ingresar al juicio oral y ser valorada como prueba de cargo las actuaciones en la etapa de investigación sin una contradicción, precisando que los actos ilícitos son los referidos a soborno, amenaza, coacción, presiones psicológicas, etc.

En este supuesto no es exigible la contradicción sucesiva, pero si se ha realizado contradicción sucesiva o diferida, a través de diferencias actos procesales –como es el caso de la obtención de otras fuentes de prueba que refuten la fiabilidad o credibilidad de la fuente de prueba en que no se realizó la contradicción simultánea, ampliación de declaración de la fuente de prueba personal, a fin de posibilitar la realización de la contradicción a través del conrainterrogatorio o simplemente dando la posibilidad de ello; etc.–, entonces, con mayor razón, dicha fuente de prueba obtenida en la investigación, sin contradicción simultánea, será utilizada en el juicio oral para fundar una sentencia condenatoria.

Las actuaciones ilícitas o maliciosas de las partes procesales se encuentran sancionadas y esta sanción tiene como efecto que se le dé por cumplido el acto procesal que ilícita o maliciosamente se frustra o se causa perjuicio en su realización, como es el caso del plazo de prisión preventiva, cuyo transcurso no se computa si el proceso sufrió dilaciones maliciosas del imputado o su abogado; la falsedad en su identificación, conducta ilícita en la audiencia, que continuará sin su presencia, representado por su abogado; etc., estas normas procesales prescriben expresamente:

El artículo 275 numeral 1 del Código Procesal Penal de 2004, establece que:

“1. No se tendrá en cuenta para el cómputo de los plazos de la prisión preventiva, el tiempo en que la causa sufriere dilaciones maliciosas atribuibles al imputado o a su defensa”.

El artículo 72 del mismo cuerpo normativo en su numeral 2, establece:

“2. Si el imputado se abstiene de proporcionar esos datos o lo hace falsamente, se le identificará por testigos o por otros medios útiles, aun contra su voluntad”.

El artículo 73, en su numeral 1 del Código Procesal Penal de 2004, prevé:

“1. Al procesado que altere el orden en un acto procesal, se le apercibirá con la suspensión de la diligencia y de continuarla con la sola intervención de su Abogado Defensor y demás sujetos procesales; o con su exclusión de participar en la diligencia y de continuar esta con su Abogado Defensor y los demás sujetos procesales.

(...)”.

El desarrollo del contenido de este apartado se basa también en el fundamento de la Sentencia del Tribunal Supremo español del año 2014 al emitir la Sentencia N° 357/2014 de Tribunal Supremo⁽⁸⁰⁾, siguiendo la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Al-Khawaja y Tahery C. Reino Unido, ha asumido el contenido de esta sentencia en el sentido de que cuando se trata de declaración de testigos efectuadas en la fase de investigación, sin contradicción, que no fue posible examinarlos en el juicio oral, por el temor a represalias del imputado, sirve para fundar una sentencia condenatoria.

El autor Guzmán Fluja⁽⁸¹⁾, todavía en el año 2006, mucho antes de la sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 15 de diciembre de 2011, asunto Al-Khawaja y Tahery C. Reino Unido, ya había señalado que no hay duda de que la conducta

(80) Sentencia N° 357/2014 del Tribunal Supremo, 2ª Sala de lo Penal español, de fecha 16 de abril de 2014; fundamento de derecho tercero. “En el caso de *Al Khawaja* se analizaba la acusación formulada por una paciente, luego fallecida, de haber sido objeto de abuso sexual mientras estaba bajo hipnosis. La condena se basó en la lectura en juicio de su declaración policial y en los testigos de referencia a quienes la víctima había relatado los hechos. Salta a la vista el paralelismo con el asunto aquí enjuiciado. *Tahery*, por su parte, había sido condenado por el apuñalamiento de una persona con la que momentos antes había tenido una pelea. La atribución al demandante del apuñalamiento, realizado por la espalda y sin que la propia víctima hubiera visto quién era su autor, se basó en lo declarado por un testigo a la policía, testigo que no llegó a declarar en juicio ante el temor a represalias.

(81) GUZMÁN FLUJA, Vicente C. Ob. cit., 2006, p. 379. “No debe ofrecer dudas que esta causa pueda justificar la utilización de la fuente de prueba en el juicio oral y que pueda alcanzar así valor probatorio incluso como prueba de cargo para fundar una condena. En este sentido cabe señalar que la Recomendación N° (97) 15, del Comité de Ministros del Consejo de Europa invita a los Estados miembros a admitir la utilización procesal de las declaraciones adquiridas en vía unilateral por el juez cuando la imposibilidad de prueba en el juicio oral se debe a la existencia de una intimidación grave sobre el declarante. Pero para ello deberá probarse que existe la conducta ilícita, que proviene directa o indirectamente de la parte a la que perjudica la información obrante en la fuente de prueba, y que no es posible paliar de otro modo la situación, por ejemplo acudiendo a la protección del declarante. Prueba que deberá evaluarse con especial rigor”.

ilícita del imputado que impedía realizar la contradicción de fuentes de prueba determinaba la obtención de la fuente de prueba sin contradicción, por dicha razón podía ser valorada como prueba de cargo para fundar una sentencia condenatoria, incluso citando la Recomendación 15 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, que invitó a los Estado miembros admitir la utilización de las declaraciones obtenidas de manera unilateral por el órgano persecutor, cuando la imposibilidad de la contradicción se debía a una intimidación grave sobre un declarante.

En igual sentido al comentado, debe tener el valor probatorio de una fuente de prueba personal obtenida sin contradicción simultánea cuando dicha fuente de prueba personal, en el acto de juicio oral, cambia de versión con relación a la prestada en la etapa de investigación y este cambio se debe a coacción, soborno, violencia, etc., contra dicha fuente de prueba o sus familiares más cercanos por parte del imputado o sus familiares, representantes etc., en cuyo supuesto el acto procesal que adquiere valor probatorio, que puede sustentar una sentencia condenatoria, es aquel realizado en la etapa de investigación y no aquel prestado en el juicio oral, es decir, la declaración de investigación tiene preeminencia sobre su declaración en etapa de juicio oral; en este sentido ha expresado el autor Guzmán Fluja⁽⁸²⁾, precisando que cuando se demuestra que la contradicción obedece a una conducta ilícita sobre el declarante, como coacción, soborno, etc., cabe establecer que la declaración instructoria adquiere primacía sobre la declaración en el juicio oral, y puede alcanzar pleno valor probatorio.

La existencia de una conducta ilícita realizada por la parte imputada, que impide que se realice una contradicción en la obtención de la fuente de prueba, sea en el juicio oral o en la etapa de investigación del delito, o para que cambie su declaración primigenia; debe estar probada, con cualesquiera fuentes de prueba idóneas correspondientes; la obtención de esta fuente de prueba, dependerá de la fase procesal en el que se encuentre la sustanciación del proceso. Si se halla en

(82) GUZMÁN FLUJA, Vicente C. Ob. cit., 2006; p. 379. "(...) pero cuando precisamente se demuestra que la contradicción obedece a una conducta ilícita sobre el declarante, como coacción, soborno, etc., cabe establecer que la declaración instructoria adquiere primacía sobre la declaración en el juicio oral, y puede alcanzar pleno valor probatorio, especialmente cuando la adquisición de la fuente de prueba en la instrucción tuvo intermediación y contradicción, pero también cuando solo gozó de la primera".

la etapa de investigación, su probanza será más fácil; en cambio, en la etapa del juicio oral dicha probanza será más difícil, sobre todo su introducción al juicio oral lo que podrá hacerse relacionándola con la obligación del persecutor penal de coadyuvar la concurrencia de las fuentes de prueba personales, introduciendo al debate en el momento en que se sustenta el cumplimiento de esta obligación o a través de la prueba de oficio.

3.3.5. Circunstancias del secreto para la obtención de la fuente de prueba

Durante la investigación del delito, el órgano persecutor del delito tiene la facultad de ordenar la realización de actos procesales de obtención de fuentes de prueba, en secreto, en la medida que su conocimiento afectaría o dificultaría el éxito de la finalidad de la investigación, esta orden, necesariamente debe tomarse a través de una disposición motivada y notificarse a las partes; así prescribe el artículo 324 numeral 2 del Código Procesal Penal de 2004, en los siguientes términos:

Artículo 324.-

“(…)

2. El fiscal puede ordenar que alguna actuación o documento se mantenga en secreto por un tiempo no mayor de **veinte días**, prorrogables por el Juez de la Investigación Preparatoria por un plazo no mayor de veinte días, cuando su conocimiento pueda dificultar el éxito de la investigación. La Disposición del fiscal que declara el secreto se notificará a las partes”.

Las fuentes de prueba obtenidas en secreto, es decir, sin el conocimiento de las partes, podrán ingresar al juicio oral y servir como fundamento de una sentencia condenatoria, en la medida en que una vez concluida el plazo del secreto se haya realizado una **contradicción sucesiva**, ya que esta manera de adquirir una fuente de prueba no obedece a una actuación negligente del órgano persecutor, sino a la naturaleza de la investigación que exige dicha manera de obtención de fuente de prueba, para lograr la finalidad de la investigación, por tanto, el órgano persecutor no ha realizado una actuación constitucionalmente censurable. Debe quedar claro que lo que está prohibido es que el órgano

persecutor actúe violentado las garantías constitucionales del imputado; cuando ello no se presenta, entonces, la obtención de la fuente de prueba, es válida para ingresar al juicio oral y fundar una sentencia condenatoria; conforme prescribe el artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Penal de 2004 y el numeral 4 del artículo 71 del mismo cuerpo adjetivo; estas normas prescriben:

Artículo VIII.-

“1. Todo medio de prueba será valorado solo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo.

2. Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.

(...)”.

Artículo 71.-

“(...)”

4. Cuando el imputado considere que durante las Diligencias Preliminares o en la Investigación Preparatoria no se ha dado cumplimiento a estas disposiciones, o que sus derechos no son respetados, o que es objeto de medidas limitativas de derechos indebidas o de requerimientos ilegales, puede acudir en vía de tutela al Juez de la Investigación Preparatoria para que subsane la omisión o dicte las medidas de corrección o de protección que correspondan. La solicitud del imputado se resolverá inmediatamente, previa constatación de los hechos y realización de una audiencia con intervención de las partes”.

Estas normas hacen referencia clara a que la conducta que causa la afectación de un derecho constitucional del imputado es la conducta negligente del órgano persecutor del delito y no la naturaleza del procedimiento, que son factores procesales que impiden la contradicción, y no podía ser de otra manera, ya que solo se puede sancionar conductas que afectan derechos constitucionales y no factores que escapan a dicha conducta del persecutor penal; en este sentido, ha comentado

el autor Guzmán Fluja⁽⁸³⁾ que cuando la declaración tiene lugar sin la presencia del acusado y su defensa por hallarse la causa bajo secreto de sumario, la ausencia de contradicción del testimonio prestado en instrucción no es imputable a la negligencia del órgano judicial, sino a factores o instituciones inherentes al sistema procesal.

3.3.6. Materialización de la garantía de contradicción sucesiva

Cuando no se puede realizar el derecho de contradicción simultánea efectiva, en el sentido de dar al imputado la posibilidad oportuna de participar en la obtención de la fuente de prueba y discutir allí su fiabilidad y credibilidad; entonces debe otorgársele al imputado otros actos procesales de adquisición de la fuente de prueba que compensen el mencionado déficit de contradicción efectiva, en cuyo sentido ha señalado, por ejemplo, la Sentencia N° 357/2014 del Tribunal Supremo español⁽⁸⁴⁾. El derecho de contradicción sucesiva se puede satisfacer a través de la realización de varios actos procesales de obtención de la fuente de prueba, que sean idóneas para rebatir la fiabilidad y credibilidad de la fuente de prueba obtenida; entre otros se puede señalar a los siguientes:

1. La Sentencia N° 357/2014 del Tribunal Supremo español⁽⁸⁵⁾ establece una forma de compensación del derecho de

(83) GUZMÁN FLUJA, Vicente C. Ob. cit., p. 7. "(...) cuándo un testimonio prestado sin contradicción puede ser prueba de cargo no es el de la atribución al propio imputado de la falta de contradicción, sino el de no atribución al órgano judicial, criterio más amplio y que admitirá más supuestos de prueba de cargo sin contradicción. Así, por ejemplo, cuando la declaración tiene lugar sin la presencia del acusado y su defensa por hallarse la causa bajo secreto de sumario (...). En tales casos, la ausencia de contradicción del testimonio prestado en instrucción no es imputable a la negligencia del órgano judicial, sino a factores o instituciones inherentes al sistema procesal. Por tal razón, el TC entiende que una condena basada en tales testimonios no vulnera el derecho a un proceso equitativo".

(84) Sentencia N° 357/2014 del Tribunal Supremo español, 2ª Sala de lo Penal, 16 de abril de 2014, fundamento tercero. "Es legítima una condena basada en un testimonio sin contradicción efectiva si del análisis del proceso en su conjunto puede afirmarse la presencia de otros factores de compensación de ese déficit de defensa".

(85) Sentencia N° 357/2014 del Tribunal Supremo español, 2ª Sala de lo Penal, 16 de abril de 2014, fundamento tercero. "La más (jurisprudencia) reciente considera que no estamos necesariamente ante un caso de inutilizabilidad radical. Habrá que ponderar todas las circunstancias y entre ellas esa limitación de la contradicción para valorar tal prueba sumarial introducida en el juicio oral a través de su lectura. No está vedada tajantemente la posibilidad de aprovechamiento probatorio. El derecho de contradicción puede satisfacerse de forma suficiente *in casu* mediante el interrogatorio defensivo a otros testigos sobre los elementos informativos trasladados por el no comparecido. Será un problema de fiabilidad o credibilidad que habrá que solventar teniendo en cuenta que esa declaración se hizo al margen de la contradicción y por tanto que estará precisada de más elementos corroboradores; o habrá de limitarse a ser ella misma elemento corroborador que por sí solo no bastaría para la condena".

contradicción precisando que el derecho de contradicción puede satisfacerse de forma suficiente en el caso concreto, mediante el interrogatorio defensivo a otros testigos sobre los elementos informativos o datos trasladados por el no comparecido, es decir, esta compensación de déficit de contradicción, se puede cumplir con el interrogatorio de testigos diversos de primer grado o segundo grado, que refuten la fiabilidad o credibilidad de la fuente de prueba no contradicha en forma simultánea.

2. Cuando se haya recibido la declaración de un testigo sin el emplazamiento debido al imputado, por tanto, sin que se le haya dado posibilidad oportuna para que pueda refutar la fiabilidad o credibilidad de la fuente de prueba personal; entonces se puede realizar la ampliación de declaración del testigo, a fin de darle la oportunidad al imputado para que ejerza su derecho de defensa, expresada en la contradicción, a través del conainterrogatorio, si así lo desea; lo mismo se puede hacer con otros actos procesales de obtención de una fuente de prueba con el déficit de contradicción señalado siempre y cuando tenga un defecto, como es el presente caso o cuando sea necesario completar; esta circunstancia está prevista en el artículo 337, numeral 2, del Código Procesal Penal de 2004, que expresamente prescribe:

Artículo 337.-

“(…)

2. Las diligencias preliminares forman parte de la Investigación Preparatoria. No podrán repetirse una vez formalizada la investigación. Procede su ampliación si dicha diligencia resultare indispensable, siempre que se advierta un grave defecto en su actuación o que ineludiblemente deba completarse como consecuencia de la incorporación de nuevos elementos de convicción”.

3. En el caso del informe de levantamiento del secreto de comunicaciones u otros de la misma naturaleza se debe poner en conocimiento del imputado, adjuntando la copia de dicho informe, a fin que realice el derecho de contradicción según

su teoría del caso, actuando otras fuentes de prueba u orientando el interrogatorio o impugnación de otros actos procesales según dicha información.

4. En el caso de informe de pericia oficial emitido en casos sumamente urgentes o en extremo simples, realizadas sin esperar la posibilidad de concurrencia del perito de parte, prescrita en el numeral 3 del artículo 177 del Código Procesal Penal de 2004; o los informes periciales encomendadas sin designación expresa al Laboratorio de Criminalística de la Policía Nacional del Perú, a la Dirección de Policía Contra la Corrupción y al Instituto de Medicina Legal, así como a los organismos del Estado que desarrollan labor científica o técnica o a instituciones universitarias o privadas, conforme prevé el numeral 2 del artículo 173 del cuerpo legal adjetivo citado, en cuyas situaciones, el informe pericial se pondrá en conocimiento de las partes para que ejerzan su derecho de contradicción, u ordenando se realice la ampliación o una pericia, según prescribe los numerales 2 y 3 del Código procesal señalado.

Artículo 177.- Perito de parte

“(…)

3. Las operaciones periciales deben esperar la designación del perito de parte, salvo que sean sumamente urgentes o en extremo simples”.

Artículo 173.-

“(…)

2. La labor pericial se encomendará, sin necesidad de designación expresa, al Laboratorio de Criminalística de la Policía Nacional del Perú, a la Dirección de Policía Contra la Corrupción y al Instituto de Medicina Legal, así como a los organismos del Estado que desarrollan labor científica o técnica, los que presentarán su auxilio gratuitamente. También podrá encomendarse la labor pericial a universidades, institutos de investigación o personas jurídicas en general, siempre que reúnan las cualidades necesarias para tal fin, con conocimiento de las partes”.

Artículo 180.-

“(...)

2. Cuando exista un informe pericial de parte con conclusión discrepante, se pondrá en conocimiento del perito oficial, para que en el término de cinco días se pronuncie sobre su mérito.

3. Cuando el informe pericial oficial resultare insuficiente, se podrá ordenar su ampliación por el mismo perito o nombrar otro perito para que emita uno nuevo”.

3.3.7. Previsibilidad de la disponibilidad o no de la fuente de prueba para juicio oral y contradicción sucesiva

Si en el momento de la adquisición de la fuente de prueba, durante la investigación, es claramente previsible la imposibilidad física o jurídica de la disponibilidad de la fuente de prueba para el juicio oral, es decir, si es previsible que la fuente de prueba no podrá trasladarse al juicio oral, entonces, es obligación del acusador realizar el acto procesal de obtención de la fuente de prueba, con el debido emplazamiento al imputado identificado y apersonado; la infracción de esta obligación determinará que no se pueda realizar la contradicción sucesiva, en consecuencia, impedirá que ingrese al juicio oral y pueda servir como prueba de cargo. Este sentido de interpretación deriva del principio de la actuación del órgano acusador conforme a la norma constitucional, determinar que la fuente de prueba obtenida sin contradicción sí puede ser utilizada en juicio oral si dicho déficit fue compensado con la contradicción sucesiva; en el sentido comentado se ha expresado el autor Guzmán Fluja⁽⁸⁶⁾.

(86) GUZMÁN FLUJA, Vicente C. Ob. cit., 2006, p. 359. “Siendo previsible la falta de disponibilidad actual de la fuente de prueba para el juicio oral y siendo posible la contradicción por la presencia en ese momento del inculcado, no actuar de este modo implica la inutilizabilidad futura de la fuente de prueba. Si el inculcado no estuviera identificado y a disposición judicial, o si lo estuviera pero luego dejara de ser imputado ocupado ese estatus otra persona, será obligatorio una contradicción sucesiva (es decir, no simultáneo al acto), y, respecto del caso en que el imputado asistente al acto deje de serlo, siempre podrá acudir al juicio oral como testigo de la realización del mismo (...). La falta de disponibilidad actual de la fuente de prueba ocasionada por evento sobrevenido e imprevisible debe estar siempre cubierta por la regla general de que antes de la entrada al juicio oral las dos partes han debido poder ejercer el que se ha llamado contradictorio sucesivo y limitado (...).”

3.3.8. Derecho de contradicción sucesiva de testimoniales con identidad reservada en la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El tratamiento que se hace a los testigos con reserva de identidad es distinta ya que, por ejemplo, la Corte interamericana de Derechos Humanos, así como el Tribunal Europeo de Derechos y la Corte Suprema española coinciden en que una condena no puede fundarse únicamente o en forma decisiva en declaraciones realizadas por testigos de identidad reservada, aun cuando se hayan adoptado medidas de compensación del déficit de afectación del derecho de contradicción, en la medida en que en esta clase de testimonial se disminuye el derecho de contradicción a fin de determinar su fiabilidad o credibilidad, ya que no se podrían realizar contradicciones para determinar la existencia de credibilidad subjetiva de la testimonial. Pero queda claro que apreciada en forma conjunta con otras pruebas que corroboren a la testimonial con reserva de identidad se podrá utilizar para la condena respectiva, de manera que a mayor prueba corroborativa de cargo, menor será el grado decisivo de esta clase de declaración testimonial, y la sentencia condenatoria no vulnerará el derecho de contradicción.

El sentido de lo expresado se encuentra en la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 29 de mayo de 2014, caso *Norin Catrim'an y otros, dirigentes y otros del Pueblo Indígena Mapuche vs. Chile*⁽⁸⁷⁾, donde esta Corte concluyó en forma expresa que incluso cuando se hayan adoptado medidas de contrapeso que parecen suficientes, la condena no puede estar fundada únicamente o en grado decisivo en declaraciones realizadas por testigos de identidad reservada. De lo contrario, se podría llegar a condenar al imputado utilizando desproporcionadamente un medio probatorio que fue

(87) Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; del 29 de mayo de 2014, caso: *Norin Catrim'an y otros. Dirigentes y otros del Pueblo Indígena Mapuche vs. Chile*, fundamento 247. "Incluso cuando se hayan adoptado medidas de contrapeso que parecen suficientes, la condena no puede estar fundada únicamente o en grado decisivo en declaraciones realizadas por testigos de identidad reservada. De lo contrario, se podría llegar a condenar al imputado utilizando desproporcionadamente un medio probatorio que fue obtenido en detrimento de su derecho de defensa. Por tratarse de prueba obtenida en condiciones en las que los derechos del inculpado han sido limitados, las declaraciones de testigos con reserva de identidad deben tratarse con extrema precaución, ser valoradas en conjunto con el acervo probatorio, las observaciones u objeciones de la defensa y las reglas de la sana crítica. La determinación de si este tipo de pruebas ha tenido un peso decisivo en el fallo condenatorio dependerá de la existencia de otro tipo de pruebas que corrobore aquellas de tal forma que, a mayor prueba corroborativa, menor será el grado decisivo que el fallador otorga al testimonio de identidad reservada."

obtenido en detrimento de su derecho de defensa, en la medida que la prueba obtenida en condiciones en las que los derechos del inculgado han sido limitados.

Los requisitos que exige la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Norin Catrim'an y otros, dirigentes y otros del Pueblo Indígena Mapuche vs. Chile*⁽⁸⁸⁾; a fin de que la declaración testimonial con reserva de identidad, sea utilizada como prueba de cargo conjunto con otras pruebas, son los siguientes:

“a. Que, la autoridad judicial debe conocer la identidad del testigo y tener la posibilidad de observar su comportamiento durante el interrogatorio con el objeto de que pueda formar su propia impresión sobre la confiabilidad del testigo y de su declaración”, y

b. Debe concederse a la defensa una amplia oportunidad de interrogar directamente al testigo en alguna de las etapas del proceso, sobre cuestiones que no estén relacionadas con su identidad o paradero actual (...) con el objeto de que la defensa pueda apreciar el comportamiento del testigo bajo interrogatorio, de modo que pueda desacreditarlo o, por lo menos, plantear dudas sobre la confiabilidad de su declaración”.

En el sentido comentado fue desarrollada la declaración de testigos con reserva de identidad, tanto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como por el Tribunal Constitucional español, precisando que el testigo oculto o el que presta la testimonial sin ser visto por el acusado, pero con la posibilidad de contradicción y el conocimiento de la identidad de los testigos, son utilizados para valorar como

(88) Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; del 29 de mayo de 2014, Caso: *Norin Catrim'an y otros; dirigentes y otros del Pueblo Indígena Mapuche Vs Chile*; fundamento 247. “(...) tomará en cuenta si en los casos concretos el Estado aseguró que la afectación al derecho de defensa de los imputados que se derivó de la utilización de la medida de reserva de identidad de testigos estuvo suficientemente contrarrestada por medidas de contrapeso, tales como las siguientes: a) la autoridad judicial debe conocer la identidad del testigo y tener la posibilidad de observar su comportamiento durante el interrogatorio con el objeto de que pueda formar su propia impresión sobre la confiabilidad del testigo y de su declaración; y b) debe concederse a la defensa una amplia oportunidad de interrogar directamente al testigo en alguna de las etapas del proceso, sobre cuestiones que no estén relacionadas con su identidad o paradero actual; lo anterior con el objeto de que la defensa pueda apreciar el comportamiento del testigo bajo interrogatorio, de modo que pueda desacreditarlo o, por lo menos, plantear dudas sobre la confiabilidad de su declaración”.

prueba de cargo de condena, pero en forma conjunta con otras pruebas y no de manera exclusiva, sentido que ha dispuesto el Tribunal Constitucional en su Sentencia N° 75/2013⁽⁸⁹⁾.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos estableció jurisprudencia uniforme en el sentido de que las declaraciones de los testigos con reserva de identidad que son utilizados para fundar una sentencia condenatoria no violentan el derecho de contradicción del imputado siempre y cuando esta clase de testimonio no sea el único o decisivo para fundar la sentencia condenatoria, sino que debe ser utilizado junto con otras pruebas de cargo y esto se explica en la medida que el imputado no conoce la identidad del testigo, que limitará una adecuada contradicción sobre la fiabilidad o credibilidad de dicha prueba; este Tribunal Europeo prescribe en forma expresa los requisitos de declaraciones testimoniales con reserva de identidad, y son:

“Primero (...) que el anonimato haya sido acordado por el órgano judicial en una decisión motivada en la que se hayan ponderado razonablemente los intereses en conflicto” – en el caso peruano, debe estar ordenado en una disposición fiscal–.

“Segundo, que los déficits de defensa que genera el anonimato hayan sido compensados con medidas alternativas que permitan al acusado evaluar y, en su caso, combatir la fiabilidad y credibilidad del testigo y de su testimonio”; y

(89) Sentencia 75/2013 de la Primera Sala del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 2013. Recurso de amparo N° 1771-2011; Aritz Labiano Zezeaga y don Haritz Gartxotenea Iruretagoiena. En el acervo doctrinal de este Tribunal, la figura del testigo protegido ha sido objeto de análisis únicamente en la STC 64/1994, de 28 de febrero, cuyas conclusiones fueron después recogidas por los AATC N° 270/1994, de 17 de octubre, y 522/2005, de 20 de diciembre. “Acogiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos –sobre la que a continuación habremos de referirnos más detenidamente– (...) en los casos en que ‘el testimonio no pueda calificarse de anónimo sino, en todo caso, de oculto (entendiendo por tal aquel que se presta sin ser visto por el acusado), pero, en los que la posibilidad de contradicción y el conocimiento de la identidad de los testigos –tanto para la defensa como para el Juez o Tribunal llamado a decidir sobre la culpabilidad o inocencia del acusado– resulten respetados, han de entenderse cumplidas las exigencias derivadas del art. 6.3 d) del Convenio y, en consecuencia, también las garantías que consagra el art. 24.2 de nuestra Constitución’ (f. j. 3). Junto a ello, advertimos además, con carácter de *obiter dictum*, que con arreglo al Tribunal de Estrasburgo debe considerarse contrario al citado precepto del Convenio “la condena de un acusado sobre la base de testimonios anónimos, entendiendo por tales las declaraciones de personas cuya identidad es desconocida por el Tribunal, por la defensa, o por ambos, pues ello conduce a una restricción de los derechos de defensa al imposibilitar la contradicción ante el órgano judicial encargado de decidir sobre la inocencia o culpabilidad” (f. j. 3).

“Tercero, que la declaración del testigo anónimo concorra acompañado de otros elementos probatorios, de manera que no podrá, por sí sola o con un peso probatorio decisivo, enervar la presunción de inocencia”.

En dicho sentido ha señalado expresamente la Sentencia N° 75/2013, de la Primera Sala del Tribunal Constitucional español en fecha 8 de abril de 2013, caso: Aritz Labiano Zezeaga y don Haritz Gartxotenea Iruretagoiena⁽⁹⁰⁾.

3.3.9. Las formas de ingreso de la prueba preconstituida en el juicio oral

El ingreso de la prueba preconstituida en el juicio oral se encuentra debidamente regulado en el Código Procesal Penal de 2004, ampliamente desarrollado por la doctrina. Este ingreso tiene varias formas,

(90) Sentencia 75/2013 de la Primera Sala del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 2013. Recurso de amparo N° 1771-2011; Aritz Labiano Zezeaga y don Haritz Gartxotenea Iruretagoiena; fundamento 5. “(...) el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha entendido que el uso de declaraciones efectuadas por testigos anónimos para fundamentar una condena penal no siempre ha de entenderse contrario al Convenio, pero no debe soslayarse el hecho de que ante una acusación fundada en testimonios anónimos la defensa se ve enfrentada a dificultades que no deberían aceptarse en el procedimiento penal (SSTEDH (...) ‘caso: *Doorson c. Holanda* (...), ‘caso: *Van Mechelen y otros c. Holanda* (...), ‘caso: *Birutis y otros c. Lituania*, § 29’) (...) que el derecho del acusado a tener una oportunidad efectiva de someter a contradicción las pruebas que se dirigen contra él requiere ‘que el acusado deba conocer la identidad de quien le acusa de modo que pueda cuestionar su fiabilidad y credibilidad’ (SSTEDH de 15 de diciembre de 2011, ‘caso: *Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido*’, y de 19 de julio de 2012, ‘caso: *Hümmer c. Alemania*). En ello radica, en efecto, el déficit de defensa inherente al testigo anónimo, puesto que ‘si la defensa desconoce la identidad de la persona a la que intenta interrogar, puede verse privada de datos que precisamente le permitan probar que es parcial, hostil o indigna de crédito. Un testimonio, o cualquier otra declaración contra un inculpado, pueden muy bien ser falsos o deberse a un mero error; y la defensa difícilmente podrá demostrarlo si no tiene la información que le permita fiscalizar la credibilidad del autor o ponerla en duda. Los peligros inherentes a tal situación son evidentes’ (SSTEDH de 20 de noviembre de 1989, ‘caso: *Kostovski c. Holanda*’, § 42 y de 27 de septiembre de 1990, ‘caso: *Windisch c. Austria*, § 28) (...) Por tal razón, para que la declaración de un testigo anónimo pueda ser incorporada al acervo probatorio se requiere que los déficits de defensa a que se ve enfrentado el acusado sean compensados a través de la introducción de medidas alternativas que permitan la contradicción (...). Además, y en todo caso, ‘incluso cuando se hayan adoptado mecanismos de ‘equilibrio’ adecuados para compensar en grado suficiente los déficits bajo los que actúa la defensa, una condena no ha de estar basada únicamente o de modo decisivo en testimonios anónimos (...)’. En definitiva, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para poder erigirse en prueba de cargo, la declaración del testigo anónimo debe reunir tres concretos requisitos. El primero de ellos –no cuestionado en la presente demanda– que el anonimato haya sido acordado por el órgano judicial en una decisión motivada en la que se hayan ponderado razonablemente los intereses en conflicto; el segundo, que los déficits de defensa que genera el anonimato hayan sido compensados con medidas alternativas que permitan al acusado evaluar y, en su caso, combatir la fiabilidad y credibilidad del testigo y de su testimonio; y el tercero, que la declaración del testigo anónimo concorra acompañado de otros elementos probatorios, de manera que no podrá, por sí sola o con un peso probatorio decisivo, enervar la presunción de inocencia”.

la más conocida es el ingreso de la prueba preconstituida a través de la oralización y su debate contradictorio de la misma; las otras formas son practicadas, pero no se tiene una clara idea de su naturaleza de prueba preconstituida, como son las preguntas de recuerdo o las declaraciones por contradicción; en este sentido ha precisado el autor Guzmán Fluja⁽⁹¹⁾, señalando que la preconstitución de las fuentes de prueba presenta diversas facetas al momento del ingreso en el juicio oral.

Las formas de ingreso a juicio oral de la prueba constituida son:

A. Ingreso indirecto de la prueba preconstituida

Si la fuente de prueba se encuentra disponible para el juicio oral y es actuado en dicho juicio, especialmente en el caso de fuentes de prueba personales, sin las patologías de contradicción ni olvido, la prueba preconstituida no tiene ninguna relevancia probatoria en el juicio oral, siendo desplazada en su integridad por el examen del órgano de prueba en el juicio oral. En este supuesto de ingreso de una prueba en el juicio oral, en realidad, no hay ingreso de prueba preconstituida, sin embargo, esta prueba preconstituida es la que determina el contenido y sentido del examen del órgano de prueba. Se podría decir, que la prueba preconstituida personal (testigos, agraviados), tiene un ingreso indirecto en el juicio oral, ya que si la versión del órgano de prueba no es la misma en el juicio oral, o no es completa por olvido, entonces se realizará interrogatorio de contradicción o de olvido, oralizando las preguntas pertinentes y sometiendo a contradicción; es por ello que una prueba preconstituida personal determina el contenido y sentido de la versión del órgano de prueba examinado en juicio oral.

Comentando esta forma de ingreso de la prueba preconstituida al juicio oral, el autor Guzmán Fluja⁽⁹²⁾ indica que si la fuente de prueba

(91) GUZMÁN FLUJA, Vicente C. Ob. cit., 2008, p. 217. "(...) la preconstitución de las fuentes de prueba presenta diversas facetas cuando se trata de enfrentar al fenómeno de su ingreso en el juicio oral. En unas ocasiones ese ingreso no presenta problema alguno, en otras sí; y cuando surgen esos problemas (...) corresponde estudiar las posibles soluciones en atención a esa distinta patología".

(92) GUZMÁN FLUJA, Vicente C. Ob. cit., 2008, p. 217. "(...) puede suceder primero que la fuente de prueba de que se trate esté disponible para su entrada, su presencia, su exhibición, en el juicio oral, caso en el que la preconstitución se desvanece por así decirlo, de manera que lo que importará es como la fuente de prueba se manifiesta en el juicio oral y se somete a sus garantías directamente, y ya no tanto cómo quedó configurada en la fase de instrucción (...) la fuente de prueba, con independencia de las garantías que haya recibido durante la fase de instrucción, está sometida ineludiblemente al debate contradictorio, público, oral, a presencia del órgano enjuiciador y decisor...la fuente de prueba preconstituida en la instrucción queda completamente obviada por resultar innecesaria a los efectos del juicio oral (...)".

está **disponible** para el juicio oral, con su presencia en caso de órgano de prueba o su exhibición la preconstitución se desvanece y lo que importará es cómo la fuente de prueba se manifiesta en el juicio oral, es decir, queda completamente obviada.

B. Ingreso de la prueba preconstituida al juicio oral por contradicción con el contenido del examen del órgano de prueba en el juicio oral

Esta forma de ingreso de la prueba preconstituida se presenta en casos de fuentes de prueba personales (testigos, agraviados o peritos), que se encuentran disponibles física y jurídicamente para el juicio oral, y cuando son examinados la versión que dan en el juicio oral no concuerda total o parcialmente con la versión que dieron en la etapa de la investigación (preliminar o preparatoria); esta contradicción permitirá realizar preguntas de contradicción, oralizándose la parte pertinente de la declaración del testigo o perito y sometiendo a debate contradictorio.

Es preciso recordar que la declaración del testigo o perito en la etapa de investigación debe tener la naturaleza de preconstituida, de lo contrario no debería introducirse al juicio oral, es decir, la declaración del testigo o perito debe haberse realizado con las garantías de inmediación (con presencia fiscal) y contradicción (con el debido y oportuno emplazamiento al imputado) y, además, que las preguntas o el interrogatorio debió hacerse respetando las reglas del interrogatorio en juicio oral, vale decir, que las preguntas del interrogatorio, no debieron ser sugestivas, capciosas, impertinentes, etc.; los que infrinjan estas reglas en el debate contradictorio, después de la oralización de la parte pertinente de la declaración, deben ser objetados y de seguro que el juez decisor declarará fundada, lo que impedirá que la fuente de prueba ingrese al juicio oral o, en todo caso, que el juez de oficio rechace su ingreso.

En el modelo acusatorio se entiende que los que conocen la existencia de la preconstitución personal y otras fuentes de prueba son las partes, por tanto, la introducción de la fuente de prueba preconstituida, por contradicción, siempre se realizará a instancia de la parte procesal a quien le sirve, según su teoría del caso; y, por otro lado, la fuente de prueba preconstituida ingresada al juicio oral por contradicción, sirve

para fundar una sentencia condenatoria, conforme a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de fecha 15 de diciembre de 2011, asunto Al- Khawaja y Tahery C. Reino Unido⁽⁹³⁾, que establece la legitimidad de una condena basada en un testimonio que tiene calidad de prueba preconstituida, incluso cuando se realiza sin contradicción efectiva si del análisis del proceso en su conjunto puede afirmarse la presencia de otros factores de compensación de ese déficit de defensa.

Sobre este tipo de ingreso de prueba preconstituida a juicio oral, el autor Guzmán Fluja⁽⁹⁴⁾ señala que la fuente de prueba tal y como quedó preconstituida puede alcanzar un cierto protagonismo cuando la fuente de prueba tal y como parece o se revela en el juicio oral no concuerda con la preconstituida; aunque este autor señala que si después de la oralización de la parte pertinente de la declaración anterior se mantiene la contradicción, entonces sirve como prueba negativa; en tal caso se utilizará únicamente para medir la credibilidad del testigo o perito, mas no para fundar una sentencia condenatoria, lo que será posible cuando la contradicción se deba a conducta ilícitas de alguna de las partes. Sobre esta última afirmación se debe señalar que el desarrollo doctrinal de este autor es del 2006, y que ha sido superado ampliamente por la sentencia del Tribunal del Reino Unido desde

(93) ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Ob. cit., p. 1. “La STEDH (Gran Sala) de 15 de diciembre de 2011 (asunto Al- Khawaja y Tahery c. Reino Unido) ha venido a sostener (...). Es legítima una condena basada en un testimonio sin contradicción efectiva si del análisis del proceso en su conjunto puede afirmarse la presencia de otros factores de compensación de ese déficit de defensa”.

(94) GUZMÁN FLUJA, Vicente C. Ob. cit., 2008, p. 217. “De todas las formas, la fuente de prueba tal y como quedó preconstituida puede alcanzar un cierto protagonismo en determinados casos, señaladamente cuando la fuente de prueba tal y como parece o se revela en el juicio oral no concuerda con la preconstituida (ejemplo típico es el del testigo que declara una cosa en la instrucción y otra en el juicio oral) (...). En la segunda de las situaciones enunciadas, la fuente de prueba se presenta directamente también ante el juez decidor y se reviste igualmente de las garantías propias del juicio oral, pero la información que la fuente de prueba le revele no coincide con la que esa misma fuente proporcionó en la instrucción. Esto plantea la cuestión de tener que efectuar o no un contraste de informaciones (...), la discrepancia o contradicción en el tiempo de una misma fuente de prueba es un hecho que solo debería poder ser advertido a instancia de parte y sobre la base de que una hipótesis de acusación o de defensa se ha podido montar en atención a unas concretas informaciones (...). Como regla general, y sobre la base del mencionado principio de relatividad probatoria, si efectuado el contraste entre ambas declaraciones persiste la contradicción la declaración anterior al juicio oral puede funcionar como prueba negativa, esto es, como elemento para medir la credibilidad del declarante, pero no como prueba positiva o prueba para fundar una sentencia de condena. Pero cuando precisamente se demuestra que la contradicción obedece a una conducta ilícita sobre el declarante, como coacción, soborno, etc., (...) para estos casos excepcionales, que la declaración instructoria adquiere primacía sobre la declaración en el juicio oral, y pueda alcanzar pleno valor probatorio”.

2009 y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos desde el 2011, seguida por el Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional español.

El Código Procesal Penal de 2004, en su artículo 378, inciso 6, prescribe que si un testigo (agraviado) o perito examinado en el juicio oral entra en contradicción con la versión que dio en la investigación, entonces se oralizará la parte correspondiente de la declaración.

Artículo 378.-

“6. (...) se puede leer la parte correspondiente del acto sobre su interrogatorio anterior (...) si en el interrogatorio surge una contradicción con la declaración anterior que no se puede constatar o superar de otra manera”.

C. Ingreso de la prueba preconstituida al juicio oral, ante el olvido del órgano de prueba en el examen del juicio oral

Otra forma sutil y eficaz de ingreso de una fuente de prueba personal preconstituida es aquella que se produce mediante interrogatorio por olvido, que se efectúa en el juicio oral; en este supuesto, la fuente de prueba personal (testigo o perito) se encuentra disponible y concurre al juicio oral para su examen correspondiente, sin embargo, no vierte en forma completa la versión sobre lo que conoce con relación a los hechos o sus circunstancias antecedentes, concomitantes posteriores; es por ello que se hace necesario efectuar el interrogatorio por recuerdo, para ello se oraliza la parte pertinente de la declaración anterior y se somete a debate contradictorio.

El comentario realizado respecto del interrogatorio por contradicción es totalmente aplicable para este supuesto de ingreso de la fuente de prueba preconstituida.

El Código Procesal Penal de 2004, en el artículo 378 inciso 6, prescribe que si un testigo (agraviado) o perito examinado en el juicio oral se olvida un hecho a que hizo referencia en su versión que dio en la investigación, entonces se oralizará la parte correspondiente de la declaración.

Artículo 378.-

“6. Si un testigo o perito declara que ya no se acuerda de un hecho, se puede leer la parte correspondiente del acto sobre su interrogatorio anterior para hacer memoria (...)”.

D. Ingreso de la prueba preconstituida al juicio oral mediante su oralización (lectura) y debate correspondiente

Esta forma de ingreso de la prueba preconstituida al juicio oral, es la común y la más conocida, y se materializa mediante su lectura u oralización de la totalidad o la parte pertinente de la prueba preconstituida, debiendo distinguirse dos subtipos:

D.1. Del ingreso de prueba preconstituida realizada con la garantía de contradicción simultánea efectiva

Esta forma de ingreso de la prueba preconstituida al juicio oral es la más pacífica y sencilla, ya que la preconstitución está revestida de las garantías de inmediación en su caso y, sobre todo, de la contradicción simultánea y efectiva: como es el caso de un levantamiento de una huella dactilar del imputado a cargo del fiscal (inmediación) y con la presencia del abogado defensor del imputado que ejerció el derecho de contradicción, y casos similares; o como el caso de la declaración testimonial recibida con la dirección personal del fiscal y con presencia del abogado del imputado que hizo el contrainterrogatorio. Estos supuestos de prueba preconstituida ingresan al juicio oral sin ninguna objeción, a través de su lectura y debate contradictorio; claro está que en el caso del último ejemplo debe darse el supuesto de imposibilidad física o jurídica objetiva que impide la concurrencia del órgano de prueba al juicio oral (además se debe tomar en cuenta que la presencia del abogado no es obligatoria, pero sí su emplazamiento; una vez emplazada debidamente, el abogado del imputado puede asistir a la diligencia convocada o no, aún con ello la garantía de contradicción se cumple); por otro lado se debe señalar que la inmediación no siempre se exigirá en todos los casos y su ausencia no afectará la preconstitución probatoria, ya que solo le da más fiabilidad a la obtención de la fuente prueba, salvo en determinados casos, donde es obligatorio la inmediación, como es el caso de las declaraciones testimoniales y periciales.

El Código Procesal Penal de 2004 prevé el ingreso de las fuentes de prueba preconstituidas, mediante su lectura y su debate contradictorio, precisando todos los casos de preconstitución; obviamente que hayan cumplido con las garantías de inmediación en su caso y contradicción.

Artículo 383.- Lectura de la prueba documental

“1. Solo podrán ser incorporados al juicio para su lectura:

- a) Las actas conteniendo la prueba anticipada;
- b) La denuncia, la prueba documental o de informes, y las certificaciones y constataciones;
- c) Los informes o dictámenes periciales, así como las actas de examen y debate pericial actuadas con la concurrencia o el debido emplazamiento de las partes, siempre que el perito no hubiese podido concurrir al juicio por fallecimiento, enfermedad, ausencia del lugar de su residencia, desconocimiento de su paradero o por causas independientes de la voluntad de las partes. También se darán lectura a los dictámenes producidos por comisión, exhorto o informe;
- d) Las actas conteniendo la declaración de testigos actuadas mediante exhorto. También serán leídas las declaraciones prestadas ante el fiscal con la concurrencia o el debido emplazamiento de las partes, siempre que se den las condiciones previstas en el literal anterior; y,
- e) Las actas levantadas por la Policía, el fiscal o el Juez de la Investigación Preparatoria que contienen diligencias objetivas e irreproducibles actuadas conforme a lo previsto en este Código o la Ley, tales como las actas de detención, reconocimiento, registro, inspección, revisión, pesaje, hallazgo, incautación y allanamiento, entre otras.

2. No son oralizables los documentos o actas que se refieren a la prueba actuada en la audiencia ni a la actuación de esta. Todo otro documento o acta que pretenda introducirse al juicio mediante su lectura no tendrá ningún valor.

3. La oralización incluye, además del pedido de lectura, el de que se escuche o vea la parte pertinente del documento o acta”.

D.2. Del ingreso de prueba preconstituida realizada con la garantía de contradicción sucesiva y no simultánea efectiva

Este modo de ingreso de la prueba preconstituida tiene fundamento en las siguientes razones jurídicas:

- a. La prueba que funda una sentencia condenatoria de manera legítima es aquella respecto de la cual **el imputado ha tenido la oportunidad y posibilidad física y jurídica de defenderse**, ya sea discutiendo su validez, fiabilidad o credibilidad respecto de la misma fuente de prueba obtenida o a través de otras de fuentes primarias o secundarias. La fuente de prueba obtenida en la investigación no podrá utilizarse en juicio oral, **solo** cuando no se le dio ninguna oportunidad al imputado de refutar, discutir o defenderse respecto de ella.
- b. La falta de contradicción simultánea en la obtención de la fuente de prueba en la investigación no sea atribuible a la conducta negligente del órgano estatal acusador, sino a razones exteriores a la conducta funcional, como es el caso de urgencia objetiva de adquisición de fuente de prueba, necesidad de secreto en la obtención de la fuente de prueba para lograr la eficacia de la diligencia; la falta de identificación del imputado en el momento de la adquisición de la fuente de prueba; la actuación ilícita del imputado que impide la realización de la contradicción simultánea y efectiva, sentido que ha desarrollado el autor Guzmán Fluja⁽⁹⁵⁾.

De los dos fundamentos que garantizan el derecho de contradicción del imputado se determina –desarrollada ampliamente por el Reino Unido desde el año 2009 y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos desde el 2011–, sin argumento en contra, que la esencia del derecho de contradicción **consiste en darle al imputado la oportunidad**

(95) GUZMÁN FLUJA, Vicente C. Ob. cit., 2008, pp. 222-223. En los que se refiere a la contradicción en la instrucción, debe estar pensada en función de la finalidad propia de esta fase procesal. “Así, en principio y partiendo del derecho a ser informado de la acusación, de lo que se trata es de tomar conocimiento de las actuaciones llevadas a cabo en la instrucción y poder, sobre la base de la información así adquirida, evaluar la mejor estrategia defensiva, mediante la petición de práctica de otras diligencias que puedan proporcionar fuentes de prueba de descargo que, si no exculpatoria, por lo menos permitan en su día en el juicio oral sembrar la duda sobre la fuente de prueba de cargo del acusador; o mediante el ataque al procedimiento seguido para la incorporación de la información al proceso, por ilegalidad o ilicitud, etc., Sentado que la contradicción, sea simultánea o sucesiva, se ha generalizado en los actos de instrucción del proceso penal, hay que advertir en relación a la preconstitución de fuentes de prueba que no siempre es posible llevarla a cabo de forma simultánea al acto de preconstitución, sea por razones de urgencia, sea por inexistencia en ese momento de persona imputada concreta, sea por operar el secreto del sumario, etc., incluso a veces puede que falte el contradictorio sucesivo por así consentirlo el imputado, o por ejercer sobre él alguna clase de fuerza de fuerza o presión, coacción, soborno, dirigido a evitar que se dé dicha garantía (...) por lo tanto, no es posible realizar sobre ella la contradicción que es la propia del juicio oral a los efectos probatorios”.

de ejercer el derecho de contradicción, sea simultánea o sucesiva; por tanto, queda claro que la fuente de prueba obtenida en la investigación, sin contradicción simultánea, pero sí con una efectiva contradicción sucesiva, ingresa al juicio oral y puede fundar una sentencia condenatoria.

Es necesario precisar que en el caso de la conducta ilícita del imputado que impide la contradicción probatoria, incluso puede ingresar al juicio oral las fuentes de prueba obtenidas en la investigación, a pesar de que no concurren ni la inmediación ni la contradicción simultánea o sucesiva, debido a que la conducta ilícita del imputado es la que impide una contradicción simultánea y efectiva.

En el sentido expuesto ha desarrollado el autor Guzmán Fluja⁽⁹⁶⁾, precisando que cuando dicha fuente no puede ser aportada en sí misma al juicio oral, sino solo en el modo en que quedó preconstituida en la investigación, deben concurrir otros factores o razones de urgencia, sea por inexistencia en ese momento de persona imputada concreta, operar el secreto de la diligencia, por el consentirlo el imputado o por ejercer sobre la fuente de prueba alguna clase de fuerza de fuerza o presión, coacción, soborno, dirigido a evitar que se dé dicha garantía.

3.3.10. La contradicción sucesiva y cámara Gesell en concreto

1. Siendo la entrevista en cámara Gesell una prueba preconstituida, con valor igual a las demás pruebas preconstituidas o equiparable al valor de la prueba anticipada, lo desarrollado sobre la contradicción sucesiva respecto de la prueba preconstituida es plenamente aplicable a la entrevista en cámara Gesell, con el agregado del interés superior del niño, niña o adolescente, que concurre como imposibilidad jurídica del traslado de la fuente de prueba al juicio oral.
2. Las formas de materialización de la entrevista en cámara Gesell, se desarrollarán ampliamente, al tratar el título siguiente, resaltando únicamente que en la práctica procesal se pueden

(96) GUZMÁN FLUJA, Vicente C. Ob. cit., 2008, p. 219. “(...) en tercer lugar, la preconstitución de las fuentes de prueba debe ser examinada desde otra óptica cuando dicha fuente no puede ser aportada en sí misma al juicio oral, sino solo en el modo en que quedó preconstituida en la instrucción (...) aquí es posible también distinguir diversas caras en la preconstitución, según que se den las circunstancias que a lo largo de este trabajo he venido exponiendo”.

realizar hasta tres tipos de entrevista en cámara Gesell, una de ellas tiene la misma naturaleza que la prueba anticipada, las otras dos, que la prueba preconstituida.

4. La entrevista única en cámara Gesell y prueba anticipada

4.1. Concepto de prueba anticipada

La prueba anticipada tiene que ver con la actuación de una prueba ante un juez que no es decisor, sino de garantías y que esta prueba se actuará con las garantías de intermediación que garantizará la fidelidad de la actuación probatoria y el principio de contradicción, que garantizará que el imputado a través de su abogado defensor de elección ejercerá el control de fiabilidad o credibilidad de la fuente de prueba actuada, salvo el peligro inminente de pérdida del elemento probatorio, en cuyo caso lo hará un abogado de oficio; y que sea previsible que la fuente de prueba no podrá ser trasladada al juicio oral, ya sea por imposibilidad física o jurídica; de ahí se desprende que la prueba anticipada es aquella prueba practicada antes del juicio oral, en presencia y bajo conducción del juez de garantías y con plena garantía del derecho de contradicción, cuando sea previsible que no será posible trasladar y actuar la fuente de prueba en el juicio oral o que pudiera dar lugar a la suspensión del juicio oral, todo respetando las reglas del juicio oral.

En el sentido conceptuado han señalado el autor: Montero Aroca⁽⁹⁷⁾, quien señala que la prueba anticipada es aquella que se práctica en un momento anterior al juicio oral, porque es razonablemente previsible la imposibilidad de tal práctica en el momento ordinario o la necesidad de suspender el juicio oral para su actuación. Talavera Elguera⁽⁹⁸⁾ indica que la prueba anticipada es aquella practicada antes del juicio por el juez, con contradicción, cuando fuere de temer que no podrá

(97) MONTERO AROCA, Juan y otros. *Derecho jurisdiccional*. Tomo II, Editorial JB, Barcelona, 1991, p. 323. "Consiste en la práctica de un medio de prueba en un momento anterior al que le corresponde según el orden del procedimiento (...) que se acuerda porque es razonablemente previsible la imposibilidad de tal práctica en el momento ordinario o la necesidad de suspender el juicio oral para proceder a la misma. Las finalidades de esta institución (...) son dos: preservar el fin de plena investigación de los hechos (...) y también el principio de concentración de la vista".

(98) TALAVERA ELGUERA, Pablo. Ob. cit., p. 65. Prueba anticipada es para el nuevo ordenamiento procesal penal aquella practicada antes del juicio, con intervención del juez en condiciones que permiten la contradicción, cuando fuere de temer que no podrá practicarse en el juicio oral o que pudiera motivar su suspensión.

practicarse en el juicio oral o que pudiera motivar su suspensión; y Neyra Flores⁽⁹⁹⁾ precisa que la prueba anticipada es aquella que se realiza en un momento anterior al juicio oral motivado por la imposibilidad material de practicarlo en el acto oral o por dar lugar la suspensión del juicio.

4.1.1. La prueba anticipada en realidad no es una prueba

Existe absoluto consenso que la prueba solo se produce en el juicio oral y no en otro acto procesal anterior, el fundamento de esta verdad procesal es el principio procesal a saber: “La fuente de prueba, solo será prueba en la medida en que fue actuado o adquirida en presencia del juez decisor, con la concurrencia de las demás garantías del juicio oral”; este principio tiene su razón de ser en que el juez que valorará las pruebas para emitir la sentencia correspondiente será aquel juez decisor en cuya presencia se actúa la prueba y no otro juez.

La llamada prueba anticipada, definitivamente, así como está regulada por el Código Procesal Penal de 2004 en su artículo 242 numerales 1 y 2, se realiza durante la investigación preparatoria o durante la etapa intermedia, por tanto, el juez ante el cual se actuará la prueba es ante el juez de garantías y **no ante el juez decisor**, por tanto, la finalidad de la actuación anticipada de la fuente de prueba **no es formar convicción al juez decisor**, sino garantizar fidelidad del dato o información –fuente de prueba– y garantizar el derecho de contradicción. La norma jurídica señalada. Prescribe:

Artículo 242

“1. Durante la investigación preparatoria, a solicitud del fiscal o de los demás sujetos procesales, podrá instarse al Juez de la Investigación Preparatoria actuación de una prueba anticipada, en los siguientes casos:

(...)

(99) NEYRA FLORES, José Antonio. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo I, Idemsa, Lima, 2015, p. 352. “(...) prueba que se realiza en un momento anterior al juicio oral motivado ya sea por la imposibilidad material de practicarlo en el acto oral (...) debe cumplir los siguientes requisitos: material, subjetivos y formal (...), se llevará a cabo durante la investigación preparatoria, pero también podrá realizarse durante la etapa intermedia; y se llevará a cabo a solicitud del fiscal o de los demás sujetos procesales”.

2. Las mismas actuaciones de prueba podrán realizarse durante la etapa intermedia”.

En el sentido analizado, Guzmán Fluja⁽¹⁰⁰⁾ ha señalado que la prueba anticipada no es exactamente una actividad probatoria y no cabe hablar de prueba en la fase de instrucción, en la que no hay que probar.

4.2. La entrevista en cámara Gesell con contradicción simultánea efectiva y la prueba anticipada tienen la misma naturaleza: deberían tener un valor probatorio equiparable

Una vez precisada que la prueba anticipada no es en realidad una prueba se está en condiciones de afirmar que tanto la entrevista en cámara Gesell con contradicción simultánea efectiva y la llamada prueba anticipada tienen la misma naturaleza y esa naturaleza está constituida por los siguientes elementos:

4.2.1. La intermediación procesal como garantía de fidelidad de la fuente de prueba obtenida

Tanto en la prueba anticipada como en la entrevista en cámara Gesell, la intermediación procesal es solo para fines de garantizar la **fiabilidad** de la obtención de los datos, informaciones que comprende la fuente de prueba y nada más en la medida que:

- a. La obtención de la fuente de prueba ante y con la conducción del fiscal en la entrevista en cámara Gesell tiene por finalidad, entre otros, garantizar la **fiabilidad** de su obtención, es decir, garantiza que la fuente de prueba obtenida sea **fidedigna**, ya que en la etapa de la investigación del delito el fiscal cumple dos funciones importantes: primero, cumple la función de garantía de la legalidad; y segundo, cumple la función de la reunión de los elementos de convicción de cargo y de descargo, bajo el principio de objetividad.

La Constitución Política del Estado en el artículo 159 establece que una de las funciones del Ministerio Público es la defensa

(100) GUZMÁN FLUJA, Vicente C. Ob. cit., 2008, pp. 210-211. “Pero que esta actividad no es exactamente una actividad probatoria (...); lo demuestra el hecho de que se puede lograr asegurar algo que es útil y necesario para el juicio oral, para lograr la convicción del juez decisor (...). Otro argumento (...) de gran importancia para negar la posibilidad que se pueda hablar de prueba anticipada sumarial es que no cabe hablar de prueba en una fase, la de instrucción, en la que no hay que probar”.

de legalidad, por tanto, el fiscal también es garante de la legalidad durante la investigación del delito; esta función pierde el fiscal, desde el momento en que formula el requerimiento de acusación, en cuyo momento se convierte en parte procesal en estricto; la norma constitucional citada prescribe:

“**Artículo 159.-** Corresponde al Ministerio Público:

1. Promover de oficio, o a petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho.

(...)”.

- b. La obtención de la fuente de prueba ante y con la conducción por el juez de garantías (juez de investigación preparatoria), también garantiza la **fidelidad** de los datos o informaciones que comprende la fuente de prueba que se obtiene en la audiencia de prueba anticipada debido a que en la etapa de investigación y la etapa intermedia el juez de garantías cumple, entre otras, la función de garantía de legalidad, por ello, su intervención y conducción de la prueba anticipada es solo con la finalidad de garantizar que los datos o informaciones obtenidas sean **fidedignas** y lleguen con esa fidelidad al juez decisor; en el sentido expuesto ha señalado el autor Guzmán Fluja⁽¹⁰¹⁾ precisando que en el caso de prueba anticipada antes del juicio oral (en la investigación o etapa intermedia) lo que verdaderamente se trata no es tanto de anticipar la prueba, sino de **garantizar que la información, dato, elemento material, hecho, va a ser transmitido de manera más fidedigna posible al juez del juicio oral para que este pueda apreciarlo por sí y proceder luego a su valoración.**

(101) *Ibíd.*, p. 211. “(...) lo afirmado no evita que cuando se adquiriera una información, un dato, un hecho, un elemento material, para la instrucción, las partes no puedan establecer que el mismo les va a ser útil para el juicio oral (...). Pero cuando se detecta esta utilidad, a la vista de la importancia del dato, información, elemento, etc., y a la vez se aprecia que no será posible llevar al juicio oral (...) surge la cuestión de precaver esta circunstancia y evitar que no llegue a ser conocida por el juez del juicio oral. Pero en estos casos de lo que verdaderamente se trata no es tanto de anticipar la prueba, sino de garantizar que la información, dato, elemento material, hecho, va a ser transmitido de manera más fidedigna posible al juez del juicio oral para que este pueda apreciarlo por sí y proceder luego a su valoración. Y además (...) se ejercite la contradicción necesaria, mediante el examen directo por las partes en el momento en que ello es posible, es decir, en la instrucción y a la vista de que no será, en condiciones de enfrentamiento directo dialéctico, en el momento posterior del juicio oral”.

Efectivamente, la intervención y conducción de la audiencia de prueba anticipada por el juez de investigación preparatoria es solo para garantizar la fiabilidad de la obtención de las fuentes de prueba en razón a que no es el juez decisor, es decir, el juez de garantías, en cuya presencia se actúa la prueba, no es el juez encargado de juzgar el caso y, por tanto, valorar la prueba actuada en su presencia. Esta función solo tiene el juez penal o colegiado, que son jueces decisores.

Del análisis de cumplimiento de la garantía de la inmediación procesal, tanto en la prueba anticipada como en la entrevista de cámara Gesell, se desprende que en ambos actos procesales la inmediación solo garantiza la fidelidad de los datos o informaciones que comprende la fuente de prueba; en consecuencia, en este ámbito de cumplimiento de la garantía de inmediación no hay ninguna diferencia. Para abundar, es preciso señalar que la actuación de una fuente de prueba ante el juez decisor es de otra naturaleza, ya que esta inmediación le da a la fuente de prueba su esencia de prueba, que comprende dos aspectos: primero, la fiabilidad de la obtención de la fuente de prueba, y segundo, y sobre todo, el contacto subjetivo y objetivo que tiene el juez decisor con la fuente de prueba y los datos o informaciones que proporciona la fuente de prueba, que permite al juez penal o colegiado, valorar la prueba con integridad.

4.2.2. La contradicción procesal como garantía del ejercicio del derecho de defensa efectiva

En la materialización de la prueba anticipada, se posibilita el ejercicio simultáneo efectivo del derecho de defensa; para ello, de manera obligatoria debe concurrir el abogado del imputado, quien ejercerá el derecho de contradicción de manera efectiva, así se trate de urgencia en la obtención de la fuente de prueba; en tal caso, el derecho de contradicción lo ejercerá el abogado de oficio y con las formalidades del juicio oral, especialmente en cuanto a la fuente de prueba personal, en cuyo caso el interrogatorio debe realizarse observando las prohibiciones previstas para el juicio oral (que las preguntas no sean capciosas, sugestivas, impertinentes, repetitivas, etc.). De lo precisado se desprende que en la prueba anticipada, la garantía de contradicción, se ejercita en forma simultánea y efectiva.

La entrevista en cámara Gesell tiene hasta tres formas de practicar y una de ellas, es la que tiene la misma naturaleza que la prueba anticipada; estas formas de entrevista en cámara Gesell son:

- a. La entrevista en cámara Gesell con una contradicción simultánea y efectiva. Este tipo de contradicción se realiza cuando el sujeto activo del delito de abuso sexual y/o trata de personas para abuso sexual se encuentra identificado y apersonado, realizándose esta entrevista en el ambiente de cámara Gesell. Lo más importante es que esta entrevista se realiza con asistencia obligatoria del abogado defensor del imputado, de preferencia el abogado de elección o, de lo contrario, con abogado de oficio –defensa pública–, quien ejerce el derecho de contradicción simultánea y efectiva.

Esta forma de realizar la entrevista única en cámara Gesell, tiene la misma naturaleza de la prueba anticipada, ya que ambos actos procesales se practican con la presencia obligatoria del abogado defensor del imputado, que ejerce el derecho de contradicción en forma simultánea y efectiva; en sentido similar se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia, a través del Acuerdo Plenario N° 1-2011/CJ-116⁽¹⁰²⁾, en cuyo fundamento 38 ha señalado que la técnica de investigación de entrevista en cámara Gesell deberá cumplir los requisitos de la prueba anticipada y sea incorporada al juicio oral mediante su visualización y debate.

(102) Acuerdo Plenario N° 1-2011/CJ-116, asunto: apreciación de la prueba en los delitos contra la libertad sexual; Lima, 06 de diciembre de 2011; fundamento 38. 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 irrepitibilidad 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 CPP de 2004)– 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 en que así lo decida, podrá disponer la realización de un examen a la víctima en juicio cuando estime que tal declaración o exploración preprocesal 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 esta 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.

- b. La entrevista en cámara Gesell con una contradicción simultánea pero no efectiva; esta entrevista se da cuando existe un imputado identificado con domicilio conocido, pero no apersonado, en consecuencia, no existe la obligación del órgano persecutor de designar un abogado defensor de oficio –defensa pública, sino solo emplazar en forma debida y oportuna, por tanto, la diligencia se realiza sin presencia obligatoria del abogado defensor del imputado, pero con el debido y oportuno emplazamiento. Esta entrevista realizada de la forma precisada tiene naturaleza de prueba preconstituida, que podrá utilizarse en el juicio oral, a través del mecanismo procesal correspondiente.

Estando a lo expuesto, se recomienda que esta forma de entrevista no se realice, salvo urgencia de pérdida de la fuente de prueba, ya que si bien es cierto que tendrá la calidad de prueba anticipada y utilizable en el juicio oral conforme al principio del interés superior del niño, sin embargo, esta entrevista sí se puede realizar con presencia obligatoria de abogado de defensa pública y, además, tendrá la misma naturaleza de la prueba anticipada.

- c. La entrevista única en cámara Gesell, sin la contradicción simultánea y efectiva; esta forma de entrevista se presenta por concurrencia de muchos factores ajenos a la conducta debida del órgano persecutor, ya que son externos y propios del proceso penal, como es el caso del sujeto activo no identificado; en tal caso, siendo necesario realizar las diligencias dentro del plazo de investigación, la entrevista única en cámara Gesell debe realizarse, pero se hará sin contradicción simultánea y efectiva, es decir, sin el emplazamiento del abogado defensor del imputado, porque el imputado, precisamente no está identificado. En estos caso debe realizarse la contradicción sucesiva, inmediatamente después de identificado al sujeto activo; otros supuestos fueron desarrollados en el título anterior sobre prueba preconstituida con contradicción sucesiva, y tienen que ver con otros casos, como el caso del sujeto activo identificado y fugado, o imputado identificado que deja de ser imputado y en su lugar ingresa otro imputado, respecto del cual no se hizo contradicción simultánea, etc.

Esta forma de realizar la entrevista en cámara Gesell, una vez cumplida con la contradicción sucesiva, tiene la naturaleza de prueba preconstituida, por tanto, utilizable en el juicio oral como tal y fundar una sentencia condenatoria: pero no tiene la naturaleza de la prueba anticipada.

En todos los casos de entrevista en cámara Gesell, el video o registro de imagen y audio debe ser objeto de cadena de custodia, en doble ejemplar, uno para el juicio oral y otro de respaldo.

De lo expuesto hasta este momento queda claro que la entrevista en cámara Gesell, según la forma que reviste, puede tener doble naturaleza:

- Primero, si la entrevista única en cámara Gesell se realizó con la presencia obligatoria del abogado defensor del imputado, por tanto, con contradicción simultánea y efectiva, entonces tiene la misma naturaleza que la prueba anticipada, en tal caso debe formularse, una propuesta institucional, a fin de que el órgano jurisdiccional valore la entrevista en cámara Gesell con contradicción simultánea y efectiva, equiparando a la prueba anticipada y aplicando el derecho constitucional del interés superior del niño, niña o adolescente, que tiene primacía sobre cualquier derecho constitucional, por tanto, del derecho de contradicción.
- Segundo, si la entrevista única en cámara Gesell se realiza sin contradicción simultánea y efectiva, por tanto, compensando este déficit con una contradicción sucesiva, entonces esta entrevista tiene calidad de prueba preconstituida, que no puede equipararse con la prueba anticipada, pero sí podrá ser utilizado en el juicio oral como prueba preconstituida.

4.3. Prueba anticipada de la entrevista única en cámara Gesell

Conforme se desprende del desarrollo del presente trabajo, en cuanto a la declaración de un niño, niña o adolescente víctima de abuso sexual, existe imposibilidad jurídica de llevar a la víctima al juicio oral, ya que se vulneraría el derecho al interés superior del niño, niña o adolescente, por tanto, este supuesto de imposibilidad de llevar la fuente de prueba al juicio oral, quepa en el supuesto de la práctica de la prueba anticipada del literal “a” del numeral 1 del artículo 242 del Código Procesal Penal de 2004 (modificado por el artículo 2, del

D. Leg. N° 1307, publicado el 30 de diciembre de 2016), que expresamente prescribe:

“Artículo 242.-

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

a) Testimonial y examen del perito, cuando se requiera examinarlos con urgencia ante la presencia de un motivo fundado para considerar que no podrá hacerse en el juicio oral por enfermedad u otro grave impedimento, o que han sido expuestos a violencia, amenaza, ofertas o promesa de dinero u otra utilidad para que no declaren o lo hagan falsamente. El interrogatorio al perito, puede incluir el debate pericial cuando este sea procedente.

En el sentido expuesto, la Oficina de Naciones Unidas contra la droga y el delito⁽¹⁰³⁾ Unodc, recomendó a la República de Panamá, interpretando el artículo 279 del Código Procesal Penal de Panamá, que tiene un supuesto similar a la norma jurídica procesal peruana citada, expresando que se recomienda que las y los fiscales del Ministerio Público de la República de Panamá encargados del litigio de casos que involucren a niños como víctimas y/o testigos, agoten todos los recursos judiciales posibles con vistas a que se reconozca el derecho de un trato no revictimizante a los niños víctimas y testigos y se les conceda, como consecuencia, el derecho a la producción anticipada de la prueba”.

(103) OPINIÓN TÉCNICA CONSULTIVA N° 01/2014, dirigida al Ministerio Público de la República de Panamá, por la Oficina de Naciones Unidas contra la droga y el delito Unodc, p. 16. “(...) el artículo 279 del Código Procesal Penal de Panamá (Cuando se trate de un acto que, por las circunstancias o la naturaleza y características de la medida, deba ser considerado como un acto definitivo e irreproducible) debería ser interpretado a la luz del *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos del niño, en especial del principio del interés superior del niño reconocido como parte del bloque de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico panameño. En este sentido, se recomienda que las y los fiscales del Ministerio Público de la República de Panamá encargados del litigio de casos que involucren a niños como víctimas y/o testigos, agoten todos los recursos judiciales posibles con vistas a que se reconozca el derecho de un trato no revictimizante a los niños víctimas y testigos y se les conceda, como consecuencia, el derecho a la producción anticipada de la prueba (...).”

De lo expuesto se desprende que existe fundamento jurídico para formular el requerimiento de prueba anticipada respecto de la declaración del niño, niña o adolescente en cámara Gesell.

III. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

A. Conclusiones

1. La entrevista única en cámara Gesell tiene por naturaleza la de ser una prueba preconstituida. Esta entrevista se puede realizar observando la garantía de contradicción simultánea efectiva, cuando se cuenta con sujeto activo identificado y apersonado (ubicado), o se puede realizar sin contradicción simultánea efectiva, por la concurrencia de factores, ajenos al debido cumplimiento de funciones del órgano persecutor, como es el caso de sujeto activo no identificado, sujeto activo fugado sin paradero conocido, urgencia objetiva de su realización, etc.
2. Los elementos esenciales de la prueba preconstituida son la inmediación y la contradicción.
 - 2.1. La garantía de inmediación se materializa con la conducción de la diligencia de obtención de la fuente de prueba, en forma personal por parte del fiscal del caso, y esta garantía procesal le da mayor fiabilidad o fidelidad de la fuente de prueba obtenida en la etapa de investigación; es por ello que esta garantía no siempre será posible, por razones de urgencia que impidan la presencia inmediata del fiscal, sin embargo, en determinadas adquisiciones de fuentes de prueba la inmediación es obligatoria, caso contrario, no tiene calidad de prueba preconstituida, como es el caso de las fuentes de prueba personales, como las testimoniales, declaración de agraviado y peritos, cuyos actos obligatoriamente deben realizarse con la garantía de inmediación. Se aclara que esta inmediación es obligatoria para fines de preconstitución, ya que los actos procesales personales sin presencia fiscal son válidos y servirán para todo acto de investigación (para prisión preventiva e incluso acusación), pero no podrán ingresar al juicio oral.

Todo lo comentado es respecto de la inmediación simultánea, ya que en determinados casos sí se puede realizar una inmediación sucesiva, completando el acto procesal o subsanando algún vicio de naturaleza relativa, en la medida que el fiscal podrá hacer control de legalidad posterior de los actos procesales efectuados por la Policía Nacional, acrecentando la fiabilidad de la fuente de prueba obtenida.

- 2.2. La garantía de contradicción es la más importante para constituir la obtención de la fuente de prueba en prueba preconstituida por tanto su observancia debe ser obligatoria; el cumplimiento de esta garantía puede ser absoluta o modulable, en ambas intensidades de cumplimiento de la garantía se respeta el derecho de defensa del imputado. Lo ideal para el derecho de defensa es que en la obtención de la fuente de prueba, se dé una contradicción simultánea y efectiva; pero no siempre puede lograrse esta contradicción maximalista, es por ello, que en determinados casos se podrá realizar una contradicción sucesiva, garantizando de esta manera el derecho de contradicción.

Este derecho de contradicción se garantiza otorgando al imputado la posibilidad física y jurídica de ejercer contradicción en la obtención de la fuente de prueba, ya que esta es la esencia del derecho de contradicción.

- 2.2.1. La contradicción simultánea debe cumplirse de manera obligatoria cuando el imputado se encuentra identificado y apersonado, de lo contrario no hay manera de que ingrese al juicio oral, la obtención de la fuente de prueba en la etapa de investigación, salvo excepciones previstas por la norma procesal en forma expresa, como el caso del secreto en la obtención de prueba, etc. Esta contradicción simultánea se cumple con el solo debido y oportuno emplazamiento al imputado, para que pueda intervenir en el acto procesal de obtención de la fuente de prueba y haga efectiva la contradicción, controlando la fiabilidad o credibilidad de la fuente de prueba y a

partir de allí desarrollar su defensa, ofreciendo la actuación de otras fuentes de prueba, primaria o secundaria (prueba para desacreditar al testigo), alegando defectos del acto procesal, impugnando, etc. Lo que quiere decir que la contradicción simultánea no consiste en que efectivamente el abogado del imputado deba estar en la diligencia de obtención de la fuente de prueba, sino que tenga la posibilidad física y jurídica de asistir a dicha diligencia; es por ello que el derecho de contradicción es disponible para el imputado.

2.2.2. La contradicción sucesiva o diferida se realiza cuando concurren factores o razones externas o procesales, que impiden de manera absoluta que se realice una contradicción simultánea. Estos factores no deben ser atribuibles a la conducta funcional del órgano persecutor, estos factores objetivos son, por ejemplo, por urgencia física de obtención de la fuente de prueba, de lo contrario, se perdería la fuente de prueba, como el caso de huellas de los zapatos del sujeto activo en una mañana lluviosa; o el caso del imputado que no se encuentra identificado y las diligencias deben continuar, de lo contrario la investigación no lograría su finalidad (reconocimiento fotográfico para identificar al sujeto activo), etc., en estos casos, debe realizarse contradicción sucesiva, inmediatamente después que desaparezca el factor objetivo que impedía la contradicción, por ejemplo, inmediatamente identificado al imputado se debe poner en su conocimiento los actos procesales de obtención de fuentes de prueba, para que efectúe su derecho de contradicción, refutando su validez, su fiabilidad, ofreciendo la actuación de otras pruebas primarias, secundarias, etc.

2.2.3. La obtención de las fuentes de prueba personales, como testimoniales o periciales, deben efectuarse respetando las formalidades del juicio oral, es decir, el interrogatorio debe realizarse, sin infringir las prohibiciones de preguntas sugestivas, capciosas, impertinentes, etc., caso contrario, en el momento de su oralización y debate podrá ser objetado y si se declara fundada la objeción no

ingresará al juicio oral y es más, el juez decisor controlará de oficio estas infracciones.

2.2.4. Tanto las fuentes de prueba respecto de las cuales se realizó la contradicción simultánea o sucesiva, deben ingresar al juicio oral y pueden fundar una sentencia condenatoria.

3. La entrevista en cámara Gesell con contradicción simultánea y efectiva debería tener el valor probatorio equiparable a la de la prueba anticipada, debido a que:

3.1. Tanto en la prueba anticipada como en la entrevista en cámara Gesell, la inmediación procesal es solo para fines de garantizar la fiabilidad de la obtención de los datos, informaciones que comprende la fuente de prueba y nada más, en la medida que:

a. La obtención de la fuente de prueba ante y con la conducción del fiscal, en la entrevista en cámara Gesell, tiene por finalidad, entre otros, garantizar la fiabilidad de su obtención, ya que en la etapa de la investigación del delito, el fiscal cumple la función de garantía de la legalidad y la función de la reunión de los elementos de convicción de cargo y de descargo, bajo el principio de objetividad.

b. La obtención de la fuente de prueba ante y con la conducción por el juez de garantías (juez de investigación preparatoria) también garantiza la fidelidad de los datos o informaciones que comprende la fuente de prueba que se obtiene en la audiencia de prueba anticipada, debido a que en la etapa de investigación y la etapa intermedia, el juez de garantías cumple, entre otras, la función de garantía de legalidad, por ello, su intervención y conducción de la prueba anticipada es solo con la finalidad de garantizar que los datos o informaciones obtenidas, sean fidedignas y lleguen con esa fidelidad al juez decisor; y

c. Finalmente, debe tomarse en cuenta el derecho constitucional del interés superior del niño, niña o adolescente que determina que los derechos de los niños, niñas

o adolescentes tienen primacía respecto de cualquier otro derecho constitucional, por tanto, del derecho de contradicción del imputado.

3.2. En la prueba anticipada como en la declaración en cámara Gesell (con contradicción simultánea y efectiva) se garantizan que el imputado realice una contradicción simultánea y efectiva; por tanto, ambos actos procesales garantizan derecho de contradicción maximalista; conforme se puede analizar:

3.2.1. En la materialización de la prueba anticipada se posibilita el ejercicio simultáneo efectivo del derecho de defensa; para ello, de manera obligatoria debe concurrir el abogado del imputado, quien ejercerá el derecho de contradicción de manera efectiva, así se trate de urgencia en la obtención de la fuente de prueba. En tal caso, el derecho de contradicción lo ejercerá el abogado de oficio y con las formalidades del juicio oral, especialmente en cuanto a la fuente de prueba personal, en cuyo caso el interrogatorio debe realizarse observando las prohibiciones previstas para el juicio oral (que no sean capciosas, sugestivas, impertinentes, repetitivas, etc.). De lo precisado se desprende que en la prueba anticipada la garantía de contradicción se ejercita en forma simultánea y efectiva.

3.2.2. En cuanto a la entrevista en cámara Gesell, se tienen varias formas de realizarla, y una de ellas es la **entrevista en cámara Gesell con una contradicción simultánea y efectiva**, la que se realiza cuando el sujeto activo del delito se encuentra identificado y apersonado, en cuyo supuesto, la diligencia referida se realiza con la asistencia obligatoria del abogado defensor del imputado, de preferencia el abogado de elección o, de lo contrario, con abogado de oficio –defensa pública–, quien ejerce el derecho de contradicción simultánea y efectiva. Esta modalidad de entrevista única en cámara Gesell tiene la misma naturaleza que la prueba anticipada, ya que ambos garantizan el derecho de contradicción en su dimensión

maximalista. Debe aclararse que existen otras formas de entrevista en cámara Gesell, donde el derecho de contradicción no es simultáneo, sino sucesivo, en tal caso, solo constituye prueba preconstituida.

3.2.3. En este análisis se debe tomar en cuenta el derecho constitucional del niño, niña o adolescente, del interés superior del niño, que es un derecho que tiene primacía sobre los demás derechos, por tanto, sobre el derecho constitucional de defensa del imputado; es por ello que, estando a que la entrevista única en cámara Gesell es para evitar la revictimización del niño, niña o adolescente víctima del delito, en observancia del derecho del interés superior del niño, el valor probatorio de esta declaración en cámara Gesell debe ser equiparado al de la prueba anticipada.

En conclusión, la entrevista única en cámara Gesell, con contradicción simultánea y efectiva, garantiza en la misma intensidad –maximalista– que la prueba anticipada el cumplimiento de los principios de inmediación y contradicción simultánea y efectiva, por tanto, **debería tener un valor equiparable a la prueba anticipada**, más aún si consideramos que este acto procesal se realiza en observancia del interés superior del niño, niña o adolescente, que prima sobre cualquier derecho constitucional.

B. Recomendaciones

1. Considerando que el Ministerio Público es el titular de la carga de la prueba, entonces, es obligación nuestra debatir todos los extremos de la prueba preconstituida, especialmente el cumplimiento de la contradicción sucesiva, y determinar los supuestos de ingreso a juicio oral, a pesar de no haberse realizado una contradicción simultánea.
2. Coordinar con la Policía Nacional a fin de que la obtención de las fuentes de prueba urgentes y personales se efectúen con observancia obligatoria de los principios de inmediación y contradicción, especialmente cuando el imputado es identificado y apersonado.

3. Se efectúe un trabajo conjunto y coordinado con el Poder Judicial: a) a fin de que la entrevista en cámara Gesell con contradicción simultánea y efectiva, que asegura en la misma intensidad –maximalista– que la prueba anticipada las garantías de inmediación y contradicción, sea valorada, equiparándose a la prueba anticipada, es decir, dando un valor semejante a la prueba anticipada y no como prueba preconstituida; y b) por otro lado, se haga efectivo el ingreso al juicio oral de la prueba preconstituida con contradicción sucesiva.

IV. BIBLIOGRAFÍA

1. ALCÁCER GUIRAO, Rafael. “La devaluación del derecho a la contradicción en la jurisprudencia del TEDH”. En: *INDRET*. Revista para el análisis del Derecho. N° 4, 2013.
2. BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993. Análisis comparado*. 3ª edición, Constitución y Sociedad ICS, Lima, 1997.
3. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Obras completas*. Tomo I, Derecho Penal Parte general. ARA Editores, Lima, 2004.
4. CLIMENT DURÁN, Carlos. *La prueba penal*. Tomo II, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
5. CUELLO IRIARTE, Gustavo. *Derecho probatorio y pruebas penales*. Legis, Buenos Aires, 2008.
6. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*. Tomo II, 2ª edición. Palestra Editores, Lima, 2001.
7. FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Marcial Pons, Barcelona, 2007.
8. GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. 2ª edición. Colex, Madrid, 2007.
9. GONZÁLEZ NAVARRO, Antonio Luis. *La prueba en el sistema acusatorio*. Leyer, Bogotá, 2011.
10. GUZMÁN FLUJA, Vicente C. *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
11. GUZMÁN FLUJA, Vicente C. “La anticipación y aseguramiento de la prueba penal”. En: *Prueba y proceso penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
12. JAUCHEN, Eduardo M. *Derechos del imputado*. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2005.

13. MARTÍN GARCÍA, Pedro. *Presencia física de las partes en la fase de instrucción. La prueba en el proceso penal*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.
14. MONTERO AROCA, Juan y otros. *Derecho jurisdiccional*. Tomo II. JB, Barcelona, 1991.
15. NEYRA FLORES, José Antonio. *Manual del nuevo proceso penal y de litigación oral*. Idemsa, Lima, 2010.
16. NEYRA FLORES, José Antonio. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo I, Idemsa, Lima, 2015.
17. NOGUERA ALCALÁ, Humberto. *El derecho de acceso a la jurisdicción y al debido proceso. Ciencia del Derecho Procesal Constitucional*. Tomo IV. Marcial Pons, México, 2008.
18. OFICINA DE NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO (UNODC). Opinión Técnica Consultiva N° 01/2014, dirigida al Ministerio Público de la República de Panamá.
19. PEDRAZ PENALVA, Ernesto. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Colex, Madrid, 2000.
20. QUIROGA LEÓN, Aníbal. *El debido proceso legal en el Perú y el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos*. Jurista Editores, Lima, 2003.
21. TALAVERA ELGUERA, Pablo. *La prueba en el nuevo proceso penal*. MAG, Lima, 2009.

La valoración de la prueba pericial en los procesos penales por delitos de violación sexual. Comentarios a propósito del Acuerdo Plenario N° 4-2015/CIJ-116

Elky Alexander VILLEGAS PAIVA^(*)

SUMARIO: I. Cuestiones preliminares. II. La prueba pericial: concepto y fundamento. 1. Concepto. 2. Fundamento. III. Criterios para la valoración de la prueba pericial. 1. Verificar la profesionalidad del perito. 2. Verificar la calidad y coherencia del dictamen pericial. IV. La cadena de custodia de muestras biológicas para la realización de la prueba pericial. V. Bibliografía.

I. CUESTIONES PRELIMINARES

Desde hace algunos años, la Corte Suprema ha tomado la salubre decisión de tratar de uniformizar la doctrina jurisprudencial, y proponer criterios de orientación para los operadores jurídicos a través de la realización y publicación de Plenos Jurisdiccionales de las Salas Permanente y Transitoria de la Corte Suprema. Si bien en algunos casos se podrá estar de acuerdo o no, sobre los criterios que se expongan en tales plenos, lo que no se puede negar, es su misión de dotar de predictibilidad a las futuras resoluciones judiciales en el ámbito penal. Bajo ese panorama, el 21 de junio de 2016, se publicó en el diario oficial *El Peruano* el IX Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales

(*) Abogado por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo. Con estudios de Maestría en Derecho con mención en Ciencias Penales en la Universidad Privada Antenor Orrego. Profesor universitario. Colaborador permanente de las revistas *Gaceta Penal & Procesal Penal*, *Diálogo con la Jurisprudencia* y *Actualidad Jurídica*. Socio del Estudio Villegas Paiva & Abogados-Defensa Penal.

Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República⁽¹⁾, en donde se busca resolver cinco problemas capitales del Derecho Penal sustantivo y procesal, desarrollados en cinco acuerdos plenarios, tales como: i) la aplicación judicial del artículo 15 del Código Penal y los procesos interculturales por delitos de violación de niñas y adolescentes; ii) beneficios penitenciarios y la aplicación de leyes de ejecución penal en el tiempo; iii) la participación del interesado en el delito de tráfico de influencias y la legitimidad de la intervención penal en la modalidad de influencias simuladas; iv) la valoración de la prueba pericial en delitos de violación sexual; v) el concepto de arma como componente de la circunstancia agravante “a mano armada” en el delito de robo.

Si bien es cierto que, en puridad, lo sostenido en tales acuerdos plenarios no constituye precedentes vinculantes⁽²⁾, sin embargo no se les puede negar la enorme influencia que ejercen como pauta referencial de interpretación de las normas penales y procesales penales, seguidos tanto por los jueces de instancias de inferior jerarquía, así como por los fiscales.

Bajo esa perspectiva, en el presente trabajo abordaremos el estudio de los principales criterios expuestos por los magistrados de la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario N° 4-2015/CIJ-116, esto es sobre la valoración de la prueba pericial en los procesos penales, con especial incidencia en los procesos seguidos en casos de violación sexual.

Este es un tema complejo, que sin duda requiere nuestra atención por la importancia que hoy en día ha asumido la prueba pericial científica⁽³⁾ en los procesos judiciales, y que sin embargo no ha merecido

(1) Debe mencionarse que la fecha de expedición de los acuerdos plenarios concernientes al IX Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, es de fecha de 15 de octubre de 2015, sin embargo recién fueron publicados en el diario oficial *El Peruano*, el día 21 de junio de 2016.

(2) Sobre este aspecto véase: TABOADA PILCO, Giammpol. “Los acuerdos plenarios de la Corte Suprema y su vinculación (ideológica) como doctrina y no como jurisprudencia”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 42. Gaceta Jurídica, Lima, diciembre de 2012, pp. 235-241.

(3) En la doctrina nacional, se ha dicho que se utiliza la denominación de prueba pericial científica en razón de que no necesariamente la prueba pericial hace uso de un conocimiento científico. Por ejemplo, cuando se trata de pericias contables y valorativas, que se practican en los casos de delitos contra la Administración Pública y el patrimonio, estas permiten determinar el monto del perjuicio patrimonial, ejerciendo uso de competencias técnicas, sin aplicar conocimiento científico alguno. Debido a ello, hacemos referencia a que los términos de prueba pericial y prueba científica no deben utilizarse en

la atención debida, particularmente en lo referente al estudio de los criterios y controles a los que debe estar sometida para determinar su valoración en dichos procesos.

Sobre ello ha señalado una atenta doctrina que la importancia de las pruebas científicas en la práctica procesal no ha ido acompañada de un proceso paralelo de cautelas y controles en relación con las mismas. Más bien ha sucedido lo contrario. Solo por el hecho de presentarse como “científicas”, la validez y valor probatorio de este tipo de pruebas se han asumido como dogmas de fe. Algo que llama particularmente la atención si se considera que nada es menos “científico” que asumir como válido un conocimiento sin un previo control de sus postulados ajustado a una metodología científica⁽⁴⁾.

Por lo tanto existe la necesidad urgente de prestar atención a este ámbito del universo probatorio y de articular una reflexión rigurosa sobre las condiciones de validez y el valor probatorio de un tipo de pruebas cuya presencia en la praxis judicial está siendo decisiva en la resolución de muchas causas. Esta reflexión reviste además una importancia crucial, pues no está guiada por un simple prurito epistemológico sino que incide directamente sobre el sistema de garantías y de cautelas que han de rodear esa parte trascendental de la aplicación del derecho. Solo cuando se toma conciencia de la fragilidad de algunas pruebas científicas, o sea cuando se desconfía del carácter incontrovertible de sus resultados, pueden ponerse en marcha las medidas y controles necesarios para minimizar, y al máximo evitar, los errores judiciales. Cuando, por el contrario, se confía absolutamente (o se actúa “como si” se confiase absolutamente) en la infalibilidad de los resultados de este tipo de pruebas, los controles sobre la calidad de las mismas se relajan en exceso. Lo que desde el punto de vista de la justicia y de los bienes esenciales que están en juego en el proceso puede tener efectos perversos⁽⁵⁾.

forma indistinta. Así, véase: LIMAY CHÁVEZ, Raquel. “La prueba científica en el proceso penal”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 73, Gaceta Jurídica, Lima, julio de 2015, p. 179.

(4) GASCÓN ABELLÁN, Marina. “Prueba científica: mitos y paradigmas”. En: *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*. N° 44, Universidad de Granada, Granada, 2010, pp. 82 y 83.

(5) GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Ibidem*, p. 84.

II. LA PRUEBA PERICIAL: CONCEPTO Y FUNDAMENTO

1. Concepto

San Martín Castro, refiere que la pericia 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 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⁽⁶⁾.

La pericia está dirigida a descubrir o valorar un elemento de prueba, cuando para ello fuese conveniente tener conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o técnica, y se concretará en una conclusión, fruto de un juicio realizado al amparo de dichos conocimientos. Debe precisarse que la pericia no es el medio de obtención del objeto de prueba, sino la explicación del mismo a través de un técnico o científico⁽⁷⁾, al cual se le denomina perito, precisamente por la experticia que tiene sobre la materia que se le convoca⁽⁸⁾.

(6) SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal. Lecciones*. Fondo editorial del INPECCP y CENALES, Lima, 2015, p. 346.

(7) NEYRA FLORES, José Antonio. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo II, Idemsa, Lima, 2015, p. 290. En esta misma línea se ha dicho que la prueba pericial, a diferencia del resto de pruebas, no introduce en el proceso hechos nuevos, sino que los conocimientos aportados por el perito deben referirse a los hechos ya introducidos en el proceso. La prueba pericial ha de recaer sobre hechos o datos aportados al proceso para ser valorados y apreciados técnicamente (véase, ABEL LLUCH, Xavier. “La prueba pericial”. En: *La prueba pericial*. Serie Estudios Prácticos sobre los Medios de Prueba, N° 3. Xavier Abel Lluch y Joan Picó i Junoy (directores). J.M. Bosch, Barcelona, 2009, p. 36).

(8) En términos generales, los peritos son personas que cuentan con una experticia especial en un área de conocimiento, derivada de sus estudios o especialización profesional, del desempeño de ciertas artes o del ejercicio de un determinado oficio. Lo que distingue al perito de un testigo cualquiera es que el perito es llamado al juicio para declarar algo en lo que su experticia es un aporte para el mismo y que le permite dar opiniones y conclusiones relevantes acerca de diversas cosas. Es decir, el perito es alguien que comparece al juicio para aportar conocimiento experto que se encuentra más allá del conocimiento del juzgador y que es considerado necesario para decidir el caso. La experticia que detenta el perito es lo que hace que las opiniones y conclusiones que él entrega, en el área de su experticia, sean admitidas allí donde a un testigo común y corriente no se le permite dar opiniones por regla general (DUCE,

El rol del perito en juicio es entregar la interpretación de una información que exige un conocimiento especializado, con el objeto de explicitar sus significados en términos comunes y exactos dirigidos a generar la convicción del tribunal que, de otra manera, no podría generarse. Esta información no puede ser entregada al tribunal por cualquier persona, pues se trata de un tipo de conocimiento que se encuentra fuera del alcance de una “persona promedio”. Por lo mismo, el aporte central de los peritos normalmente se produce en el lenguaje de opiniones que surgen como consecuencia de la utilización de conocimiento experto para comprender ciertos hechos o fenómenos⁽⁹⁾.

No se trata de que con ello, el perito sea quien decida el sentido de una causa judicial, sino de un órgano de apoyo a la actividad jurisdiccional para la determinación de la realidad de un suceso histórico. Por tanto, el perito se debe limitar al examen propio de su conocimiento, apartando invocar valoraciones jurídicas, tales como la determinación de la imputabilidad de una persona o la existencia de una mala praxis médica a una imputación por delito culposo⁽¹⁰⁾.

Ahora bien, si la pericia es un medio de prueba de carácter personal a través del cual un sujeto con conocimientos especiales, por encargo del juez o de las partes, introduce al proceso información y valoraciones de carácter técnico, científico o artístico sobre hechos o cosas que han sido objeto de examen o análisis precisamente por encontrarse vinculados con la comisión del delito investigado⁽¹¹⁾, entonces se comprende que en el contexto procesal, la prueba científica coincide en parte, pero no íntegramente, con la prueba pericial. En realidad, es bastante común que la prueba científica se forme y aporte al proceso mediante

Mauricio. “La prueba pericial y su admisibilidad a juicio oral en el nuevo proceso penal”. En: *Revista Procesal Penal*. N° 35, Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2005, p. 20).

- (9) DUCE, Mauricio. *Ibidem*, p. 22. Debe precisarse que en sentido estricto el perito no es un testigo experto, pues este último es aquella persona que, además de conocer los hechos o circunstancias del delito, posee conocimientos en una rama de la ciencia, arte o técnica y utiliza dichas aptitudes o notoria experiencia al momento de informar al juez sobre su testimonio. Así, siendo un testigo, se le aplican las reglas de la prueba testimonial y no de la prueba pericial, por lo que no puede formular juicios de valor u opiniones, como si lo puede hacer el perito, claro que este puede hacer juicios de valor u brindar opiniones pero de acuerdo a su campo de conocimiento, de modo que no puede hacer jurídicas. Véase, ESPINOZA RAMOS, Benji. “La prueba pericial en el nuevo Código Procesal Penal”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 62, Gaceta Jurídica, Lima, agosto de 2014, p. 288.
- (10) SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal. Lecciones*. Fondo editorial del INPECCP y CENALES, Lima, 2015, p. 534.
- (11) ORÉ GUARDIA, Arsenio. *Derecho Procesal Penal peruano. Análisis y comentarios al Código Procesal Penal*. Tomo II, Gaceta Jurídica, Lima, 2016, p. 561.

un perito. Sin embargo, la prueba pericial no siempre implica el recurso a conocimientos específicamente científicos. Por ejemplo, si se trata de medir la extensión de un inmueble, de determinar un porcentaje de invalidez o de efectuar cálculos contables complejos, entran claramente en juego competencias técnicas específicas, pero estas no constituyen, propiamente, conocimientos científicos. Así, pues, solo cuando un elemento probatorio concreto deriva de nociones de carácter científico en sentido estricto se puede hablar propiamente de prueba científica, mas no cuando se trata de conocimientos de carácter técnico⁽¹²⁾.

2. Fundamento

El fundamento de la pericia se halla en las limitaciones del propio juzgador, pues –como señala Taruffo– ni los jueces ni los jurados son omniscientes, y este es un problema en todos los sistemas probatorios. Esta limitación tiene consecuencias muy diversas, la más importante de las cuales es que el juzgador puede no tener el conocimiento científico o técnico que se requiere para establecer y evaluar algunos hechos en litigio. Cuando la cultura del juzgador no es adecuada para ocuparse de los rasgos técnicos o científicos específicos de los hechos litigiosos es necesario complementarla. Por ello, todos los sistemas procesales tienen que utilizar algunas formas de prueba pericial. Esto significa que hay que recurrir a peritos expertos en diversos ámbitos para ofrecer al juzgador toda la información técnica y científica necesaria para decidir el caso⁽¹³⁾.

En la misma línea, la Corte Suprema en el acuerdo plenario que motiva estas líneas, ha dicho que 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, es decir de un perito, el cual mediante sus conocimientos profesionales, ayuda al órgano jurisdiccional en la estimación de una cuestión probatoria.

Por lo tanto, siendo que el juez es el principal receptor de las pruebas, y como tal tiene la función de valorarlas, se hace necesario que

(12) TARUFFO, Michele. *La prueba*. Traducción de Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán. Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008, p. 278.

(13) TARUFFO, Michele. *La prueba*. Ibídem, p. 90.

recurra a la ayuda de los expertos de manera que lo ilustren sobre tales extremos que el desconoce con la finalidad de poder apreciar de manera adecuada la prueba, interpretarla, y finalmente que las decisiones que adopte sobre la base de dicha interpretación, se funden en criterios lógicos, objetivos y racionales⁽¹⁴⁾.

Cabe precisar que el juez, en situaciones que requieren una explicación científica, técnica o artística, no puede basar su razonamiento lógico-valorativo (respecto de las pruebas) en conocimientos personales o privados, aun cuando estos sean también científicos, técnicos o artísticos. Es necesario que en dichas situaciones, conforme a este criterio, el juez recurra a medios de prueba especiales (o pericias) a fin de justificar su ulterior decisión⁽¹⁵⁾.

Como refiere Chaia, la función de la prueba-garantía⁽¹⁶⁾ impide que los jueces se valgan del conocimiento privado que pudieren tener sobre una cuestión técnica y además, no le está permitido contratar o consultar a expertos extraprocesales a fin de conformar su opinión, pues de esta forma se violaría el debido proceso y los principios que lo guían, concretamente: acusatorio, defensa, inmediatez, contradicción, oralidad y publicidad. Ello es así, pues las conclusiones de los expertos deben ventilarse en presencia de los interesados en la audiencia respectiva⁽¹⁷⁾.

Ahora, si bien los conocimientos personales o privados del juez no pueden ser un obstáculo para la admisión de prueba pericial, si pueden servir y serán de mucha utilidad para la mejor valoración de la prueba pericial, puesto que si el juez posee privadamente conocimientos

(14) NEYRA FLORES, José Antonio. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo II, Idemsa, Lima, 2015, p. 291.

(15) Cfr. ORÉ GUARDIA, Arsenio. *Derecho Procesal Penal peruano. Análisis y comentarios al Código Procesal Penal*. Tomo II, Gaceta Jurídica, Lima, 2016, p. 565; NEYRA FLORES, José Antonio. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo II, Idemsa, Lima, 2015, p. 291; ABEL LLUCH, Xavier. "La prueba pericial". En: *La prueba pericial*. Serie Estudios Prácticos sobre los Medios de Prueba, N° 3. Xavier Abel Lluch y Joan Picó i Junoy (Directores). J.M. Bosch, Barcelona, 2009, p. 32.

(16) La prueba conforma un sistema complejo de garantías que le permite a los justiciables repeler los intentos arbitrarios de castigos. Las formas, reglas y mecanismos, constituyen un límite a lo que se podrá probar y al modo en que esa actividad puede realizarse (CHAIA, Rubén. *La prueba en el proceso penal*. Hammurabi, Buenos Aires, 2010, p. 53).

(17) CHAIA, Rubén. *Ibidem*, p. 549.

técnicos proporcionados por el perito, se encontrará en inmejorables condiciones para realizar una labor crítica del dictamen pericial⁽¹⁸⁾.

Siendo así, la pericia constituye un medio probatorio por la función que cumple en el proceso (aportar elementos para la formación de convicción judicial) y, a su vez, sería un medio de valoración, pero no en un sentido auxiliar, sino obligatorio, ya que la práctica de la pericia no se podrá evitar aun en el supuesto de que el juez posea los conocimientos especializados que se necesitan para resolver el caso. Visto ello así, la pericia puede ser estudiada como un medio de prueba para descubrir la ocurrencia de los hechos (la forma, momento y lugar en que sucedieron), así como para valorar cualquier elemento probatorio⁽¹⁹⁾.

Para ser más precisos, la pericia asume el papel de medio probatorio en la etapa del juicio oral y de medio de investigación cuando se practica en la fase de investigación preparatoria. Constituye un medio probatorio, porque cumple con la función de introducir datos e información de carácter científico, técnico o artístico por medio del examen pericial⁽²⁰⁾.

Por su parte constituye un medio de investigación cuando se practica en la fase de investigación preparatoria. Aquí, la pericia consiste concretamente en entregar un objeto portador de información a un especialista para que busque un dato específico en dicho objeto; mientras que, como acto de prueba, consiste en que el especialista que examinó el objeto y ya obtuvo conclusiones sobre él, aporte esa información ante el juez con el fin de que este genere convicción sobre tal información⁽²¹⁾.

Por regla general, los informes periciales se presentan en la etapa de investigación y son objeto de prueba en el juicio oral. En efecto, formalmente la solicitud de parte para la realización de la pericia (o su disposición oficiosa), el nombramiento de los peritos (su subrogación), la presentación del informe y la orden de ampliación del mismo

(18) Cfr. ABEL LLUCH, Xavier. "La prueba pericial". En: *La prueba pericial*. Serie estudios prácticos sobre los medios de prueba, N° 3. Xavier Abel Lluch y Joan Picó i Junoy (directores). J.M. Bosch, Barcelona, 2009, p. 32.

(19) ORÉ GUARDIA, Arsenio. *Derecho Procesal Penal peruano. Análisis y comentarios al Código Procesal Penal*. Tomo II, Gaceta Jurídica, Lima, 2016, p. 565.

(20) ORÉ GUARDIA, Arsenio. *Derecho Procesal Penal peruano*. Ibídem, p. 566.

(21) CHINCHAY CASTILLO, Alcides. "La pericia y la prueba pericial". Véase en: <http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2448_la_pericia_y_la_prueba_pericial.pdf>.

son acciones que formalmente se llevan a cabo en la fase de investigación preparatoria; la proposición del informe y su admisión como medio de prueba pericial, en la fase intermedia; y por último, su práctica y valoración en el juicio oral.

La prueba pericial tiene un aspecto documental (dictamen pericial) 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–.

El dictamen pericial es el informe –normalmente escrito– en que se plasma la actividad del perito. Si el perito es la fuente de prueba, el dictamen pericial es el medio de prueba, a través del cual acceden al proceso sus conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos⁽²²⁾.

III. CRITERIOS PARA LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL

La valoración consiste en el análisis razonado de los elementos de convicción introducidos en el proceso. Precisamente uno de los problemas más importantes que plantean las pruebas periciales es la valoración que el juez debe hacer de los resultados del perito⁽²³⁾.

Ahora bien, en el sistema peruano, en el que impera la libre convicción⁽²⁴⁾, el juez debe valorar la prueba pericial al igual que el resto del material probatorio obrante en el proceso penal y en conjunto con este para poder arribar a una conclusión, conforme a los principios

(22) ABEL LLUCH, Xavier. “La prueba pericial”. En: *La prueba pericial*. Xavier Abel Lluch y Joan Picó i Junoy (Directores). Serie Estudios Prácticos sobre los Medios de Prueba, N° 3. J.M. Bosch, Barcelona, 2009, p. 26.

(23) NEYRA FLORES, José Antonio. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo II, Idemsa, Lima, 2015, p. 300.

(24) Son conocidos los dos sistemas básicos de apreciación probatoria: tarifa legal y libre apreciación de la prueba por el juzgador. Este último es el que modernamente adoptan la gran mayoría de sistemas procesales, en cuanto ostenta como ventajas el ser más progresivo, proporcionar mayor independencia a los jueces respecto del legislativo y el Ejecutivo, haciendo que el proceso de valoración alcance una mayor capacidad de adaptación al caso concreto, con lo que se le adjudica la posibilidad de obtener mejores resultados probatorios, frente al sistema de la prueba tarifada (PABÓN PARRA, Pedro Alfonso. *La prueba pericial. Sistema acusatorio. Partes general y especial*. 2ª edición, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 2015, p. 419).

de la sana crítica. En consecuencia, será a la luz de la experiencia, la lógica y el recto entendimiento humano⁽²⁵⁾, que el juez evaluará el dictamen del perito, debiendo agudizarse la atención en este particular elemento pues será menester añadir reglas orientadoras y un especial detenimiento por tratarse de cuestiones técnicas o científicas que requieren una singular apreciación⁽²⁶⁾.

Asimismo, la aceptación del principio de apreciación conjunta de todo el acervo probatorio, hace que el dictamen de peritos sea sopeado con los demás elementos llegados al juicio por lo que puede ser desvirtuado por otras pruebas que individual o conjuntamente posean mayor peso probatorio. Por lo anterior, el medio esencial de contradicción del dictamen es precisamente la facultad de las partes de presentar en el juicio otros elementos probatorios que lo refuten o contradigan. *A contrario sensu*, para que la opinión pericial adquiera pleno valor y eficacia probatorios debe haberse corroborado, confirmado o por lo menos no debe haber sido contradicha por los demás elementos probatorios obrantes⁽²⁷⁾.

La importancia del principio de apreciación conjunta de todo el acervo probatorio con la finalidad de que el juez pueda llegar a una conclusión, puede demostrarse, utilizando como ejemplo el examen de ADN en los caso de violación sexual. Este examen podrá demostrar una parcialidad del delito de acceso carnal violento o no consentido, como sería el caso de que el semen encontrado en la presunta víctima pertenece al acusado, pero tal afirmación, por contundente e incontrovertible que aparezca, solo alcanza a demostrar que dicho sujeto

(25) El inciso 1 del artículo 158 del CPP de 2004 señala que en la valoración de la prueba el juez deberá observar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de experiencia, y expondrá los resultados obtenidos y los criterios adoptados; de la misma forma lo establece el inciso 2 del artículo 393 del mismo cuerpo normativo.

(26) NEYRA FLORES, José Antonio. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo II, Idemsa, Lima, 2015, p. 303.

(27) PABÓN PARRA, Pedro Alfonso. *La prueba pericial. Sistema acusatorio. Partes general y especial*. 2ª edición, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 2015, p. 426. Agrega el citado autor que: "El principio de apreciación conjunta implica que la aceptación de una opinión pericial por parte del juez no surge de norma alguna, sino que este debe considerarla, al momento de dictar sentencia, en conjunción con las demás pruebas aportadas. Si el peritaje se encuentra fundado en principios técnicos o científicos inobjectables, y no existe otra prueba que le desvirtúe, el sistema de libre, conjunta y racional apreciación debe imponer la aceptación de su contenido. A este propósito cabe afirmar que el juez no puede investirse autárquicamente de un empirismo caprichoso o arbitrario, ni puede desatender el concepto que se le brinda por parte de especialistas calificados en disciplinas ajenas al derecho, para imponer una opinión personal que riña con la ciencia y la técnica que dichos expertos le proporcionan".

mantuvo relaciones sexuales con la presunta víctima, e incluso podría determinar el día y hora del acceso carnal que perfectamente puede coincidir con el momento en que se desarrollaron los hechos denunciados, sin embargo tal conclusión seguiría siendo parcial ya que ella no puede probar que la penetración realizada tuvo lugar con violencia o con el consentimiento viciado de la presunta víctima; esto último exige otro tipo de pericia médica o debe ser demostrado por otros caminos probatorios como el testimonio; el acervo resultante será objeto de la imprescindible crítica judicial conjunta lógica y racional⁽²⁸⁾.

De lo dicho se colige que los resultados de una prueba pericial no vinculan necesariamente al juez a resolver conforme a lo que se dice en un dictamen pericial. Antes bien, es el juez quien debe resolver si acepta o no los resultados contenidos en aquel, para lo cual deberá expresar justificando adecuadamente su decisión sobre ello.

Como ha señalado la Corte Suprema, en el Acuerdo Plenario materia de comentario, 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⁽²⁹⁾.

Agrega la Corte Suprema que 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⁽³⁰⁾.

La pericia es tan solo un medio de prueba más, que por sí mismo no posee mayor o menor peso que las restantes, sus conclusiones no pueden ser obligatorias para el juez, como consecuencia este puede desatenderlas hasta llegar a apartarse de las mismas y decidir o fallar en sentido opuesto a las mismas. Todo lo anterior no es más que la consecuencia natural y lógica de la adopción del sistema de libre

(28) PABÓN PARRA, Pedro Alfonso. *La prueba pericial. Sistema acusatorio. Partes general y especial*. 2ª edición, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 2015, pp. 442 y 443.

(29) Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema. Acuerdo Plenario N° 4-2015/CIJ-116, ff. jj. 6 y 7.

(30) Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema. Acuerdo Plenario N° 4-2015/CIJ-116, f. j. 17.

convicción que autoriza a adscribir el mérito que para el fallador posee cada medio de prueba obrante en juicio y, por tanto, a apartarse del dictamen pericial, por las más variadas razones: infracción a las reglas de la lógica, violencia a los principios de la experiencia común e irrespeto a los principios que gobiernan la respectiva ciencia, técnica, arte, afición o especialidad⁽³¹⁾.

Con ello no se pretende que el juez se transforme en un científico –lo que evidentemente sería imposible– y mucho menos que repita los análisis y experimentos que conforman la propia prueba científica. Lo que se exige es que el juez, debe ser capaz de valorar si está en el ámbito de una forma de conocimiento dotada de dignidad y validez científica, y si los métodos de investigación y control típicos de esa ciencia han sido correctamente aplicados en el caso particular que debe juzgar. Se trata en buena cuenta de confirmar la existencia de las condiciones de científicidad de la prueba⁽³²⁾.

En este sentido, si la prueba se realiza en condiciones empíricas óptimas y utilizando métodos científicamente adecuados sus resultados pueden asumirse –en la mayoría de casos– como incuestionablemente verdaderos. Si, por el contrario, el método y técnicas usadas y/o las condiciones de realización no son las apropiadas, el grado de fiabilidad de la prueba disminuye hasta incluso anularse. En definitiva, la validez de una prueba científica (y por consiguiente la fiabilidad de sus resultados) no es algo que haya que dar por de contado, sino que depende de la validez científica del método usado, de que se haya utilizado la tecnología apropiada y de que se hayan seguido rigurosos controles de calidad⁽³³⁾.

De esta manera, si el control realizado por el juez sobre el carácter científico y la validez de los métodos con los que se ha realizado la prueba tiene resultado positivo, entonces debe fundamentar, con buenas razones, su decisión en la prueba científica, explicando las razones por las que ha considerado que la prueba es científicamente válida

(31) PABÓN PARRA, Pedro Alfonso. *La prueba pericial. Sistema acusatorio. Partes general y especial*. 2ª edición, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 2015, p. 429.

(32) TARUFFO, Michele. *La prueba*. Traducción de Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán. Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008, p. 294.

(33) GASCÓN ABELLÁN, Marina. “Validez y valor de las pruebas científicas: la prueba del ADN”. En: <<http://www.uv.es/cefd/15/gascon.pdf>> consulta: 12/03/2017.

y fiable. Solo con esa motivación el juez puede evitar la sospecha de que no haya ejercido su función de *peritus peritorum*, es decir, que se le considere como mero receptor pasivo de la opinión del experto. Si el resultado del control del juez es, en cambio, negativo, el juez –dejando a un lado la posibilidad de ordenar una prueba pericial suplementaria o nueva– no podrá tener en cuenta la prueba en su decisión, por ser científicamente inválida, naturalmente justificando en la motivación su valoración negativa⁽³⁴⁾. 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⁽³⁵⁾.

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⁽³⁶⁾.

Lo dicho hasta aquí, puede ser resumido, siguiendo a Chaia, de la siguiente manera:

“Si bien el dictamen pericial carece de eficacia vinculante para el juez o tribunal, es lógico suponer que debe ser valorado juntamente con el resto del material probatorio y bajo las reglas de la sana crítica racional, exponiendo las conclusiones del caso en forma verificable, aplicando la lógica, la experiencia y el correcto entendimiento humano.

Por este motivo, si el juez se aparta de las conclusiones brindadas en el dictamen pericial debe contar con fundamentos objetivos y controlables que funden su postura, cuestionando la opinión del experto, por no resultar de pautas técnicas o científicas o por tratarse de meras aseveraciones carentes de sustento, o en franca contradicción con las restantes pruebas rendidas en el proceso o con hechos públicos. La posibilidad de interpretar la posibilidad de interpretar y valorar el dictamen.

(34) TARUFFO, Michele. *La prueba*. Traducción de Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, Buenos Aires, 2008, p. 247.

(35) Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema. Acuerdo Plenario N° 4-2015/CIJ-116, f. j. 17.

(36) Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema. Acuerdo Plenario N° 4-2015/CIJ-116, f. j. 17.

Se puede afirmar entonces que está vedado a los jueces, sin incurrir en arbitrariedad, sustituir la opinión de los peritos por sus propios conocimientos técnicos, artísticos o científicos, o rechazar la pericia correctamente fundada en favor de su intuición, deseos o antojos. Ahora bien, esta afirmación no implica vedarle al magistrado la posibilidad de interpretar y valorar el dictamen otorgándole el lugar que se merece junto al resto de las pruebas.

Lo que está prohibido es que el juez suplante sin motivos u omita caprichosamente, las conclusiones periciales, imponiendo su opinión personal sobre las del experto mencionado⁽³⁷⁾.

Ahora bien, de acuerdo a la sana crítica, y en todo caso con miras a que el juez, en el juicio realice un correcto control del aspecto mencionado, o algún sujeto procesal afectado (imputado o agraviado inclusive) pueda verificar si el juez ha realizado ese control, se deben examinar los aspectos subjetivos que están referidos a la persona del perito (su personalidad, sus relaciones con las partes, si está dotado de la suficiente astucia –o de la falta de ingenuidad, que en ocasiones tienen los científicos– y del necesario poder de crítica o de valoración, si pertenece a alguna escuela y si sus posiciones científicas son o han sido oscilantes, si tiene la capacidad normal de percepción, si presenta alguna deficiencia en su capacidad de raciocinio, cuál es su verdadero nivel de conocimientos, etc.), y también los aspectos objetivos referidos al dictamen mismo (cuál es el método científico empleado, qué grado de desarrollo ha alcanzado la ciencia, arte o técnica utilizada, si existe ligazón lógica entre los diversos elementos integrantes del dictamen, si las conclusiones son indecisas o categóricas, qué calidad tienen las fundamentaciones o motivaciones expuestas en el dictamen, etc.)⁽³⁸⁾, aspectos que veremos con algo más de detalle a continuación⁽³⁹⁾:

(37) CHAIA, Rubén. *La prueba en el proceso penal*. Hammurabi, Buenos Aires, 2010, pp. 562 y 563.

(38) CLIMENT DURÁN, Carlos. *La prueba Penal*. Tomo I, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 847.

(39) Cfr. NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración de la prueba*. Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2010, pp. 288-298; ABEL LLUCH, Xavier. “La prueba pericial”. En: *La prueba pericial*. Xavier Abel Lluch y Joan Picó i Junoy (Directores). Serie Estudios Prácticos sobre los Medios de Prueba, Nº 3. J.M. Bosch, Barcelona, 2009, pp. 136 y 137.

1. Verificar la profesionalidad del perito

En el caso de la prueba pericial es imprescindible el análisis de la persona del perito en cuanto a sus conocimientos, habilidades y competencias profesionales. En tal sentido, sería importante observar si el perito posee publicaciones en revistas de reconocido prestigio en la materia de la que se trate, o si está en poder de alguna especialización complementaria a su grado universitario. O incluso si ya ha realizado dictámenes en la materia objeto del juicio con anterioridad. Todo ello sí puede ser objeto de valoración objetiva, y es fácilmente controlable por un juez.

Como anota Abel Lluch⁽⁴⁰⁾, se deberán ponderar factores tales como la competencia profesional, experiencia, especialización o currículum profesional del perito y, en general, cualquier dato revelador de su solvencia científica –ej. Reconocimiento por la comunidad científica de condición de experto sobre determinada materia–.

Sin embargo es necesario tener presente que la titulación no es ni necesaria ni suficiente, pues es perfectamente posible que el objeto de la pericia no constituya el contenido de ningún Estudio universitario, por lo que resulta necesario valorar la experiencia del perito en el concreto sector o materia sobre el que verse su peritaje⁽⁴¹⁾.

Al respecto en el Acuerdo Plenario N° 4-2015/CIJ-116, que se comenta, la Corte Suprema sostiene que “[L]a 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”.

Ahora bien, este aspecto no excluye la posibilidad de que, finalmente, el perito acabe realizando un mal dictamen⁽⁴²⁾, resultado necesario,

(40) ABEL LLUCH, Xavier. *Derecho probatorio*. J.M. Bosch, Barcelona, 2012, p. 728.

(41) Cfr. NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración de la prueba*. Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2010, pp. 289.

(42) Cfr. BENAVENTE CHORRES, Hesbert. “La valoración de la prueba pericial en los delitos sexuales. Comentarios al Acuerdo Plenario N° 4-2015/CIJ-2016”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 86, Gaceta Jurídica, Lima, agosto de 2016, p. 141 y ss. Este autor señala, entre otros aspectos, que: “Al respecto, no minimizamos el caudal tanto teórico como práctico del perito, pero que sea experto porque dice que lo es no es suficiente. Además, perdemos de vista que lo más importante es dotar de contenido a un test como el de razonabilidad, que nos permita concluir si la información del dictamen presenta o no calidad; o en términos epistémicos, si nos lleva al logro de los fines del proceso penal,

para averiguar esto último, que se evalúe el dictamen en sí; y es que un proceso penal acusatorio-garantista, la calidad o fiabilidad del dictamen pericial no se presume, sino que antes bien debe acreditarse en el juicio oral.

2. Verificar la calidad y coherencia del dictamen pericial

Sobre este aspecto se deberían analizar los siguientes criterios:

2.1. El control del método utilizado por el perito. De modo que el juez actúa como *gatekeeper* o controlador del método tecnológico o científico, admitiendo solo aquella prueba pericial que resulte metodológicamente segura. Como explica Limay Chávez, “[s]e afirma que el juez, en razón de su libre valoración, es considerado un *gatekeeper* (vigilante o portero que debe controlar la entrada de medios de prueba pericial científica que cumplan con determinados estándares de calidad), con motivo de ello, tiene la posibilidad y responsabilidad de otorgar valor a la prueba dependiendo de su calidad, de los métodos y técnicas adecuadas empleadas, esto, porque si bien es responsabilidad del perito presentar los resultados ante el funcionario para que sean correctamente interpretadas por él, es el juez quien en última instancia debe establecer la convicción que la misma le generó frente al hecho principal que se quiere probar”⁽⁴³⁾.

2.2. Analizar la coherencia interna y razonabilidad del dictamen pericial. Pues, el dictamen debe transmitir sus ideas con facilidad, claridad, lógica y con precisión debe ir refiriendo los temas objeto del dictamen con precisión y, sobre todo, debe contestar a las cuestiones que se han planteado, sin dejar cabos sueltos, pero tampoco extralimitándose, es decir, respondiendo a otros puntos que no son objeto de dictamen. Esto es lo que otorgará la congruencia del dictamen. Y es que si el mismo es incongruente, se abre también la oportunidad de que lo acabe siendo la misma sentencia. Siendo así, se deberían analizar los siguientes aspectos:

- a) El análisis de la pericia misma conforme a criterios lógico-deductivos, reforzando aspectos, ya tenidos en cuenta, de lógica

los cuales no pueden rehuir de un compromiso con la verdad (teoría del caso, estrategias de litigación oral, etc., no pueden ser ajenos a este compromiso)”.

(43) LIMAY CHÁVEZ, Raquel. “La prueba científica en el proceso penal”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 73, Gaceta Jurídica, Lima, julio de 2015, p. 187.

racional, de valoración probatoria, de argumentación y de análisis técnico-jurídicos;

- b) La plasmación clara en la resolución judicial del control del método y de su valoración racional, lo que comprende, entre otros extremos, la identificación de los extremos de la pericia y la justificación de la convicción judicial, la selección de la información relevante, la aplicación de técnicas de detección de errores o lagunas, el uso adecuado de la terminología, la coherencia y conclusividad del razonamiento⁽⁴⁴⁾.

2.3. Verificar la utilización de parámetros científicos de calidad. Aquí se debe observar que las *técnicas y teorías científicas* utilizadas para obtener datos y conclusiones han sido aplicadas previamente, son relevantes y están generalmente aceptadas por la comunidad científica internacional: para comprobar este extremo, el dictamen debería contener los siguientes puntos: i) mención de las publicaciones de calidad en las que habrían visto la luz esas técnicas y teorías para ser utilizadas, aunque se trate de manuales de la disciplina, si no existen esas publicaciones tan especializadas; ii) si no hay publicaciones, o bien el examen pericial es tan frecuente que no resulta necesario acreditarlo de ese modo, hay que justificar al menos que la técnica utilizada es de uso regular en la praxis científica, industrial o profesional; iii) además, es preciso que el perito haya descrito pormenorizadamente el procedimiento de análisis que llevó a cabo, así como que utilizó el instrumental especializado adecuado para el examen. De lo contrario, es posible que solamente citando publicaciones a mayor abundamiento, excluya explicar el *iter* técnico que le llevó a sus conclusiones⁽⁴⁵⁾.

Con ello, el perito enseña las entrañas de su dictamen, de manera que expone las herramientas que utilizó y cómo fueron usadas. De esa forma es posible contrastar su dictamen con el de otro perito. Sobre todo se posibilita de ese modo la práctica útil de un segundo dictamen pericial para comprobar el primero. El segundo perito podrá

(44) ABEL LLUCH, Xavier. "La prueba pericial". En: *La prueba pericial*. Xavier Abel Lluch y Joan Picó i Junoy (directores). Serie Estudios Prácticos sobre los Medios de Prueba, N° 3. J.M. Bosch, Barcelona, 2009, pp. 136 y 137.

(45) NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración de la prueba*. Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2010, p. 295.

así valorar críticamente las conclusiones de su compañero con conocimiento de causa. Y es que es posible que con la técnica llevada a cabo por el primer perito se obtengan unos resultados, y en cambio con otra alternativa los resultados sean distintos. Si los peritos no explican sus procedimientos e instrumentos, los resultados que expongan quedarán en el vacío, no sabiendo el juez a qué dictamen atender. Nos referimos a esta situación después⁽⁴⁶⁾.

También se debe observar que en la elaboración del dictamen y el uso de resultados estadísticos, las técnicas utilizadas se han aplicado según los estándares y normas de calidad vigentes, que el dictamen contenga información sobre el posible grado o nivel de error y también el nivel o graduación de variabilidad e incertidumbre de los datos obtenidos por la citada técnica o teoría científica, es decir, que el dictamen, cuando sea procedente, contenga información estadística contrastable sobre el acierto de sus resultados. El contraste puede ser aportado con publicaciones que contengan estudios sobre la misma técnica utilizada en el dictamen⁽⁴⁷⁾.

2.4. Constatar que el dictamen se base en suficientes hechos y datos protegidos mediante la cadena de custodia que correspondiere. De modo tal que el perito debe acreditar que su examen no fue ejecutado superficialmente, igualmente –en los casos que correspondan– que la recogida de muestras y evidencias fue realizada debidamente bajo una adecuada cadena de custodia. Como refiere Vásquez Rojas: “Un experto con buenas credenciales y que ha utilizado información independiente a los hechos del caso justificada, aún se puede equivocar durante su aplicación a los hechos del caso, y por ello es importante atender también a esta cuestión. Por ejemplo, habría que ver si se ha seguido y respetado la cadena de custodia correspondiente, si la información del caso tomada en cuenta es lo suficientemente completa, o incluso comparar qué ha hecho el experto en otros casos similares pasados con lo que ha hecho en el caso actual”⁽⁴⁸⁾.

(46) NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración de la prueba*. Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2010, p. 295.

(47) NIEVA FENOLL, Jordi. *Ibidem*, p. 296.

(48) VÁSQUEZ ROJAS, Carmen. “Los retos de las pruebas periciales a partir del nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales. Apuntes desde la epistemología jurídica”. En: *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*. N° 11, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; México D.F, 2017, p. 372.

Sobre la importancia de la cadena de custodia hablaremos en el siguiente acápite de nuestro trabajo.

IV. LA CADENA DE CUSTODIA DE MUESTRAS BIOLÓGICAS PARA LA REALIZACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL

Un tema importante, pero que no ha sido abordado en esta oportunidad por la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario materia de comentario, es el referido a la observancia de la cadena de custodia en la obtención de muestras biológicas de la escena del crimen, para que luego estas sin alteración alguna puedan ser sometidas a las pericias correspondientes, como por ejemplo la prueba de ADN.

Esto es significativo, particularmente en los delitos de violación sexual, puesto que en varios casos es posible hallar restos de semen, cabello o piel del agente, y que mediante la prueba de ADN, puede determinarse la identidad de dicho agente⁽⁴⁹⁾.

De esta perspectiva, la prueba de ADN (ácido desoxirribonucleico) es una prueba fundamental en muchos procesos penales, especialmente, cuando en la escena del crimen se encuentran fluidos corporales, como sangre, semen o saliva.

Sin embargo, dado el alto grado de convicción que se alcanza con el mapa de ADN, es necesario un control riguroso de la legalidad de la prueba, fundamentalmente en el momento de su recojo u obtención de la escena del crimen.

Este es un aspecto que debe tenerse muy en cuenta, pues en tanto es una prueba pericial, mediante la cual se aportan conocimientos

(49) Cuando nos referimos a la prueba en delitos de violación sexual estamos pensando en cómo se pueden acreditar en el acto del juicio, a través de los medios de prueba previstos legalmente, determinadas circunstancias y elementos que forman parte del supuesto de hecho del tipo penal, que contempla la supuesta actuación delictiva. Los agresores se procuran, con carácter general, y más aún en este ámbito de delitos contra la vida y la libertad sexual en las relaciones de pareja, de unas circunstancias en lo que respecta al lugar de comisión del hecho punible, en las que resulta muy difícil encontrarnos con pruebas más allá de la declaración de la víctima, de los parientes más cercanos o de la prueba pericial practicada con el consentimiento de la víctima. En este contexto, es fácil entender que las pruebas en violencia sexual, particularmente en el ámbito de la violencia intrafamiliar y de género, se circunscriben normalmente a la declaración de la víctima y de los parientes que convivan con ella y, finalmente, se resalta la enorme importancia que adquiere la prueba de ADN para identificar al agresor. En este sentido: IGLESIAS CANLE, Inés C. "La prueba en violencia sexual y en violencia de género: especial referencia a la prueba de ADN". En: *Revista da Faculdade de Direito*. N° 51, UFPR, Curitiba, 2010, p. 174.

científicos especializados, el juez suele limitarse a analizar la realidad de los datos externos que ofrece. Por lo que resulta importante, como ya se ha dicho, que por un lado, el juez valore las circunstancias en que se recogió la muestra, interrogando a quien se encargó de ello; verifique la preparación del perito y la calidad del laboratorio en el que se practicó el análisis; o evalúe si el procedimiento técnico empleado o el instrumental utilizado son aceptados por la comunidad científica en general⁽⁵⁰⁾.

Pero, por otro lado, también es imprescindible que verifique que se empleó correctamente la cadena de custodia, descartando la posibilidad de que los datos biológicos obtenidos fueron objeto de manipulaciones, que pudieran poner en duda la aptitud acreditativa de esta prueba científica.

La verificación de posibles fallas debe comprender todo el procedimiento, desde su inicio hasta su conclusión, incluyendo la recolección, toma de muestras, su aseguramiento, embalaje, etiquetado, traslado al laboratorio de criminalística, almacenamiento, aplicación del método científico, etc.

La fase de recogida de huellas o vestigios es de vital importancia para que la prueba pueda generar fiabilidad en el proceso. Y es que debe tenerse presente que la prueba comienza, precisamente, con la recogida de vestigios biológicos en la escena del crimen y con la explotación del cuerpo de la víctima. Es evidente que, pese al potencial de la prueba, el estado en el que llegan los vestigios biológicos al laboratorio es crucial: si los vestigios no han sido bien recogidos o conservados (por ejemplo, porque han sido contaminados por un ADN extraño) la posibilidad y el rendimiento del análisis se reduce. Por eso la recogida de indicios ha de hacerse con sumo cuidado, y el mantenimiento de la cadena de custodia es fundamental para que los indicios no pierdan su valor probatorio⁽⁵¹⁾.

La cadena de custodia es un sistema documentado que se aplica a los elementos materiales probatorios y a la evidencia física, por las

(50) NIEVA FENOLL, Jordi. "Algunas sugerencias acerca de la práctica y valoración de la prueba del perfil de ADN". En: *Prueba y proceso judicial*. Renzo Cavani y Vitor de Paula Ramos (coordinadores). Instituto Pacífico, Lima, 2015, p. 250.

(51) GASCÓN ABELLÁN, Marina. "Validez y valor de las pruebas científicas: la prueba del ADN". En: <<http://www.uv.es/cefd/15/gascon.pdf>> consulta: 12/08/2016.

personas responsables del manejo de los mismos, desde el momento en que se encuentran o aportan a la investigación hasta su disposición final, lo que permite no solo garantizar su autenticidad sino demostrar que se han aplicado procedimientos estandarizados para asegurar las condiciones de identidad, integridad, preservación, seguridad, continuidad y registro⁽⁵²⁾.

En la doctrina nacional, San Martín Castro señala que la cadena de custodia es aquel procedimiento de registro y control que tiene por finalidad garantizar la integridad, conservación e inalterabilidad de los elementos materiales de prueba tales como documentos, armas blancas y de fuego, muestras orgánicas e inorgánicas, proyectiles, vainas, huellas dactilares, etc., desde el momento de su hallazgo en la escena del crimen, considerando su derivación a los laboratorios criminalísticos forenses donde serán analizados por parte de los expertos, técnicos o científicos, y hasta que son acompañados y valorados como elementos de convicción (en rigor, actos de prueba) en la audiencia del juicio oral⁽⁵³⁾.

La cadena de custodia es propiamente un sistema de control que permite registrar, de manera cierta y detallada, cada paso que sigue el cuerpo del delito encontrado en el lugar de los hechos (recolección, incorporación –utilización de embalajes adecuados–, rotulación, etiquetamiento –con identificación del funcionario responsable y referencias sobre el acto de hallazgo, ocupación e incautación–, traslado, almacenamiento, conservación, administración y destino final), de suerte que proporciona un conocimiento efectivo del flujograma que ha seguido el bien, cosa u objeto a través de los diferentes sistemas (policial, fiscal, laboratorio criminalístico, Instituto de Medicina Legal, u otros entes públicos o privados) hasta llegar a las instancias judiciales⁽⁵⁴⁾.

-
- (52) ROMERO GUERRA, Ana Pamela. “La prueba pericial en el sistema acusatorio”. En: *Iter Criminis*. N° 6, Inacipe, México D.F., noviembre-diciembre, 2008, p. 202. Similarmente GONZÁLEZ NAVARRO, Antonio Luis. *La prueba en el sistema penal acusatorio*. Leyer, Bogotá, 2011, p. 188, cuando señala que: “La cadena de custodia puede definirse como el conjunto de medidas diseñadas con el fin de preservar la identidad o integridad de los elementos materiales probatorios o evidencia física, que pueden conducir a la demostración de una eventual conducta punible y la responsabilidad del procesado; también como el mecanismo que asegura que aquellos no hayan sido alterados o cambiados por otros, al momento de practicar sobre ellos una pericia o un reconocimiento, asimismo, para asegurar su poder demostrativo”.
- (53) SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal. Lecciones*. Fondo editorial del INPECCP y CENALES, Lima, 2015, p. 346.
- (54) SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal. Lecciones*. Fondo editorial del INPECCP y CENALES, Lima, 2015, p. 346.

De ahí que se exija que, en la inspección técnico-policia, en la escena del crimen y sobre los objetos relacionados con el hecho delictivo, participen profesionales de criminalística de especial cualificación técnica, ya que es necesario aplicar métodos de investigación científica.

En definitiva, el juez debe verificar si se realizó con las garantías de autenticidad, integridad y máxima preservación; con mayor razón si se trata de vestigios biológicos que, por su propia naturaleza, están sometidos a un importante riesgo de contaminación, deterioro y pérdida.

Cabe precisar que la forma de llevar las conclusiones de la práctica de la prueba a la vista oral es mediante la confección de un informe pericial, donde se establezca que, en efecto, se garantizó la cadena de custodia, de modo que se asegure que aquello que se presenta ante los tribunales como evidencia es lo mismo que se encontró en la escena del crimen⁽⁵⁵⁾.

Por otra parte es evidente que la validez de la prueba dependerá también de su **correcta realización**: por personal cualificado, siguiendo los protocolos correctos y prestando atención escrupulosa a las técnicas de asepsia para evitar las contaminaciones durante el trabajo, etc. La regla aquí debería ser: “cuanto mayor es la expectativa de valor probatorio depositado en una prueba, más rigurosos deben ser los controles de realización de la misma”. A este respecto es muy importante la **estandarización**, tanto de los laboratorios (superación de controles de calidad internos y externos) como de la realización misma de la prueba. Con referencia a esto último, por ejemplo, se requieren protocolos distintos para la extracción del ADN dependiendo del tipo de **vestigio** e incluso del **soporte** y del lugar en que se encuentre, de la microflora acompañante, etc.⁽⁵⁶⁾.

Un aspecto que necesariamente debemos mencionar es el referido a la valoración de la prueba científica y su peso en la valoración de los hechos principales⁽⁵⁷⁾. Es responsabilidad de los peritos presentar

(55) Cfr. CARRO FERNÁNDEZ, José Roberto. *La prueba de ADN*. Universidad de Valladolid, Valladolid, 2015, p. 9.

(56) GASCÓN ABELLÁN, Marina. “Validez y valor de las pruebas científicas: la prueba del ADN”. En: <<http://www.uv.es/cefd/15/gascon.pdf>> consulta: 07/03/2017.

(57) Sobre este tema, seguimos el planteamiento de GASCÓN ABELLÁN, Marina. “Validez y valor de las pruebas científicas: la prueba del ADN”. En: <<http://www.uv.es/cefd/15/gascon.pdf>> consulta: 07/03/2017.

el resultado de forma que pueda ser correctamente interpretado por el juez, lo que plantea los típicos problemas de la introducción de las matemáticas en el proceso. Y es responsabilidad del juez interpretar esos resultados correctamente y atribuirles un determinado peso en la formación de su convicción sobre el hecho principal; y para ello ha de tener en cuenta: a) el valor estadístico de la prueba; b) la existencia de otras pruebas o indicios; y sobre todo c) la relación de la prueba con el hecho principal que se pretende probar.

Este último aspecto es particularmente importante. 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⁽⁵⁸⁾.

Estamos en el primer supuesto, por ejemplo, cuando en el proceso por un delito de violación 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 de (o excluye, según sea el caso) la culpabilidad del acusado.

Estamos, en cambio, en el segundo supuesto, por ejemplo, cuando en el proceso por un delito de homicidio la prueba de ADN de unos cabellos encontrados en el escenario 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 el escenario del crimen; pero no prueba ni que estuviera en el momento en que este se cometió ni que fuera él quien lo hizo. El resultado de la prueba de ADN (que el acusado estuvo en el escenario del crimen) no es más que un indicio de la culpabilidad del acusado. Para probar que el acusado es culpable se necesitan otros indicios o pruebas⁽⁵⁹⁾.

(58) Ídem.

(59) GASCÓN ABELLÁN, Marina. "Validez y valor de las pruebas científicas: la prueba del ADN". En: <<http://www.uv.es/cefd/15/gascon.pdf>> consulta: 07/03/2017.

V. BIBLIOGRAFÍA

1. ABEL LLUCH, Xavier. *Derecho probatorio*. J.M. Bosch, Barcelona, 2012.
2. ABEL LLUCH, Xavier. “La prueba pericial”. En: *La prueba pericial*. Serie Estudios Prácticos sobre los Medios de Prueba, N° 3. Xavier Abel Lluch y Joan Picó i Junoy (Directores). J.M. Bosch, Barcelona, 2009.
3. BENAVENTE CHORRES, Heshbert. “La valoración de la prueba pericial en los delitos sexuales. Comentarios al Acuerdo Plenario N° 4-2015/CIJ-2016”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 86, Gaceta Jurídica, Lima, agosto de 2016.
4. CARRO FERNÁNDEZ, José Roberto. *La prueba de ADN*. Universidad de Valladolid, Valladolid, 2015.
5. CHAIA, Rubén. *La prueba en el proceso penal*. Hammurabi, Buenos Aires, 2010.
6. CLIMENT DURÁN, Carlos. *La prueba penal*. Tomo I, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
7. DUCE, Mauricio. “La prueba pericial y su admisibilidad a juicio oral en el nuevo proceso penal”. En: *Revista Procesal Penal*. N° 35, Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2005.
8. ESPINOZA RAMOS, Benji. “La prueba pericial en el nuevo Código Procesal Penal”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 62, Gaceta Jurídica, Lima, agosto de 2014.
9. GASCÓN ABELLÁN, Marina. “Prueba científica: mitos y paradigmas”. En: *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*. N° 44, Universidad de Granada, Granada, 2010.
10. GASCÓN ABELLÁN, Marina. “Validez y valor de las pruebas científicas: la prueba del ADN”. En: <<http://www.uv.es/cefd/15/gascon.pdf>> consulta: 12/03/2017.
11. GONZÁLEZ NAVARRO, Antonio Luis. *La prueba en el sistema penal acusatorio*. Leyer, Bogotá, 2011.
12. IGLESIAS CANLE, Inés C. “La prueba en violencia sexual y en violencia de género: especial referencia a la prueba de ADN”. En: *Revista da Faculdade de Direito*. N° 51, UFPR, Curitiba, 2010.
13. LIMAY CHÁVEZ, Raquel. “La prueba científica en el proceso penal”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 73, Gaceta Jurídica, Lima, julio de 2015.
14. NEYRA FLORES, José Antonio. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo II, Idemsa, Lima, 2015.

15. NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración de la prueba*. Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2010.
16. ORÉ GUARDIA, Arsenio. *Derecho Procesal Penal peruano. Análisis y comentarios al Código Procesal Penal*. Tomo II, Gaceta Jurídica, Lima, 2016.
17. PABÓN PARRA, Pedro Alfonso. *La prueba pericial. Sistema acusatorio. Partes general y especial*. 2ª edición, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 2015.
18. ROMERO GUERRA, Ana Pamela. “La prueba pericial en el sistema acusatorio”. En: *Iter Criminis*. N° 6, Inacipe, México D.F., noviembre-diciembre, 2008.
19. SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal. Lecciones*. Fondo editorial del INPECCP y CENALES, Lima, 2015.
20. TABOADA PILCO, Giammpol. “Los Acuerdos Plenarios de la Corte Suprema y su vinculación (ideológica) como doctrina y no como jurisprudencia”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 42. Gaceta Jurídica, Lima, diciembre de 2012.
21. TARUFFO, Michele. *La prueba*. Traducción de Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán. Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008.
22. VÁSQUEZ ROJAS, Carmen. “Los retos de las pruebas periciales a partir del nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales. Apuntes desde la epistemología jurídica”. En: *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*. N° 11, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; México D.F, 2017.

Probabilidades y fuerza probatoria en los delitos de violación sexual de menores de edad

Eliu ARISMENDIZ AMAYA^(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. De los aspectos sustantivos. 1. De la ubicación sistemática de las figuras delictivas contra la libertad sexual de menores de edad. 2. De los delitos de violación sexual de menores de edad en el Código Penal. 3. Estructura típica del delito de violación sexual de menor de edad y su forma agravada. 4. Tipicidad subjetiva. III. Aspectos generales sobre la actividad probatoria en el nuevo proceso penal. 1. La prueba. 2. El desarrollo de la actividad probatoria. 3. De lo que no se prueba en el proceso penal. 4. De lo que se prueba en el proceso penal. IV. De la valoración de la prueba en los delitos de violación sexual de menores de edad. 1. Del sistema de libre valoración. 2. De los modelos de probabilidades. 3. De la acreditación del hecho constitutivo en los delitos de violación sexual de menores de edad. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo desarrolla un tema de especial interés en el sistema jurídico-penal, esto es, la valoración de la actividad probatoria en los delitos de violación sexual de menores de edad, cuyo tratamiento se encuentra enlazado a determinados criterios de probabilidades y fuerza probatoria respecto de los medios de prueba de cargo y descargo.

En ese sentido, se analizarán aspectos sustantivos y procesales. Respecto al primero, se indica la ubicación sistemática de las figuras delictivas contra la libertad sexual de menores de edad en el Código

(*) Fiscal adjunto provincial penal del Distrito Fiscal de Lambayeque.

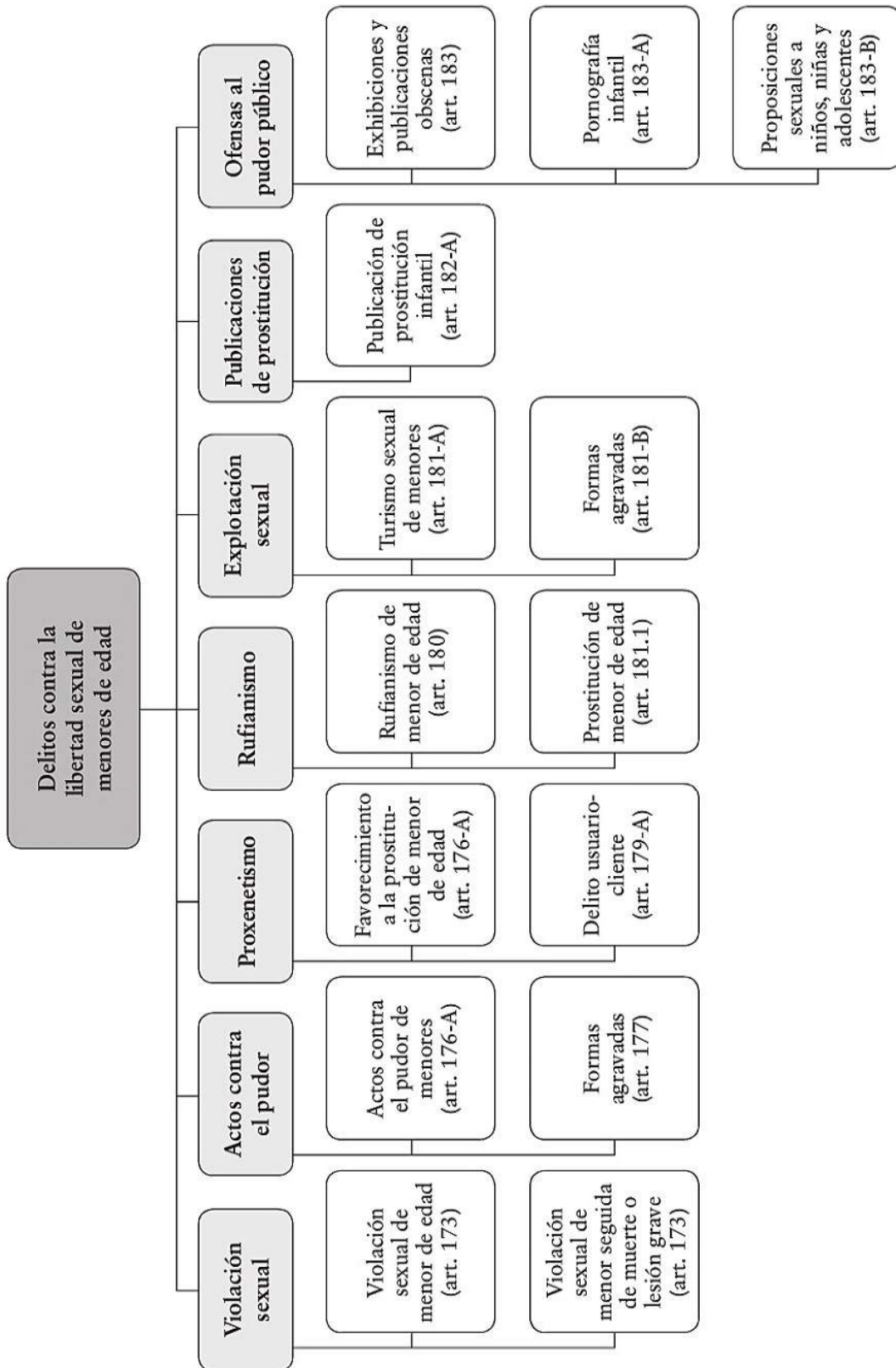
Penal. De la misma forma se realiza un estudio, según las técnicas de tipificación, de los tipos penales previstos en los artículos 173 y 173-A del Código Penal. Por otro lado, respecto al sistema procesal, se tratan aspectos generales sobre la actividad probatoria en el nuevo proceso penal, esto es, concepto de prueba, la temática respecto a los hechos constitutivos y hechos impeditivos; de la misma forma, se analiza la valoración de la prueba en los delitos de violación sexual de menores de edad, según el sistema de libre valoración y los modelos de probabilidades, es decir, el modelo matemático-estadístico y el modelo inductivo. Finalmente, se concluye con la operativización del sistema de probabilidades y de fuerza probatoria, analizando determinada casuística respecto a las hipótesis de la defensa técnica y del Ministerio Público.

II. DE LOS ASPECTOS SUSTANTIVOS

1. De la ubicación sistemática de las figuras delictivas contra la libertad sexual de menores de edad

La parte especial del Código Penal vigente regula diversas formas delictuales vinculadas a la libertad e indemnidad sexual de menores de edad, figuras delictivas que albergan severos castigos punitivos. En ese sentido, se advierte la preocupación del legislador peruano orientada a proteger el aspecto sexual de los menores de edad, por cuanto involucra bienes jurídicos concomitantes a la esencia del ser humano, comprometiendo el desarrollo y eficacia de su proyecto de vida social.

A continuación se presenta el esquema respecto a las figuras delictuales vinculadas con menores de edad, según la esquemática de nuestro Código Penal vigente:



De la misma forma, por la misma naturaleza del trabajo, a continuación analizaremos dos figuras delictuales previstas en los artículos 173 y 173-A, referidos al delito de violación sexual de menores de edad.

2. De los delitos de violación sexual de menores de edad en el Código Penal

Nuestro Código Penal vigente, respecto a los delitos de violación sexual de menores de edad, tiene dos figuras de intensa relevancia por el nivel de reprochabilidad jurídico-social. Nos referimos a dos figuras delictuales: **i)** el delito de violación sexual en menor, previsto en el artículo 173 del CP; y **ii)** el delito de violación sexual de menor de edad seguido de muerte o lesión grave, registrado en el artículo 173-A del CP.

3. Estructura típica del delito de violación sexual de menor de edad y su forma agravada

La estructura típica del delito de violación sexual en menor y su forma agravada, según las reglas de las técnicas de tipificación responde al siguiente orden:

- i) Tipicidad objetiva.** Presenta fundamentalmente tres categorías: **a)** elementos referentes a los sujetos; **b)** elementos referentes a la conducta; y **c)** elementos concomitantes.
- ii) Tipicidad subjetiva.-** Referida exclusivamente a un accionar de comisión dolosa.

3.1. Tipicidad objetiva

3.1.1. Elementos referentes al sujeto

Respecto al sujeto activo, esto es, el sujeto que realiza la conducta (por sí, por medio de otro o conjuntamente con otro), se trata de un delito común, tanto desde el punto de vista formal y material. Desde la óptica formal, el legislador recurre a la técnica descriptiva, usando un pronombre impersonal: “el que”, que significa que cualquier persona, sea hombre o mujer, puede cometer el citado delito.

Desde el punto de vista material se advierte que la estructura típica no contiene fuentes generadoras de deber, es decir, no existe un deber especial o institución cualificada que vincule al sujeto activo como tal y de esta manera restringir el radio de autores.

Finalmente, es necesario precisar que la parte final del artículo 173 del Código Penal registra, por técnica de tipificación, una **circunstancia agravante específica**⁽¹⁾, la cual intensifica el nivel de reprochabilidad, por cuanto el legislador castiga al autor con pena de cadena perpetua. Esta circunstancia agravante específica es entendida como “**posición**”, “**cargo**” o “**vínculo familiar**”, es decir, se tratarían de supuestos definidos por instituciones legales como, por ejemplo, curadores, tutores, administradores, familiares u otra condición similar, que le dé particular autoridad sobre el menor agraviado, o le impulse a depositar en él su confianza. De ninguna manera, las mencionadas circunstancias convierten al delito en un delito de infracción de deber o delito especial, por cuanto están ligadas únicamente al nivel penológico y no así al supuesto de hecho.

Con relación al artículo 173-A del Código Penal, dicha figura también resulta ser un delito común, empero, contiene una técnica de remisión, es decir, sus presupuestos están ligados al artículo 173 del citado cuerpo legal, con el agregado de dos elementos descriptivos: violación sexual seguida de muerte o lesión grave, situación que se constituye en una modalidad agravada del supuesto de hecho base previsto en el artículo 173 del Código Penal.

(1) Aparecen registradas en ciertos tipos penales de la parte especial, estas circunstancias generan los denominados **tipos penales circunstanciados**, los cuales resultan ser tipos penales que contienen modificaciones fijas o a escala de la pena prevista en el tipo básico, sea para agravarla o atenuarla en virtud de la concurrencia adicional de ciertos factores materiales o personales adicionales de carácter secundario o complementario. Cfr. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. *Derecho Penal. Parte general. Teoría del delito y de la pena*. Volumen II, Ibáñez, Bogotá, 2012, p. 907. Estas circunstancias pueden ser **agravantes y atenuantes específicas**, dichas circunstancias funcionan operativamente como indicadores de medición exclusiva de la pena en cada caso concreto; en ese orden de ideas, respecto a **tipos penales con agravantes específicas**, tenemos el delito de robo con agravantes previsto en el artículo 189, el mismo que mantiene conexión funcional con el tipo penal base de robo, previsto en el artículo 188 del Código Penal peruano, en este tipo penal advertimos, circunstancias agravantes de diversos niveles o grados, específicamente tres niveles, los cuales aparecen como escalas punitivas que intensifican la penalidad por la intensidad del reproche jurídico penal en mérito al accionar de los intervinientes, según el caso concreto, de la misma manera tenemos los artículos 186 respecto al delito de hurto con agravante, tipo penal que tiene como referencia conexa el tipo penal base de hurto previsto en el artículo 185 del Código Penal, de la misma forma es necesario precisar que existen tipos penales que en su misma estructura tienen el supuesto básico y la circunstancia agravante específica, como, por ejemplo, el delito de secuestro previsto en el artículo 152 del citado cuerpo legal. Respecto a los **tipos penales con atenuantes específicas**, tenemos al delito de tráfico ilícito de drogas en su modalidad de microcomercialización, previsto en el artículo 298 del Código Penal, delito que tiene como tipo base el delito de promoción o favorecimiento al tráfico ilícito de drogas previsto en el artículo 296 del aludido cuerpo normativo, en ese contexto, las circunstancias atenuantes específicas operan inversamente a los tipos penales con circunstancias agravantes específicas, por cuanto en estos tipos penales la determinación de la pena se dirige hacia el extremo mínimo. Cfr. PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. *Consecuencias jurídicas del delito. Giro punitivo y nuevo marco legal*. Idemsa, Lima, 2016, pp. 234-235.

Respecto al sujeto pasivo, puede ser cualquier persona, esto es, hombre o mujer, que tenga menos de catorce años.

3.1.2. Elementos referentes a la conducta

En este rubro, por técnica de tipificación, se deberán considerar dos indicadores: i) la clase de delito; y ii) la forma de ejecución. Estas dos figuras se analizan a continuación:

- a. **Respecto a la clase de delito.** El delito de violación sexual de menor y su manifestación agravada por violación seguida de muerte o lesión grave, resultan ser delitos de resultado⁽²⁾. No son delitos de propia mano⁽³⁾, por cuanto los elementos descriptivos del tipo penal no exigen un accionar personalísimo por el sujeto activo. Además, no exigen únicamente la introducción de objetos biológicos (pene, vagina), sino también cualquier otro tipo de objeto inorgánico (lapiceros, botellas, etc.), lo cual advierte un rotundo desprendimiento del criterio biológico entre el autor y la víctima, criterios indispensables en los delitos de propia mano. La consecuencia de concebir al delito aludido como delito de resultado trae consigo la admisión de los diversos elementos de ampliación del tipo penal, esto es, admitir las diversas formas de autoría y participación, y de admite la tentativa.
- b. **Respecto a la forma de ejecución.** Los tipos penales analizados pueden cometerse tanto por acción como por omisión. El delito de violación sexual de menor de edad, en un plano naturalístico, por su propia contextura literal, exige un “hacer”, es decir, el sujeto activo deberá desplegar una conducta activa para acceder carnalmente a su víctima mediante la introducción de objetos o partes del cuerpo, ya sea vía vaginal,

(2) Delito de resultado, se entiende aquellos tipos en los que el resultado consiste en una consecuencia de lesión o de puesta en peligro separada espacial y temporalmente de la acción del autor, ejemplo el homicidio. En cambio, son delitos de mera actividad aquellos en los que la realización del tipo coincide con el último acto de la acción y por tanto no se produce un resultado separable de ella, ejemplo el delito de allanamiento de morada. Véase. ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte general. Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Civitas, Madrid, 1997, p. 328.

(3) Los delitos de propia mano, según Castillo Alva, citando a Jescheck, “presuponen un acto de ejecución corporal o al menos personal, como el delito de conducción en estado de ebriedad, la prevaricación, la bigamia o el delito de falso testimonio”. Véase. CASTILLO ALVA, José Luis. *La violación sexual en el Derecho Penal peruano*. Jurista Editores, Lima, 2001, p. 109.

anal o bucal, conforme lo exige el artículo 173 y 173-A del Código Penal. También es perfectamente posible sustentar dicha figura por omisión, específicamente, por omisión impropia, según señala el artículo 13 del citado cuerpo legal; para ello, se deberán identificar los presupuestos de dicha categoría, esto es, el actuar precedente, contrato o ley, según las peculiaridades del caso específico. En este extremo, es menester indicar que la circunstancia agravante específica prevista en la parte final del artículo 173 implica la existencia de una fuente generadora del deber o institución en razón de la cualificación del sujeto activo. En este caso, por la misma normativización del deber, se deberá recurrir a los lineamientos de la teoría de infracción de deber, esto es, que la lesión al deber especial impuesto en el autor justifica la autoría o, en su defecto, el injusto penal, según la postura que se adopte.

3.1.3. Elementos concomitantes

Según las técnicas de tipificación, se advierten tres puntos en este rubro: **i)** elementos descriptivos y normativos; **ii)** bien jurídico; y **iii)** imputación objetiva. A continuación, analizaremos brevemente cada uno de ellos:

- a. **Elementos descriptivos y normativos.** Los elementos descriptivos permiten una definición del tipo penal en forma concluyente, excluyendo el criterio de valoración del juez, es decir, son conceptos que pueden ser tomados por igual del lenguaje diario o de la terminología jurídica con la finalidad de describir objetos del mundo real. En ese sentido, respecto al delito de violación sexual de menor de edad, tenemos términos orgánicos y materiales: “vagina”, “ano”, “boca”, “partes del cuerpo”, “objetos”, etc.; de la misma forma se advierte como elemento descriptivo determinante la edad, esto es: “menos de diez años”, “entre diez y menos de catorce años”.

Los elementos normativos son aquellos instrumentos legales a través de los cuales el juez de manera expresa o tácita, realiza una valoración de los conceptos existentes recurriendo a los métodos de interpretación vigentes, es decir, son aquellos conceptos aludidos en la descripción típica que requieren de una complementación valorativa de naturaleza jurídica o social.

En ese contexto, en el delito materia de análisis, el juez recurre a las valoraciones lógicas de un deber general de “no lesionar”, las cuales no se encuentran expresamente señaladas en los artículos 173 y 173-A, sin embargo, de manera general están presentes como parte de las normas prohibitivas dadas en sociedad.

b. El bien jurídico tutelado

El bien jurídico en estas dos figuras delictuales, previstas en el artículos 173 y 173-A del Código Penal, resulta ser la indemnidad o intangibilidad sexual, la cual es entendida, según Salinas Siccha, “como protección del desarrollo normal en el ámbito sexual de quienes aún no han alcanzado el grado de madurez suficiente para ello como sucede con los menores de edad, así como la protección de quienes debido a anomalías psíquicas, grave alteración de la conciencia o retardo mental carecen de capacidad para llegar a tomar conciencia del alcance y significado de una relación sexual”⁽⁴⁾.

En términos similares, el Recurso de Nulidad N° 63-2004-La Libertad estableció lo siguiente: “(...) el bien jurídico protegido es la intangibilidad o indemnidad sexual, ya que como reconoce la doctrina penal: ‘El caso de menores, el ejercicio de sexualidad con ellos se prohíbe en la medida en que puede afectar al desarrollo de su personalidad y producir en ella alteraciones importantes que incidan en su vida o en su equilibrio psíquico en el futuro. De allí que para la realización del tipo penal no entre en consideración el consentimiento del menor, pues este carece de validez, configurándose una presunción *iuris et de iure* de la incapacidad de los menores para consentir válidamente’”⁽⁵⁾.

c. Imputación objetiva

La teoría de la imputación objetiva fue ideada por Larenz para el Derecho Civil con la finalidad de **excluir** la responsabilidad

(4) SALINAS SICCHA, Ramiro. *Derecho Penal. Parte especial*. Idemsa, Lima, 2004, p. 569.

(5) AVALOS RODRÍGUEZ, Constante y ROBLES BRICEÑO, Mery. *Modernas tendencias de la dogmática en la jurisprudencia penal de la Corte Suprema*. Gaceta Jurídica, Lima, 2005, p. 243 y ss.; PENA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Los delitos sexuales. Análisis dogmático, jurisprudencial y criminológico*. Ideas Solución, Lima, 2014, p. 286.

por daños imprevisibles⁽⁶⁾. En 1930, Honig la propone para el Derecho Penal pretendiendo **restringir** de modo objetivo el concepto ilimitadamente objetivista del tipo penal, en aquel momento imperante en la teoría causalista⁽⁷⁾. Posteriormente, ante las falencias de una desmedida causalidad frente al delito imprudente, irán surgiendo diversos criterios, que en 1970 serán agrupados por Roxin, concretizándolos en una conocida fórmula: “la imputación al tipo objetivo presupone la realización de un peligro creado por el autor y no cubierto por un riesgo permitido dentro del alcance del tipo penal”⁽⁸⁾; en ese contexto, la imputación objetiva requiere los siguientes presupuestos: i) la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, y ii) que el riesgo desaprobado debe estar vinculado al resultado lesivo. Después de verificar los dos principios fundamentales de la imputación objetiva (creación de un riesgo desaprobado y que el resultado lesivo responde a la creación del riesgo desaprobado –nexo causal–), se deberán analizar los niveles de imputación objetiva según el caso concreto:

- **Imputación objetiva de la conducta**⁽⁹⁾. En este supuesto, la creación del riesgo debe apreciarse *ex ante* al resultado lesivo.
- **Imputación objetiva del resultado**⁽¹⁰⁾. La realización del resultado conjuntamente con la relación de causalidad se verifican *ex post*.

(6) MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho Penal”. En: *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y la Criminología*. Madrid, 2001, p. 404.

(7) HIRSCH, Hans-Joachim. “Acerca de la imputación objetiva”. En: *Nueva Doctrina Penal*. 1998, p. 88.

(8) ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general*. Tomo I, 1ª reimposición, Civitas, Madrid, 2000, p. 364.

(9) Criterios que excluyen la imputación objetiva de la conducta:

1. **Riesgo permitido**. El peligro creado por el sujeto activo debe ser un riesgo típicamente relevante y no debe estar comprendido dentro del ámbito del riesgo permitido o riesgo socialmente adecuado.
2. **Disminución del riesgo prohibido**. El sujeto con su accionar procura que el riesgo prohibido no se produzca, no logrando tal finalidad empero de todos modos se lesiona el bien jurídico pero en menor proporción.
3. **Riesgo insignificante**. El riesgo creado es insignificante o fútil para lesionar el bien jurídico.
4. **Principio de confianza**. El sujeto actúa confiando que los demás actuarán en el cumplimiento de sus deberes.
5. **Prohibición de regreso**. Se trata de conductas neutrales o conforme a Derecho que participan en un hecho delictivo.
6. **Autopuesta en peligro de la propia víctima**. Cuando la misma víctima aumenta su propio riesgo, con el cual resulta lesionada.

(10) Criterios que excluyen la imputación objetiva del resultado:

4. Tipicidad subjetiva

El delito de violación sexual de menor de edad, en su forma simple o agravada, se comete únicamente mediante comisión dolosa, es decir, el autor actúa con conocimiento y voluntad en su accionar. No se admite la figura culposa o imprudente en razón de que por técnica de tipificación la culpa es expresa, conforme lo señala el artículo 12⁽¹¹⁾ del Código Penal; siendo así, la descripción típica de los artículos 173 y 173-A del Código Penal no admite dicha descripción culposa.

III. ASPECTOS GENERALES SOBRE LA ACTIVIDAD PROBATORIA EN EL NUEVO PROCESO PENAL

Por la misma naturaleza del trabajo presentamos algunas generalidades vinculadas a la actividad probatoria; en ese sentido, la prueba, como categoría procesal, resulta ser la columna central en el proceso penal por cuanto de ella depende la absolución o condena del imputado. En ese contexto, la prueba presenta una dinámica constante⁽¹²⁾ que obliga a los sujetos procesales a tener una participación activa en el proceso en razón de la dialéctica⁽¹³⁾ de las diversas teorías del caso.

-
1. **Relación de riesgos.** Denominado también concurrencia de riesgos, se trata cuando el autor crea un riesgo jurídicamente desaprobado lesionado el bien jurídico, empero también a dicho riesgo desaprobado concurre otro riesgo generado por la misma víctima o por factores externos, ante ello el autor no es responsable.
 2. **Protección de la norma.** Las conductas lesivas deberán estar detalladas como prohibidas por la ley penal, en este caso si existe un hecho que no esté protegido por la norma, el hecho no es imputable al autor.
 3. **Imputación objetiva por producto defectuoso.** Aparece cuando las empresas sacan productos al mercado, los mismos que han ser comercializados resulta ser afectados por factores externos, en este caso no existe imputación del resultado.
 4. **Cumplimiento de deberes de función o profesión.** En este caso se trata que el sujeto activo su accionar se encuentra amparado por una norma extrapenal previamente establecida, no generando de esta manera un riesgo jurídicamente desaprobado sino su accionar es conforme a derecho, por lo tanto no se trata de una causa de justificación sino que su accionar no es típico.
 5. **Obrar por disposición de la ley.** El autor actúa bajo la existencia de una norma preceptiva (orden), mas no bajo una norma permisiva, razón por la cual no se trata de una causa de justificación sino de un accionar que no genera un riesgo prohibido, convirtiendo el hecho en atípico.
 6. **El consentimiento.** En este caso el mismo titular del bien jurídico permite por propia voluntad, que terceras personas lesionen sus bienes jurídicos. Este presupuesto solo funciona en la medida que el bien jurídico constituya un bien jurídico de libre disponibilidad.
- (11) Artículo 12.- "(...) El agente de infracción culposa es punible en los casos expresamente establecidos por la ley".
- (12) La prueba es la actividad desplegada generalmente por las partes y excepcionalmente de oficio por el juez, cuya finalidad es verificar las afirmaciones sobre los hechos aportados. Véase QUIROZ SALAZAR, William. *La prueba del dolo en el proceso acusatorio garantista*. Ideas Solución, Lima, 2014, p. 146 y ss.
- (13) El término adquiere un significado no circunscrito al ámbito de la retórica gracias, fundamentalmente, a los escritos del filósofo alemán G.W.F. Hegel. En la época que escribe una de sus grandes obras

En las líneas siguientes, esbozaremos, conforme lo hemos manifestado en otra oportunidad⁽¹⁴⁾, algunos argumentos teóricos que servirán de fundamento para la parte final del presente trabajo, respecto a la prueba y su valoración en los delitos de violación sexual de menores de edad.

1. La prueba

Etimológicamente, el término prueba proviene del latín *probatio probatinis*, el cual deriva del vocablo *probus* que significa bueno; en ese sentido, podemos entender que “lo que resulta ser probado es bueno”, razón por la cual probar consiste en verificar o demostrar la autenticidad de una cosa. Asimismo, prueba es aquello que confirma o desvirtúa una hipótesis o afirmación precedente en el proceso⁽¹⁵⁾.

Es necesario indicar que la actividad probatoria aparece vinculada al modelo constitucional vigente; en ese sentido, nuestro Tribunal Constitucional, en el Expediente N° 010-2002-AI/TC, sostuvo que el derecho a la prueba goza de protección constitucional, pues se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139, inciso 3 de la Constitución. En términos similares, la STC Exp. N° 6712-2005-HC/TC señala que existe un derecho constitucional a probar orientado por los fines propios de la observancia o tutela del derecho al debido proceso⁽¹⁶⁾.

(*Fenomenología del espíritu*, 1808), el mundo parece haberse puesto en movimiento, transformando de forma visible lo que había durado siglos. De manera más esquemática puede definirse la dialéctica como el discurso en el que se contraponen una determinada concepción o tradición, entendida como tesis, y la muestra de los problemas y contradicciones, entendida como antítesis. De esta confrontación surge, en un tercer momento llamado síntesis, una resolución o una nueva comprensión del problema. Este esquema general puede concretarse como la contraposición entre concepto y cosa en la teoría del conocimiento, a la contraposición entre los diferentes participantes en una discusión y a contraposiciones reales en la naturaleza o en la sociedad, entre otras.

(14) Cfr. ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. “La prueba en el delito de colusión bajo las reglas del Código Procesal Penal de 2004”. En: *La prueba en el proceso penal*. Instituto Pacífico, Lima, 2015, p.117 y ss.

(15) NEYRA FLORES. José Antonio. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo II, Idemsa, Lima, 2015, p. 200 y ss.

(16) En ese sentido, se viene afirmando, el derecho a probar es un componente elemental del derecho al debido proceso, que faculta a los justiciables a postular los medios probatorios que justifiquen sus afirmaciones en un proceso o procedimiento, dentro de los límites y alcances que la Constitución y la ley establecen. Véase TALAVERA ELGUERA, Pablo. *La prueba en el proceso penal. Manual de Derecho probatorio y de la valorización de las pruebas en el proceso penal común*. Academia de la Magistratura, Lima, 2009, p. 22 y ss.

2. El desarrollo de la actividad probatoria

La actividad probatoria, responde a un conjunto de principios⁽¹⁷⁾, categorías⁽¹⁸⁾ y reglas de integración y de valoración del hecho

- (17) Dentro de los principales principios tenemos:
- Principio legalidad y legitimidad de la actividad probatoria.**- Este principio asume una relación binomial inseparable entre la ley procesal y la Constitución Política, esto significa que la actuación probatoria –respecto a su legalidad– no queda a criterio de los sujetos procesales, sino que la prueba se actúa bajo las reglas expresas del Código Procesal Penal. Respecto a su legitimidad, solo será admitida y valorada si ha sido obtenida e incorporada al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo, razón por la cual carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona y que la inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio; véase: Exp. N° 2333-2004-HC/TC.
 - Principio de libertad probatoria.** Este principio se encuentra regulado en el inciso 1 del artículo 157 del Código Procesal Penal, esto implica la existencia de medios de prueba típicos y atípicos, los primeros que están establecidos expresamente en la ley procesal penal y los segundos utilizados según el criterio de los sujetos procesales respecto a su propia teoría del caso, pero este último criterio no puede ser absoluto, sino que la actividad probatoria atípica deberá estar influida sin lesionar derechos fundamentales. Además de ello este principio tiene dos aspectos: **libertad de medios de prueba** y **libertad de objeto**. El primero significa que la ley no debe limitar los medios admisibles, sino dejar al juez la calificación de si el aducido o solicitado tiene relevancia probatoria. El segundo implica que puede probarse todo hecho que de alguna manera influya en la decisión del proceso y que las partes puedan intervenir en su práctica. Véase: DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de prueba judicial*. Tomo I, 6ª edición, Temis, Bogotá, 2012, p. 131.
 - Principio de pertinencia probatoria.** Se encuentra regulado en el artículo IX, inciso 1, del CPP de 2004, que señala: “Toda persona tiene derecho inviolable e irrestricto (...) a utilizar los medios de prueba pertinentes”; en ese sentido, se entiende como la existencia de una relación lógica entre el medio y el hecho por probar, es decir, prueba pertinente es aquella que hace referencia al hecho que constituye objeto del proceso.
 - Principios vinculados a la formación de la prueba.** Estos principios aparecen registrados en el artículo 352.5.b del Código Procesal Penal, lo que significa que el caudal probatorio recabado tiene que ser **pertinente, conducente y útil**; en ese contexto, los elementos de cargo y de descargo persiguen una **utilidad**, criterio que está directamente relacionada con la relevancia que el elemento tenga en relación con el objeto que debe probarse. Esto es, su importancia, idoneidad y eficacia para verificar el mismo. Véase: JAUCHEN, Eduardo. *Tratado de la prueba en materia penal*. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2002, p. 25.
- (18) Dentro de estas categorías procesales tenemos:
- Elemento de prueba.** Esta categoría hace referencia al tema que se discute en la actuación probatoria, es decir, aquello que se pretende probar o demostrar en el juicio o aquello de lo que se intenta convencer al juez como consecuencia de la actividad probatoria del juzgamiento. En palabras de José Neyra Flores, es el dato, rastro o señal contenido en un medio de prueba realizado que puede ser utilizado por el juez en el procedimiento inferencial que practica al momento de decidir el acto. Véase: NEYRA FLORES, José Antonio. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Ob. cit., p. 231 y ss.
 - Fuente de prueba.** Esta categoría hace referencia al origen de cada uno de esos **motivos o razones** que constituyen la prueba; en ese sentido se entiende 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. Véase: Exp. N° 19-2001-09-A.V, caso Barrios Altos y La Cantuta.
 - Órgano de prueba.** Los órganos de prueba son las personas que intervienen en tales procedimientos y proporcionan información probatoria al juzgador **los testigos, los peritos e incluso al agraviado que para el proceso tiene el carácter de testigo**. El juez no es órgano de prueba, ya que él no aporta la prueba, sino por el contrario es el receptor de la misma.

- d) **Medio de prueba.** Respecto a los medios de prueba, el Código Procesal Penal contiene abundante regulación, tanto en los preceptos generales de la prueba, de los medios de prueba y de la actuación probatoria en el juicio oral. En este rubro tenemos: i) **la libertad probatoria.** El Código Procesal Penal (artículo 157) proclama la libertad probatoria la misma que deberá estar dentro de los márgenes legales, es decir que no sean arbitrarios ni lesiones derechos fundamentales, entre ellos –respecto a las leyes civiles– el estado civil o de la ciudadanía de las personas; ii) **la valoración probatoria.** El juez al momento de emitir sentencia, tiene las facultades de valorar libremente los medios de prueba presentados, observando las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia. Además de ello, el juez tiene la obligación de emitir sentencias debidamente motivadas realizando un nexo racional entre las afirmaciones o negaciones a que llegó y los elementos de prueba utilizados para alcanzarlos.
- e) **Clases de medios de prueba.** Entre los principales medios de prueba, tenemos: i) **La confesión.** La confesión es un acto procesal que consiste en la declaración necesariamente personal, libre, voluntaria, consciente, sincera, verosímil y circunstanciada que hace el procesado, ya sea durante la investigación o el juzgamiento, aceptando total o parcialmente su real autoría o participación en la perpetración del delito que se le imputa, es decir, sea ella total o bien parcialmente coincidente con la imputación, contenga ella un reconocimiento pleno de la imputación o se agregue a ella revelaciones de importancia defensiva. Véase: MAIER, Julio B.J. *Derecho Procesal Penal*. Tomo III, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 163. Así también TARUFFO: “Si la parte interrogada responde admitiendo la verdad de los hechos que le son desfavorables, se logra la confesión”; TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Trotta, Madrid, 2002, p. 71. Citado por NEYRA FLORES, José Antonio. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Idemsa, Lima, 2015, p. 260 y ss; ii) **El testimonio.** La palabra “testigo” proviene del latín “testado”, que significa declaración o explicación según su mente. Asimismo, BLANQUEZ FRAILE, Agustín. *Diccionario manual: latino-español y español-latino*. Sopena, Barcelona, 1974, p. 498, usa el término *testimonium*, proveniente de *testis*, que significa testimonio, deposición, declaración de testigo. Ejemplo de una clase de testigo, interesante y poco común en el proceso, es el testigo de conducta, que es una persona que declara a favor del imputado sobre su honorabilidad y buena conducta.
- f) **Prueba pericial.** Se entiende como el medio de prueba por el cual se pretende obtener para el proceso un dictamen fundado y sustentado en conocimientos científicos, técnicos o artísticos, útil para el descubrimiento o la valoración de un elemento de prueba. Véase CAFFERATA NORES, José I. *La prueba en el proceso penal*. De Palma, Buenos Aires, 1998, p. 53.
- g) **El careo.** Es un medio de prueba referente a la confrontación de las declaraciones de los testigos o de los imputados entre sí o también con el agraviado, su finalidad está dirigida al esclarecimiento de los hechos por cuanto existen posiciones o versiones contradictorias. El artículo 182 y 183 del Código Procesal Penal señala la procedencia y las reglas del careo aunado a ello se tiene que en la actualidad el careo es un medio de prueba autónomo, es decir, el careo resulta ser una ampliación de la prueba testimonial o confesional (Cfr. MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo IV, Ejea, Buenos Aires, 1952, p. 214). Asimismo el careo aparece como una diligencia judicial de carácter eminentemente personal y de predominante efecto psicológico. Véase MIXÁN MASS, Florencio. *La prueba en el procedimiento penal*. Tomo IV-B, Ediciones Jurídicas, Lima, 1991, p. 129.
- h) **Prueba documental.** Medio de prueba que se introduce al proceso penal mediante un documento, en ese sentido documento proviene del latín *docere*, que significa enseñar; de dicha versión se derivó el término *documentum*, que significa título o prueba escrita, razón por la cual documento es toda escritura o cualquier otro papel autorizado con que se prueba, confirma o corrobora una cosa. Cfr. BARRAGÁN SALVATIERRA, Carlos. *Derecho Procesal Penal*. 3ª edición. Mc Graw-Hill, México D.F., 2009, p. 559.
- i) **Reconocimiento.** El reconocimiento está vinculado a reconocer a una persona de la cual se desconoce su identificación o identidad, en ese sentido este medio de prueba se encuentra regulado en el artículo 189 del Código Procesal Penal.
- j) **Inspección judicial.** Es el medio de prueba por el cual el juez percibe directamente con sus sentidos hechos u objetos (vinculados al delito) útiles para esclarecer el objeto del proceso. Este medio de prueba se encuentra regulado en el inciso 2 del artículo 192 del Código Procesal Penal, donde se señala que la inspección tiene por objeto comprobar las huellas y otros efectos materiales que el delito haya dejado en los lugares y cosas o en las personas.

delictual⁽¹⁹⁾, las cuales determinan su accionar.

- k) **Reconstrucción.** El inciso 3 del artículo 192 del Código Procesal Penal regula este medio de prueba, señalando que tiene por finalidad verificar si el delito se efectuó o pudo acontecer de acuerdo con las declaraciones y demás pruebas actuadas. No se obligará al imputado a intervenir en el acto, que deberá practicarse con la mayor reserva posible.
- (19) Respecto a las reglas de integración y valoración del hecho delictual en el sistema probatorio, consideramos que están vinculadas a las Prueba anticipada, prueba preconstituida, prueba prohibida así como a la prueba indiciaria y sus elementos, cuyos lineamientos son:
- a) **Prueba anticipada.** Estos dos medios de prueba son de suma importancia por cuanto están ligados a la forma de aseguramiento o protección del caudal probatorio recabado durante el proceso. Se encuentra regulada en el artículo 242 del Código Procesal Penal, y es aquella practicada antes del juicio, con intervención del juez en condiciones que permiten la contradicción, cuando fuere de temer que no podrá practicarse en el juicio oral o que pudiera motivar su suspensión; asimismo, la prueba anticipada se caracteriza porque la no disponibilidad de la fuente de prueba u órgano de prueba para el juicio oral resulta siempre “previsible” en el momento en que se solicita la práctica de dicha prueba. Se realiza la actuación probatoria en un momento anterior a aquel en que correspondería o sería propio hacerlo. En ese contexto, según el principio de contradicción, exige que se brinde a la defensa la posibilidad de comparecer en la práctica de la prueba anticipada (artículo 244.1). Se trata de un requisito esencial para su ulterior valoración; sin embargo, el Código ha establecido una excepción para el caso de la existencia de un peligro inminente de pérdida del elemento probatorio (fuente de prueba) y su actuación no admita dilación, en cuyo supuesto, a pedido del fiscal, el juez decidirá su realización de inmediato, sin traslado alguno (artículo 244.4).
- b) **Prueba preconstituida.** Según Talavera Elguera, es aquella practicada antes del inicio formal del proceso penal o en la propia fase de investigación, observando las garantías constitucionales y las prescripciones legales, con la finalidad de asegurar o mantener la disponibilidad de las fuentes de prueba. En la prueba preconstituida la no disponibilidad puede ser tanto conocida de antemano como sobrevenir al momento en que se llevó a cabo la pre constitución (Cfr. TALAVERA ELGUERA, Pablo. Ob. cit., p. 73). Es menester establecer que el Código Procesal Penal no señala expresamente a la prueba preconstituida, sin embargo, el artículo 325 establece que, para los efectos de la sentencia, tienen carácter de acto de prueba las actuaciones objetivas e irreproducibles. Lo que se preconstituye son las fuentes de prueba.
- c) **Prueba prohibida.** Se encuentra regulada expresamente en el literal h) del inciso 2 del artículo 24 de la Carta Magna del año 1993, cuando señala que carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia –moral, psíquica o física–, y que quien las emplee incurre en responsabilidad; asimismo, el inciso 10 del artículo 2 del mismo texto la regula, al prescribir que los documentos privados obtenidos con violación del precepto constitucional –primer párrafo de la citada disposición constitucional– no tienen efecto legal. De la misma forma, el Código Procesal Penal señala una serie de prohibiciones respecto a la actividad probatoria; así, tenemos el inciso 2 del artículo 155, que comprende los casos de prohibiciones de temas probatorios, prohibición de medios probatorios y prohibición de métodos probatorios. Nuestra Corte Suprema tiene varios pronunciamientos al respecto, por ejemplo, el R.N. N° 3182-2012-Callao, el R.N. N° 1589-2013; de igual forma, el Tribunal Constitucional en los Exps. N°s 00655-2010-PHC/TC (caso Quimper Herrera), 2053-2003-HC/TC (caso Edmi Lastra Quiñones), 1058-2004-AA/TC (caso Serpost). Adicionalmente a ello, para lograr excluir un medio de prueba obtenido mediante mecanismos irregulares se encuentra como herramienta de defensa la tutela de derechos, conforme lo señala el Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116, fundamento 17.
- d) **Prueba indiciaria.** La prueba indiciaria consiste en una actividad probatoria de naturaleza necesariamente discursiva e indirecta, cuya fuente es un dato comprobado, y se concreta en la obtención del argumento probatorio mediante una inferencia correcta (MIXÁN MASS, Florencio. *Prueba indiciaria. Carga de la prueba. Casos.* BLG, Trujillo, 1995, p. 22). El Código Procesal Penal vigente regula la prueba indiciaria en el inciso 3 del artículo 158; en ese sentido, la prueba indiciaria requiere la concurrencia de los siguientes elementos: i) que el indicio este probado; ii) que la inferencia esté basada en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia; y, iii) en caso de indicios contingentes, estos deben ser (a) plurales, (b) concordantes, (c) convergentes, y, (d) que no se

En ese contexto, surge una pregunta ligada al objeto de prueba o finalidad probatoria: **¿qué es lo que se prueba y qué es lo que no se prueba en el proceso penal?** Estas preguntas serán contestadas en los siguientes apartados.

3. De lo que no se prueba en el proceso penal

La realidad fenomenológica contiene ciertos aspectos que por su propia evidencia o contenido, no necesitan ser probados o demostrados. Dicha regla ha sido aceptada por la sistemática de nuestro Código Procesal Penal, razón por la cual el inciso 2 del artículo 156 del citado cuerpo legal señala cinco criterios ajenos de probanza: **a) las máximas de la experiencia⁽²⁰⁾; b) las leyes naturales⁽²¹⁾; c) la norma**

presente conindicios consistentes. Estas pautas han sido explicitadas a través del Acuerdo Plenario N° 1-2006/CJ-116, que establece que la acreditación de un hecho a través de prueba indiciaria requiere de la concurrencia de las exigencias concretas desarrolladas normativamente por el artículo 158.3 del Código Procesal Penal.

- e) **Elementos de la prueba indiciaria.** La prueba por indicios tiene tres elementos fundamentales: i) el **indicio o hecho base**, conforme al inciso 3 del artículo 158 del Código Procesal Penal, debe encontrarse **probado** de modo indubitable, en ese sentido, se puede sostener que si durante el juicio oral este no ha podido ser acreditado al nivel de certeza, no podrá ser utilizado para deducir el hecho presumido. Bajo esa línea argumentativa se tiene que el indicio debe encontrarse acreditado mediante prueba directa (Cfr. PASTOR ALCOY, Francisco. *Prueba de indicios, credibilidad del acusado y presunción de inocencia*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 42.) La importancia del requisito de necesaria acreditación del indicio ha sido resaltada por el Acuerdo Plenario N° 1-2006/ESV-22, en donde se señala que la no probanza del hecho base haría de aquel una simple sospecha sin sustento real alguno. Finalmente, es necesario precisar que el indicio o hecho base no es aún un medio de prueba, es un simple elemento (dato fáctico o informativo) de prueba, que constituye un punto de apoyo para llegar al hecho presumido o conclusión; ii) el **hecho presumido, hecho consecuencia o conclusión**. Este elemento constituye un hecho desconocido que se deduce o presume a partir del hecho base. Ahora, como tal, aquel debe desprender del hecho base siguiendo ciertas reglas o criterios de razonamiento que operaran para cada caso concreto; iii) el **nexo o relación causal**. El nexo o relación causal constituye el factor fundamental en el convencimiento del juez. La fortaleza del nexo entre el indicio y el hecho presumido constituye el factor determinante del convencimiento judicial; dicho nexo causal estaría delimitado por las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia, a efecto de arribar a una conclusión propia de una sentencia condenatoria o absolutoria.
- (20) Conforme indica Stein, citado por Oré Guardia: “Las máximas de la experiencia son aquellas definiciones o sentencias hipotéticas de contenido general independientes del caso concreto que se ha de juzgar en el proceso y de sus elementos particulares, y que han sido producto de la experiencia, que valen por sí mismas frente a los casos particulares, de cuya observación se deducen y que pretenden tener valor en relación con nuevos casos”. Véase ORÉ GUARDIA, Arsenio. *Manual de Derecho Procesal Penal. La prueba en el proceso penal*. Reforma, Lima, 2015, p. 36.
- (21) Son aquellas reglas que existen por sí solas y que han sido validadas y estandarizadas por el conocimiento científico, ejemplo, la ley de la gravedad.

jurídica⁽²²⁾; d) aquello que es objeto de cosa juzgada⁽²³⁾; y e) lo imposible y lo notorio⁽²⁴⁾.

4. De lo que se prueba en el proceso penal

El inciso 1⁽²⁵⁾ del artículo 156 del Código Procesal Penal fija los lineamientos del objeto de prueba, de los que podemos concluir que el objeto de prueba tiene que ver con los hechos de relevancia para el Derecho Penal, es decir: a) hechos referidos a la imputación; b) hechos referidos a la punibilidad y la determinación de la pena o la medida de seguridad; y c) hechos referidos a la responsabilidad civil derivada del delito.

Por la naturaleza del trabajo nos ocuparemos del primer punto, esto es, **hechos referidos a la imputación**. Siendo así, según nuestra dinámica procesal penal, los hechos mantienen una posición bidimensional, es decir, por un lado, tenemos los **hechos constitutivos** vinculados al órgano persecutor, esto es, al Ministerio Público; y por otro lado, los **hechos impositivos** referidos a la defensa técnica. Ambos hechos responden a tesis opuestas; excepcionalmente, dichas teorías coinciden, por ejemplo, en caso de principio de oportunidad, acuerdos llevados a cabo en un proceso especial de terminación anticipada, acuerdos según lineamientos de una conclusión anticipada, etc. A continuación, se exponen cada uno de los hechos aludidos.

4.1. De los hechos constitutivos

A continuación, expondremos los principales indicadores del hecho constitutivo.

(22) Está referido a los diversos dispositivos legales subsistentes, de los cuales el agente del Derecho conoce por su misma naturaleza pública y contenido legítimo; por lo tanto, es irrelevante probarlo o demostrarlo. Oré Guardia indica que esto se “funda en el principio del *iura novit curia*, en virtud del cual los jueces conocen el Derecho interno por lo que las partes no tienen la necesidad de acreditarlo”. Véase. ORÉ GUARDIA, Arsenio. Ob. cit., p. 37.

(23) Se refiere a las resoluciones judiciales que asumieron firmeza judicial, razón por la cual no necesitan ser probadas por su condición de inalterable, ello en mérito a indicadores de seguridad jurídica de un sistema judicial.

(24) Este criterio tiene que ver con la impropiedad del objeto de prueba, es decir, el objeto de prueba resulta manifiestamente imposible de ser demostrado, por lo tanto, resulta irrelevante evidenciar su existencia. Ejemplo, pretender demostrar la dimensión y longitud exacta del universo.

(25) Son objeto de prueba los hechos que se refieran a la imputación, la punibilidad y la determinación de la pena o medida de seguridad, así como los referidos a la responsabilidad civil derivada del delito.

4.1.1. Del origen del hecho constitutivo

La cantera de la clasificación de los hechos de interés jurídico, a nuestro criterio, se encuentra en el Derecho Privado, por cuanto, el Código napoleónico de 1804 reguló por primera vez esta clase de hecho, en mérito a la teoría de la carga de la prueba. En tal línea, el artículo 1315 señala: “El que reclama la ejecución de una obligación, debe probarla. Recíprocamente, el que pretende estar libre, debe justificar el pago o el hecho que ha producido la extinción en su obligación”.

La descripción expuesta contiene tres clases de hechos jurídicos⁽²⁶⁾, esto es, “hechos constitutivos”, “hechos impeditivos” y “hechos extintivos”. En ese sentido, Prieto Castro indica: “(...) la ciencia procesal moderna ha formulado el principio de que incumbe a cada parte alegar y probar los hechos que forman el supuesto de la norma favorable. De manera que (...) el demandante tiene la carga de la afirmación y de la prueba de los hechos constitutivos de su derecho, y el demandado las cargas respectivas del supuesto de la norma favorable al demandante o de las que, tras haberse comenzado a producir efectos, los extinguen o las concluyen”⁽²⁷⁾.

4.1.2. De la definición del hecho constitutivo

Según los antecedentes aludidos, de manera general, “hecho constitutivo” resulta ser todo acontecimiento de relevancia jurídica, expresado en el mundo real bajo un contexto espacio-temporal invocado por un sujeto procesal, el cual está obligado a demostrarlo.

Nuestro Código Procesal Penal regula los argumentos expuestos, por cuanto el inciso 2 del artículo IV del Título Preliminar del citado cuerpo legal, señala: “El Ministerio Público está obligado a actuar con objetividad, indagando los hechos constitutivos del delito, los que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado. (...)”.

(26) Respecto a los tipos de hechos procesales, Nakazaki Servigón viene señalando: “En la teoría del proceso, se distinguen los hechos en función de los efectos que surten en el proceso: a) Hechos constitutivos; b) Hechos impeditivos; c) Hechos extintivos; d) Hechos excluyentes; e) Hechos modificativos”. Véase NAKAZAKI SERVIGÓN, César. *El Derecho Penal y Procesal Penal. Desde la perspectiva del abogado penalista litigante*. Gaceta Jurídica, Lima, 2017, p. 623.

(27) PRIETO CASTRO, Leonardo. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Tomo I, Imprenta Sáenz, Madrid, 1959, p. 276.

Siendo así, de manera específica, para el Derecho Penal, “hecho constitutivo” resulta ser todo acontecimiento de relevancia jurídico-penal, manifestado en el mundo real bajo un contexto espacio-temporal, el cual estaría ligado a la técnica de tipificación del tipo penal específico, por lo tanto, en este extremo, la carga de la prueba recae sobre el Ministerio Público, que está obligado a demostrar el supuesto de hecho delictual.

4.1.3. De la demostración del hecho constitutivo

El “hecho constitutivo” está ligado al tipo penal específico, por lo tanto su acreditación estaría alineada a las técnicas de tipificación del delito materia de probanza, es decir, la demostración del “hecho constitutivo” implica acreditar tanto los elementos del tipo objetivo como subjetivo, en la medida que dichos elementos sean factibles de probanza según las reglas de actuación de los medios de prueba, por lo tanto, a nivel del tipo objetivo, se deberán acreditar los elementos referentes a los sujetos (v. gr., el estatus especial del autor en los delitos especiales o de infracción de deber, la edad cronológica o el retardo mental o anomalía psíquica del agraviado), los elementos referentes a la conducta (forma de ejecución ligada al supuesto de hecho específico según el caso concreto) y los elementos concomitantes (referentes a los elementos descriptivos contenidos en cada tipo penal, según el caso concreto). A continuación se presenta un esquema de probanza del hecho constitutivo según las técnicas de tipificación.

Clase de hecho	Elementos del tipo penal		
Hecho constitutivo	Tipo objetivo	Estructura del tipo penal	
	1. Elementos referentes a los sujetos	Contenido	Materia de probanza
		Sujeto activo	- El estatus especial en los delitos especiales o de infracción de deber. - La mayoría de edad en los delitos comunes, etc.
		Sujeto pasivo	En la medida que forme parte del supuesto de hecho, se deberán demostrar cuestiones como la minoría de edad o condición de la víctima
	2. Elementos referente a la conducta	Contenido	Materia de probanza
		Clase de delito	No es objeto de probanza
		Forma de ejecución (por acción u omisión)	Será objeto de probanza en la medida que forme parte del supuesto de hecho.
	3. Elementos concomitantes	Contenido	Materia de probanza
		Bien jurídico	No es objeto de probanza
		Imputación objetiva y relación causal	Se argumenta y se demuestra cuando esté ligado al supuesto de hecho.
Hecho constitutivo	Tipo subjetivo		Estructura del tipo penal
	Dolo		Se deberá probar la intención volitiva manifestada en el mundo real, así como la forma y circunstancias en las que aparezca enlazada con el supuesto de hecho.
	Culpa		Se deberá probar el accionar negligente, imprudente o inexperto manifestado en el mundo real, así como la forma y circunstancias en que aparezca enlazado con el supuesto de hecho.

4.2. De los hechos impeditivos

Conforme se mencionó líneas arriba, el Derecho Privado, a través del Código napoleónico, presentó la clasificación de hechos jurídicos bajo el contexto de la dinámica procesal de la carga de la prueba. Conforme indica Carnelutti: “El criterio que nuestra ley adopta para distinguir a cuál de las partes incumbe la carga de la prueba de una afirmación, descansa en el interés en cuanto a la afirmación mismo. La carga de probar recae sobre quien tiene el interés de afirmar; por tanto, quien propone la pretensión tiene la carga de probar los hechos constitutivos a las condiciones impeditivas o modificativas. O, en otros términos, quien pretende, ha de probar el hecho o hechos constitutivos, y quien excepciona, el hecho o hechos extintivos y la condición o condiciones impeditivas”⁽²⁸⁾.

Siendo así, “hecho impeditivo” resulta ser todo acontecimiento de relevancia jurídico-penal manifestado en el mundo real bajo un contexto espacio-temporal, el cual estaría ligado al ejercicio de defensa, con la finalidad de enervar la imputación fiscal; por lo tanto, en este extremo, la carga de la prueba recaería sobre la defensa técnica y el imputado, quienes estarían obligados a demostrar sus actividades de descargo.

Nuestro Código Procesal Penal regula lo expuesto, por cuanto el inciso 1 del artículo 321 señala: “La investigación preparatoria persigue reunir los elementos de convicción, de cargo y de **descargo** (...)”. En similar sentido, el inciso 4 del artículo 337 del cuerpo legal aludido indica: “Durante la investigación, tanto el imputado como los demás intervinientes podrán solicitar al fiscal todas aquellas diligencias que consideraren pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos”. De la misma manera, el literal f) del artículo 350 del Código Procesal Penal prevé que los sujetos procesales pueden “Ofrecer pruebas para el juicio (...) Presentar los documentos que no fueron incorporados antes, o señalar el lugar donde se hallan los que deban ser requeridos”, etc.

(28) CARNELUTTI, Francisco. *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Tomo II, Uteha, Buenos Aires, 1944, pp. 96 y 162; FALCÓN, Enrique M. *Tratado de la prueba. Civil, comercial, laboral, penal, administrativa*. 2ª edición actualizada y amplificada, Astrea, Buenos Aires, 2009, p. 275.

IV. DE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN LOS DELITOS DE VIOLACIÓN SEXUAL DE MENORES DE EDAD

La valoración de la prueba resulta ser uno de los temas más complejos del Derecho Procesal Penal por el alto nivel de abstracción que demanda su desarrollo, por cuanto de ello depende la absolución o condena del imputado. En ese sentido, valorar el caudal probatorio tiene que ver con el objeto de probanza y este último, a la vez, se encuentra vinculado a los medios de prueba⁽²⁹⁾, conforme se explica a continuación.

1. Del sistema de libre valoración

Nuestro Código Procesal Penal admite el **sistema de libre valoración de la prueba**, el cual, conforme indica Neyra Flores: “(...) implica una apreciación razonada, crítica, basada en las reglas de la lógica, la psicología, la técnica, la ciencia, el Derecho y las máximas de la experiencia aplicables al caso (...)”⁽³⁰⁾. En ese sentido, este sistema opera tanto a nivel de actuación de los medios de prueba así como a nivel de su valoración.

Respecto a la **actuación de los medios de prueba**, el sistema de libre valoración aparece en el artículo 157⁽³¹⁾ del código adjetivo penal, el cual indica que los hechos objeto de prueba pueden ser acreditados “por cualquier medio de prueba permitido por la ley”; de la misma forma indica que “**no se tendrán en cuenta los límites probatorios establecidos por las leyes civiles**”; todo ello con las excepciones del caso.

Respecto a la **valoración de los medios de prueba**, esta se encuentra evidenciada en los juicios de valor que realiza el juzgador al emitir sus resoluciones y sentencias, es decir, el juez deberá explicar las

(29) Respecto a los medios de prueba, el Código Procesal Penal contiene abundante regulación, tanto en los preceptos generales de la prueba (artículo 157), en el Título II de la Sección II del Libro Segundo, referido a los medios de prueba, así como normas referidas a la actuación probatoria en el juicio oral (artículos del 375 al 385).

(30) NEYRA FLORES, José Antonio. *Manual del nuevo proceso penal & de litigación oral*. Idemsa, Lima, 2010, p. 558.

(31) “Artículo 157.- 1. 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. 2. 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 (...)”.

razones en que sustenta sus decisiones, realizando un análisis integrado de las diversas pretensiones presentadas por los sujetos procesales (Ministerio Público, imputado, agraviado, tercero civil, etc.). Dichas razones deberán ser expuestas por escrito, explicando los respectivos fundamentos de hecho y de Derecho, conforme exige el inciso 5 del artículo 139 de la Carta Magna y nuestro Tribunal Constitucional, quien ha indicado: “(...) La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado”⁽³²⁾.

2. De los modelos de probabilidades

Según la Real Academia Española⁽³³⁾, la palabra probabilidad, proviene del latín *probabilitas*, *-ātis*, el cual contiene tres dimensiones significativas: ‘1.- Verosimilitud o fundada apariencia de verdad, 2.- Calidad de probable (que puede suceder), 3.- Mat. En un proceso aleatorio, razón entre el número de casos favorables y el número de casos posibles’.

En ese sentido, para fines del presente trabajo, entendemos el concepto de probabilidad en el sentido de “posibilidad” a efectos de alcanzar el nivel de verdad. Siendo así, consideramos que el proceso de valoración de la prueba necesita tener en cuenta el sistema de probabilidades, a efectos de medir la fuerza o peso de los diversos medios de prueba (de cargo y descargo), es decir, los razonamientos desplegados por el juzgador sustentados únicamente en las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia responderían a una actividad mecanicista por cuanto dichos indicadores no presentan baremos estandarizados a los cuales deben recurrir los razonamientos e inferencias del juzgador; en ese sentido, y ante la ausencia de marcos de referencia, se advierte la inminente posibilidad de ingresar al campo de lo subjetivo. Ante ello, el “sistema de probabilidades” constituye una herramienta útil y complementaria al sistema de la sana crítica o libre valoración, por ello presentamos a continuación algunos modelos probalísticos.

(32) Véase el fundamento 6 de la STC Exp. N° 03997-2013-PHC.

(33) Véase: <<http://dle.rae.es/?id=UDu5ucA>>.

2.1. El modelo matemático-estadístico

Este modelo responde a un análisis cuantitativo de las probabilidades de los medios de prueba tanto de cargo como descargo. Este modelo surge, conforme indica Catalano, “(...) para neutralizar la influenciabilidad emotiva de los jurados en cuanto jueces de hecho, así como por la ausencia de una obligación de motivación del veredicto que sirviera de contrapeso al principio de libre convicción”⁽³⁴⁾. En este modelo existente los siguientes métodos:

- a. **El teorema de Bayes**⁽³⁵⁾. Este teorema tiene tres axiomas; el primero indica que los hechos son medidos en probabilidades, las cuales se expresan en números positivos o en cero; el segundo referido a la probabilidad de un evento cierto, que es considerado en 1.0; y el tercero referido al hecho de que si dos eventos no pueden suceder simultáneamente, la probabilidad de que uno o el otro ocurra es igual a la suma de sus probabilidades por separado⁽³⁶⁾. Este teorema, conforme indica Taruffo, pretende explicar que la probabilidad es la **medida de la incertidumbre** de un fenómeno del que no se puede predicar la falsedad (o inexistencia) ni la verdad absoluta (o existencia)⁽³⁷⁾.
- b. **El axioma de Shafer**⁽³⁸⁾. Este axioma está vinculado al peso de las pruebas, mas no así al valor de las incertidumbres, es decir: “En la visión de Shafer, el peso de una prueba significa el respaldo que esa prueba ofrece a la proposición en cuestión. Mientras mayor sea el respaldo que la prueba ofrezca a una proposición, mayor será e peso de esa prueba. Shafer emplea números entre cero y 1.0 (...)”⁽³⁹⁾.
- c. **La probabilidad de Bacon**. Francisco Bacon, propuso la idea probabilística de “inducción por eliminación”, es decir, “será

(34) CATALANO, Elena. “Prova indiziaria, probabilistic evidence e modelli matematici di valutazione”. En: *Revista di Dirritto Processuale*. 1996, p. 516; GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. 3ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 145.

(35) Teorema desarrollado en el siglo XVII, por Thomas Bayes.

(36) Cfr. TERENCE, Anderson; SCHUM, David y TWINING, William. *Análisis de la prueba*. Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 308-309.

(37) TARUFFO, Michele. Ob. cit., p. 193.

(38) Cfr. SHAFER, G. *A mathematical Theory of Evidence*. Princeton University Press, 1976.

(39) TERENCE, Anderson; SCHUM, David y TWINING, William. Ob. cit., p. 313.

mucho mejor llevar a cabo comprobaciones diseñadas para eliminar cualquier hipótesis que estemos considerando. La hipótesis que mejor resista nuestros mayores esfuerzos concertados para eliminarla, los mismos que hemos aplicado a las demás hipótesis, es aquella en la que debiésemos tener creciente confianza”⁽⁴⁰⁾.

- d. **Las probabilidades del peso difuso de las pruebas de Wigmore.** Wigmore analiza los enlaces de razonamiento probatorio, otorgándoles ciertos símbolos para comunicar el peso de las pruebas a través de palabras, y no números, aunque siempre dotándolos de valor cuantitativo, es decir, el autor desarrolla un método de procesamiento de información a través de 8 indicadores⁽⁴¹⁾ a nivel de probabilidades de éxito, conocidos como la “paleta básica”. Este método tiene como finalidad presentar un caso ante los tribunales, estando orientado, mayoritariamente, para la teoría abogadil.

2.2. El modelo inductivo

Este modelo se aleja de las fórmulas matemáticas, optando por analizar las probabilidades desde razonamientos inductivos de las causas de los hechos. Dentro de este modelo surgen dos explicaciones claras:

- a. **El modelo de probabilidad inductiva de L.J. Cohen.** Esta teoría entiende la probabilidad como un concepto que surge no del azar sin causas. “Las generalizaciones que sirven de base a una inferencia inductiva en el campo judicial (por lo común “máximas de la experiencia”) son leyes causales del tipo “si sucede A normalmente sucede B”. Ese “normalmente” es precisamente lo que hace aceptable inferir de un caso particular del antecedente un caso particular del consecuente (...)”⁽⁴²⁾. Ejemplo: “Un hombre sorprendido a las tres de la mañana con las joyas de la casa donde habían sido robadas momentos antes puede ser acusado de ser el ladrón de las mismas. La acusación tendría que invocar en este caso la generalización de que, siempre que un objeto ha sido sacado de su sitio

(40) *Ibidem*, p. 315-316.

(41) *Ibidem*, p. 177 y ss.

(42) GASCÓN ABELLÁN. *Marina*. Ob. cit., pp. 155 y 156.

e inmediatamente después se encuentra a un hombre con el mismo en el bolsillo, este lo cogió deliberadamente. La defensa tendría que intentar probar que esa generalización no se aplica al caso particular, aportando algún testimonio que alegara, por ejemplo, que otra persona había tirado las joyas al jardín y el defendido las cogió para guardarlas (...) La acusación tendría que destruir, para alegar resquicio de duda razonable, toda la fuerza del testimonio de la defensa probando, por ejemplo, que no había más personas en el jardín”⁽⁴³⁾.

En suma, el modelo de probabilidad inductiva lo que busca es confrontar la hipótesis de imputación, buscando la eliminación de esta por otros indicadores de mayor fuerza, generando de esta manera dudas; siendo así, entendemos que de no lograrse el cometido, probalísticamente subsiste la hipótesis acusatoria.

- b. **El esquema valorativo del grado de confirmación.** Este esquema introduce en el proceso de valoración de la prueba criterios de racionalización a través de un proceso hipotético-deductivo, debido a la dinámica procesal contradictoria, en la cual, mayoritariamente, existen hipótesis contrapuestas: la tesis acusatoria (Ministerio Público) y la tesis absolutoria (defensa técnica). Por lo tanto, se deberá escoger una de estas tesis en mérito al grado de confirmación obtenido producto del análisis racional del material probatorio. “Más exactamente, una hipótesis puede aceptarse si no ha sido refutada por las pruebas disponibles y estas la hacen probable (la confirman); o mejor, más probable que cualquier otra hipótesis alternativa sobre los mismos hechos”⁽⁴⁴⁾.

3. De la acreditación del hecho constitutivo en los delitos de violación sexual de menores de edad

La acreditación de los hechos en un proceso penal responde a la dinámica procesal de la valoración de prueba, la cual exige dos momentos:

(43) *Ibidem*, pp. 156-157.

(44) *Ibidem*, p. 159.

i) la acreditación de los hechos; y ii) el análisis y valoración de los medios de prueba de cargo y descargo.

Respecto a la acreditación de los hechos, se debe partir de los “hechos constitutivos” del tipo penal específico por cuanto con ellos se inicia una imputación jurídico-penal; en ese sentido, el responsable de su acreditación resulta ser el representante del Ministerio Público, quien opera como el titular de la acción penal pública y, a la vez, es el obligado por ley a la carga de la prueba, conforme se evidencia en el inciso 1⁽⁴⁵⁾ del artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Penal, y los artículos 11⁽⁴⁶⁾ y 14⁽⁴⁷⁾ de la Ley Orgánica del Ministerio Público (Decreto Legislativo N° 052).

Siendo así, la acreditación del “hecho constitutivo” en el delito de violación sexual de menores de edad estará ligada a la estructura del tipo penal previsto en el artículo 173 y su forma agravada registrada en el artículo 173-A; por lo tanto, según nuestra posición, la demostración del citado ilícito penal se deberá realizar siguiendo un análisis metodológico, conforme se expondrá en las líneas siguientes.

3.1. De la acreditación del hecho constitutivo a nivel del tipo objetivo y subjetivo en los delitos de violación sexual de menores de edad

A nivel del tipo objetivo, tenemos tres elementos: i) elementos referentes a los sujetos; ii) Elementos referentes a la conducta; y iii) elementos concomitantes. A continuación, analizaremos cada uno de los elementos aludidos en el orden señalado.

a. Elementos referentes a los sujetos. En este rubro aparece aquel sujeto que realiza el hecho punible, esto es, el sujeto activo.

(45) “Artículo IV.- 1. El Ministerio Público es titular del ejercicio público de la acción penal en los delitos y tiene el deber de la carga de la prueba. Asume la conducción de la investigación desde su inicio”.

(46) “Artículo 11.- El Ministerio Público es el titular de la acción penal pública, la que ejercita de oficio, a instancia de la parte agraviada o por acción popular, si se trata de delito de comisión inmediata o de aquéllos contra los cuales la ley la concede expresamente”.

(47) “Artículo 14.- Sobre el Ministerio Público recae la carga de la prueba en las acciones civiles, penales y tutelares que ejercite, así como en los casos de faltas disciplinarias que denuncie. Los jueces y demás funcionarios públicos, sin perjuicio de las atribuciones que al respecto les otorga la ley, citarán oportunamente, bajo responsabilidad, al Fiscal que actúe en el proceso de que conocen a sus diligencias fundamentales y a las de actuación de pruebas ofrecidas por cualquiera de las partes u ordenadas de oficio. También será notificado dicho Fiscal con las resoluciones que se expidan en el proceso, bajo pena de nulidad”.

Por otro lado, se tiene aquel sujeto, titular del bien jurídico o, en su defecto, aquel sobre el cual recae la acción típica. En el delito de violación sexual de menor de edad es un delito común, que no exige cualificación especial en el autor, por lo tanto, el nivel de acreditación se limitará a demostrar la mayoría de edad del imputado, esto es, una edad cronológica fijada a partir de los 18 años, conforme se colige, en sentido contrario, del inciso 2 del artículo 20 del Código Penal⁽⁴⁸⁾. La acreditación de este supuesto se realizará por diversos medios de prueba, así tenemos, a nivel documental, el documento nacional de identidad (DNI), la ficha del Reniec, la partida de nacimiento, un odontograma, etc.

Respecto al agraviado, en este caso, el sujeto sobre el cual recae la acción típica, debe ser un menor de edad, por lo tanto, la actividad probatoria debe estar orientada a demostrar la minoría de edad del menor agraviado. Ello resulta determinante para la configuración del tipo penal, por cuanto marca la diferencia con los demás tipos penales orientados a mayores de edad. Siendo así, el medio de prueba es diverso, a nivel documental se cuenta con el documento nacional de identidad de menor de edad (DNI), su partida de nacimiento⁽⁴⁹⁾, un odontograma o el reconocimiento médico legal⁽⁵⁰⁾.

- b. Elementos referentes a la conducta.** El objeto materia de probanza está vinculado a la forma de ejecución del hecho, el cual puede darse por acción u omisión por comisión (omisión impropia). En ese sentido, deberá acreditarse el supuesto de hecho específico según el caso concreto, es decir, el acceso

(48) Precisamos que el inciso 2 del artículo 20 del Código Penal señala que la minoría de edad a partir de los 18 años, asumiendo un criterio biológico, por lo tanto, dicho criterio opera como causal de exclusión de responsabilidad penal, sin embargo, este indicador opera como baremo para partir en forma ascendente a determinar la mayoría de edad. Véase: Recurso de Nulidad N° 2990-99-Lima, del 29 de octubre de 1999; respecto al criterio biológico, véase PÉREZ LÓPEZ, Jorge. *Las 15 eximentes de responsabilidad penal, exhaustivo análisis doctrinario y jurisprudencial*. Gaceta Jurídica, Lima 2016, p. 73.

(49) En términos similares, se tiene la sentencia recaída en el Exp. N° 105-90- Piura, del 21 de mayo de 1990. Véase CARO JOHN, José Antonio. *Summa Penal. Penal, Procesal Penal y Penitenciario*. Nomos & Thesis, Lima, 2016, p. 384.

(50) Respecto a este último medio de prueba documental, viene siendo considerado por nuestro sistema jurisprudencial, con alto nivel de exigencia; así tenemos: Exp. N° 1385-94-Cusco, del 1 de setiembre de 1995; Recurso de Nulidad N° 5072-1998-Junín, del 28 de mayo de 1999; Recurso de Nulidad N° 318-2010-Lima; véase CARO JOHN, José Antonio. Ob. cit., p. 382 y ss.

carnal por vía vaginal, anal o bucal u otros actos análogos respecto a la introducción de objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, para lo cual existen diversos medios de prueba, como el reconocimiento médico legal, el cual deberá diagnosticar positivo para desfloración (reciente o antigua) o para acto contranatura⁽⁵¹⁾. También la prueba de ADN respecto a las muestras biológicas del autor y de la víctima, con la finalidad de demostrar el nexo causal delictivo⁽⁵²⁾. Además, por la misma naturaleza personalísima del hecho, tenemos medios de prueba testificales, en este caso, sería la declaración de la menor agraviada, plasmada en el acta de entrevista única, bajo los lineamientos de la Guía de procedimiento de entrevista única de niños, niñas y adolescentes víctimas de abuso sexual, explotación sexual y trata con fines de explotación sexual⁽⁵³⁾. Por otro lado, respecto a la intensificación de la pena, señalada en la parte final del artículo 173 del Código Penal, se deberá demostrar la posición del autor frente a la víctima⁽⁵⁴⁾, es decir, la calidad de tutor, curador, administrador, etc., mediante un documento idóneo (escritura pública, resolución judicial, etc.). Asimismo, se deberá demostrar con medio de prueba documental el entroncamiento familiar exigido por el tipo penal⁽⁵⁵⁾ (v. gr., partida de nacimiento, etc.). Respecto a la modalidad agravada, señalada en el artículo 173-A, esta se deberá acreditar con la respectiva acta de defunción y protocolo de necropsia, que acredite el deceso de la víctima. Finalmente, es necesario precisar que la modalidad omisiva es perfectamente admisible en esta figura, en la medida de que sobre el sujeto activo o sobre aquel que contribuya al hecho, exista un deber especial que lo conmine actuar, según los presupuestos de la omisión impropia, por lo tanto, el medio de prueba deberá estar orientado a acreditar

(51) Así tenemos, el Recurso de Nulidad N° 4403-2008-San Martín, del 16 de enero de 2009; véase CARO JOHN, José Antonio. Ob. cit., p. 382 y ss.

(52) De la misma forma, el Recurso de Nulidad N° 2314-2006- Huancavelica, del 3 de agosto de 2006; véase CARO JOHN, José Antonio. Ob. cit., p. 382 y ss.

(53) Aprobada mediante Resolución N° 1247-2012-MP-FN, del 23 de mayo de 2012.

(54) A esta circunstancia se le conoce como “prevalimiento”, según el Recurso de Nulidad N° 906-2007-Madre de Dios, del 6 de julio de 2007; véase CARO JOHN, José Antonio. Ob. cit., p. 386.

(55) Véase: Recurso de nulidad N° 4938-97-Lima, del 21 de noviembre de 1997; véase CARO JOHN, José Antonio. Ob. cit., p. 385.

la existencia de dicho deber especial. Según el panorama expuesto, en el delito de violación sexual de menor de edad el análisis de la actuación de los medios de prueba es diverso, debiéndose seguir los lineamientos de la pertinencia del medio de prueba en el caso concreto⁽⁵⁶⁾.

- c. **Elementos concomitantes.** En este rubro existen tres indicadores: i) el bien jurídico; ii) los elementos descriptivos y normativos; y iii) la imputación objetiva. Respecto al bien jurídico, consideramos que no resulta ser materia de probanza expresa, por su naturaleza etérea, pero su contenido deberá ser valorado oportunamente al analizar los medios de prueba que acreditan la conducta delictiva, específicamente la edad cronológica de la menor (indemnidad sexual). Respecto a los criterios de imputación objetiva, que están referidos a la existencia de roles y riesgos (según la postura teórica funcional que se asuma); de la misma forma, consideramos que su demostración se encuentra inmersa en los medios de prueba de la conducta, haciendo la salvedad que por la misma naturaleza de la institución –imputación objetiva–, tendría más consistencia ser invocada por la defensa técnica respecto al hecho impeditivo, por ejemplo, podría alegar riesgo insignificante por la existencia de una relación amorosa consentida entre el imputado y la menor de edad (mayor de 14 años). Finalmente, respecto a los elementos descriptivos y normativos, los primeros también se encuentran inmersos en los elementos referentes a la conducta, cuyos medios de prueba demostrarían su existencia; y respecto de los elementos normativos, estos serán analizados a nivel valorativo por el juzgador, no así a nivel demostrativo del hecho delictual.

(56) El trigésimo considerando del Acuerdo Plenario N° 01-2011/CJ-116, señala un interesante desarrollo del principio aludido: “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”.

A nivel del **tipo subjetivo**, el delito de violación sexual de menores de edad es de comisión dolosa⁽⁵⁷⁾. Si bien la esfera subjetiva del ser humano es de difícil probanza por razones obvias, sin embargo, se deberá buscar el método más adecuado para obtener su acreditación. Hasta la fecha se encuentra vigente la Casación N° 367-2011-Lambayeque⁽⁵⁸⁾⁽⁵⁹⁾, mediante la cual se precisa el criterio vinculante para los órganos jurisdiccionales respecto a la valorización del dolo con sus componentes concurrentes de **conocimiento y voluntad**.

En ese contexto, el contenido de los elementos aludidos fluye de la misma esencia de los medios de prueba vinculados a los hechos constitutivos orientados a la demostración de la conducta delictiva, es decir, la voluntad y el conocimiento se encuentran evidenciados en el **acceso carnal** desplegado por el autor, ya sea por vía vaginal, anal, bucal u otros actos análogos, conducta delictiva que se acredita fundamentalmente con el reconocimiento médico legal o la prueba de ADN de las muestras biológicas del autor y el agraviado.

Aunado a lo expuesto, conforme lo hemos señalado en otras oportunidades⁽⁶⁰⁾, surge la imperiosa necesidad de admitir en nuestro sistema penal la **normativización del tipo subjetivo**, lo cual implica

-
- (57) Exp. N° 598-98-P/CDAM, del 2 de octubre de 1998 y Exp. N° 98-006, del 30 de noviembre de 1998, Sala Mixta Descentralizada de la Corte Superior de Arequipa; véase CARO JOHN, José Antonio. Ob. cit., p. 386.
- (58) Todo ello de conformidad con el artículo 141 de la Carta Magna: “Corresponde a la Corte Suprema fallar en casación, o en última instancia, cuando la acción se inicia en una Corte Superior o ante la propia Corte Suprema conforme a ley”. Asimismo, el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 004-2006-PI/TC, del 29 de marzo de 2006, en el fundamento 26, señala que la Corte Suprema puede fallar en casación o en última instancia. Y el artículo 32 de la Ley Orgánica del Poder Judicial –Decreto Supremo N° 017-93-JUS– establece: “La Corte Suprema conoce de los procesos en vía de casación con arreglo a lo establecido en la ley procesal respectiva, asimismo el artículo 22 de la citada ley establece que las ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales son de obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales”.
- (59) De la misma forma, la casación respecto a la creación de doctrina jurisprudencial, tiene tres funciones: a) depuración y control de la aplicación del Derecho por los tribunales de instancia; b) unificación jurisprudencial; y c) verificación de la correcta determinación de la premisa menor de la justificación de la decisión. En ese mismo sentido se puede indicar que la casación, al igual que otras decisiones jurisdiccionales emitidas por la Corte Suprema como resultan ser los precedentes vinculantes, sentencias plenarias, acuerdos plenarios y sentencias casatorias plenarias, tienen tres características: i) contienen principios o reglas jurídicas; ii) son producto de la interpretación de la norma en su aplicación a hechos con relevancia jurídica actuales o pasados; y iii) tienen fuerza normativa para futuros supuestos similares. Véase YAIPÉN ZAPATA, Víctor Pastor. *Recurso de casación penal. Reforma procesal penal y análisis jurisprudencial*. Ideas Solución, Lima, 2014, p. 306.
- (60) ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. “La demostración del dolo en la intervención delictiva. A propósito de la casación N° 367-2011-Lambayeque”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 85, Gaceta Jurídica, Lima, julio de 2016, p. 71 y ss.

comprender que el elemento volitivo –en un delito de comisión dolosa– no forma parte, en propiedad, de la imputación subjetiva del hecho⁽⁶¹⁾, por cuanto la voluntad del agente delictual forma parte implícitamente de todas las categorías jurídicas del delito, esto es, a nivel de la antijuridicidad la voluntad delictual aparece identificada –ya sea en su vertiente formal y material–, pues se asume que los intervinientes en el injusto penal tienen conocimiento de que su accionar es contrario al orden jurídico por cuanto lesiona o pone en peligro bienes de tutela penal. De la misma forma, a nivel de la culpabilidad, la voluntad aparece identificada en la medida que el nivel de reprochabilidad idóneo para sustentar responsabilidad penal se encuentra en el hecho de que se demanda al agente delictual la “exigibilidad de otra conducta”, esperando el Derecho Penal y el sistema social que el agente actúe conforme a Derecho; en ese sentido, un distinto accionar “voluntario” justifica imputar responsabilidad penal.

En ese orden de ideas, **la normativización del tipo subjetivo** implica alejarse del enfoque tradicional orientado a saber si el agente delictual tuvo conocimiento de los elementos descriptivos y normativos del tipo objetivo, conforme indica García Caveró⁽⁶²⁾, por cuanto dicho enfoque resulta ser indeterminado y gaseoso para fines probatorios en razón de que el mismo procesado, por postura de defensa, negará conocer la norma prohibitiva. Siendo esto así, y siguiendo los aportes del autor citado, podemos concluir que el conocimiento de los elementos descriptivos y normativos del tipo objetivo deberá ser reemplazado –al momento de la valoración del caudal probatorio y de la conducta de los sujetos procesales– por criterios de **percepción sensorial y juicios de valoración**. Siendo esto así, la “percepción sensorial” implica analizar el rol general del agente delictual, que en el caso concreto tiene como base la figura de una persona responsable con las capacidades normales de percepción⁽⁶³⁾. Por otro lado, el **juicio de valoración** exige niveles de análisis superiores a la esfera del

(61) SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*. Bosch, Barcelona, 1992, p. 401; de la misma forma RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Bosch Editor, Barcelona, 1999, p. 275 y ss., GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal económico. Parte general*. Ara Editores, Lima, 2003, p. 513.

(62) *Ibidem*, p. 518 y 519.

(63) *Ibidem*, p. 521.

profano⁽⁶⁴⁾, es decir, nos encontramos con conocimiento específicos propios de un rol especial.

3.2. Del análisis y valoración de los medios de prueba de cargo y descargo en los delitos de violación sexual de menores de edad

El segundo paso en la dinámica probática resulta ser el análisis y la valoración de los medios de prueba, que comprende dos momentos correlativos: el análisis y la valoración de los medios de prueba de cargo y descargo, conforme se explicará a continuación.

3.2.1. Del análisis de los medios de prueba de cargo y descargo

La incorporación de los elementos de convicción o medios de prueba al proceso penal no está al libre albedrío de los sujetos procesales, sino al control riguroso del juez, es decir, el juzgador deberá analizar la idoneidad y legitimidad de los medios de prueba obtenidos. Esto implica la necesidad de identificar la existencia de algún defecto en el proceso de obtención y admisión de los elementos de convicción recabados a nivel de la etapa de investigación, circunstancias que pueden devenir en prueba ilícita, en la medida que en su actuación los sujetos procesales hayan obtenido dichos elementos, lesionando derechos fundamentales concomitantes al ser humano, circunstancias en las cuales se deberán aplicar las reglas de exclusión⁽⁶⁵⁾.

De la misma forma, este análisis demanda considerar las excepciones a las reglas de exclusión⁽⁶⁶⁾; siendo así, y por la misma esquemática

(64) *Ibíd.*, p. 525.

(65) Las reglas de exclusión del medio de prueba tienen diversos indicadores; así, Miranda Estrampes señala tres criterios por los cuales se determina la ilegalidad del caudal probatorio, los cuales por la misma naturaleza del trabajo, serán enunciados, siendo: a) pruebas expresamente prohibidas por la ley; b) pruebas irregulares o defectuosas; y c) pruebas obtenidas o practicadas con violación de derecho fundamentales. Véase MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*. Bosch, Barcelona, 1999; JAUCHEN, Eduardo M. *Ob. cit.*, pp. 621-622.

(66) Existen diversas posturas sobre este tema, entre ellas Sánchez Velarde señala las citadas reglas, las cuales enunciamos por la misma propiedad del presente trabajo: i) para el caso de la prueba directa, se tiene: a) Doctrina de la ponderación de intereses, b) Doctrina de la buena fe, c) Efecto de la prueba ilícita para terceros, d) Doctrina sobre la infracción constitucional beneficiosa para el imputado, e) Doctrina de la destrucción de la mentira del imputado; ii) para el caso de la prueba derivada, tenemos: a) Teoría de la fuente independiente, b) Teoría del hallazgo inevitable, c) Teoría del nexo causal. Véase SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. "La prueba. Aspectos generales". En: *Nuevas tendencias del Derecho Penal y nuevo Código Procesal Penal*. Año II, N° 3, Lima, 2011, pp. 59-71; ROSAS YATACO, Jorge. *La prueba en el nuevo proceso penal*. Instituto Pacífico, Lima, 2016, pp. 1185-1186.

del proceso penal, mayoritariamente, el análisis aludido correspondería al juez de garantías, es decir, al juez de investigación preparatoria, por cuanto está facultado para sanear o excluir los respectivos elementos de convicción según la dinámica procesal señalada en el inciso 3 del artículo 351 y en el inciso 1 del artículo 352 del Código Procesal Penal.

Finalmente, es necesario indicar que en el caso que de haberse dado por saneado un elemento de convicción y otorgado el estatus de medio de prueba presto para ser utilizado en etapa de juicio oral, si dicho saneamiento se encuentra viciado por un error de valoración del juzgado de investigación preparatoria, subsistiendo el estatus de prueba ilícita, corresponderá al juez de juzgamiento evidenciar la nulidad por prueba ilícita y subsecuentemente no valorar dicho medio de prueba⁽⁶⁷⁾.

3.2.2. De la valoración de los medios de prueba de cargo y descargo

La valoración de los medios de prueba, tanto de cargo y de descargo, resulta ser el último ejercicio que realizará el juzgador, es decir, conforme indica Gascón Abellán, “(...) es el juicio de aceptabilidad de los resultados producidos por los medios de prueba. Consiste, más propiamente, en la verificación de los enunciados fácticos introducidos en el proceso a través de los medios de prueba, así como en el reconocimiento a los mismos de un determinado valor o peso en la formación de la convicción del juzgador sobre los hechos que se juzgan (...)”⁽⁶⁸⁾.

Siendo así, la valoración de los medios de prueba de cargo y descargo deberá responder a las reglas del sistema de la sana crítica o libre valoración vigente en nuestro Código Procesal Penal, es decir, el juez deberá considerar en su razonamiento valorativo las reglas de lógica⁽⁶⁹⁾,

(67) En términos similares, MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *La prueba en el proceso penal acusatorio (reflexiones adaptadas al Código Procesal Penal peruano de 2004)*. Jurista Editores, Lima, 2012; NEYRA FLORES, José Antonio. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Ob. cit., p. 431.

(68) GASCÓN ABELLÁN, Marina. Ob. cit., pp. 140-141.

(69) La valoración de la prueba, deberá realizarse según los criterios de la lógica, es decir, en palabras de Neyra Flores: “El razonamiento judicial describe como una operación silogística, de modo que la corrección de los procedimientos lógicos utilizados conlleva a razonamientos correctos. Este sistema silogístico hace uso de una inferencia o deducción la cual consiste en la combinación de dos proposiciones (premisas) de las cuales se obtiene una conclusión. Por tanto, el razonamiento que no obedece a las reglas de la lógica formal, se constituye en falacias”. Véase NEYRA FLORES, José Antonio. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Ob. cit., p. 247.

los aportes de la ciencia⁽⁷⁰⁾ y las máximas de la experiencia⁽⁷¹⁾; criterios que deberán ser aplicados, según el caso concreto, escrupulosamente, valorando tanto los medio de prueba de cargo como de descargo, conforme indica el inciso 1 del artículo 158 y el inciso 2 del artículo 394 del Código Procesal Penal.

3.2.3. Probabilidades y fuerza probatoria en los delitos de violación sexual de menores de edad”

Los criterios de análisis y valoración de los medios de prueba, tanto de cargo como de descargo (respecto a la legitimidad y aplicación de las reglas de la lógica, la ciencia y máxima de la experiencia, respectivamente) no tienen, mayoritariamente, un soporte objetivo, por cuanto predomina la discrecionalidad del juez, quien realiza juicios de valoración según su criterio. Consideramos que este presupuesto deberá ser complementado por “análisis probabilísticos”, plasmados en la resoluciones y sentencias respectivamente, formando parte de los criterios de motivación, tanto de hecho como de Derecho.

El sistema de probabilidades se constituye en una herramienta eficaz para el juzgador a efectos de administrar objetivamente el sano valor de “justicia”. En ese sentido, sabiendo que nuestro sistema procesal penal admite la libre valoración o sana crítica, no vemos problema alguno en que el juzgado pueda aplicar en su quehacer resolutivo cualquiera de los modelos de probabilidades señalados en el punto 4.2 del presente trabajo.

A nuestro criterio, el axioma de Shafer y el esquema valorativo del grado de confirmación aportan inusitados avances al proceso valorativo de la prueba, es decir, el juzgador, al momento de emitir su juicio de valor, deberá considerar el peso de los medios de prueba que respaldan y confirman las hipótesis contrapuestas, tanto del Ministerio

(70) La seguridad del juzgador deberá descansar en los aportes científicos respecto a la demostración de una realidad fáctica, por lo tanto, el aporte de la ciencia dota de niveles de objetividad a los razonamientos del juzgador.

(71) Resultan ser inferencias estandarizadas y aceptadas por una realidad social determinada, conforme viene indicando el sistema jurisprudencial; estas inferencias “(...) se construyen con base a elementos probatorios o elementos indiciarios probados. No es posible construirse si en el proceso no tenemos elemento objetivos probados. Por ejemplo, no sería posible invocar las máximas de la experiencia, si no tenemos como probado la existencia de un cargamento de droga y personas en posesión de ella, etc.”; véase el fundamento 4.3 de la sentencia expedida por la Sala Penal Nacional en el Exp. N° 470-2013, del 21 de diciembre de 2016.

Público como de la defensa técnica; **en ese sentido, el peso de los medios de prueba se evaluará en la medida que tengan mayor proximidad a la certeza**; por lo tanto, a la hipótesis que mantenga firmeza le asistirá la razón. Esto no implica, por cierto, un proceso aritmético en el cual a mayores medios de prueba mayor derecho, **sino, por el contrario, el sistema de probabilidades, cuando hace referencia al peso de los medios de prueba, refiere a la intensidad o contundencia del medio de prueba**. Ante ello, presentamos dos ejemplos a efecto de operativizar lo teórico.

a. **Primer caso**

Se cuenta con dos hipótesis, según la teoría del caso de los sujetos procesales. Por un lado la **hipótesis absolutoria**⁽⁷²⁾ de la defensa técnica, quien aduce que su patrocinado X el día de los hechos (violación sexual vía vaginal en agravio de Y) se encontraba fuera de la ciudad donde estos se cometieron, presentado como medios de prueba de descargo la declaración testifical de tres amigos de infancia, quienes aducen haberse encontrado con X a la misma hora y el mismo día con él celebrando un cumpleaños. De la misma forma, presenta diez medios de prueba documentales que acreditan su buena conducta, es decir, la defensa técnica cuenta con trece medios de prueba.

En sentido contrario, se cuenta con la **hipótesis acusatoria**⁽⁷³⁾ sustentada por el Ministerio Público, tesis que cuenta con 4 medios de prueba, esto es, la grabación fílmica del día de los hechos (debidamente visualizada en acta), en la cual se evidencia la presencia de X en el interior de una entidad financiera realizando una transacción bancaria en la ciudad donde acontecieron los hechos. Asimismo, se cuenta con el reconocimiento médico legal efectuado en la víctima, en el cual se registra: desfloración reciente y lesiones paragenitales y extragenitales; además, la prueba de ADN respecto a las muestras biológicas extraídas tanto del imputado como de la agraviada, arrojando como resultado 99,9 % de posibilidades que

(72) Enunciados fácticos (hechos impeditivos) + medios de prueba = tesis absolutoria.

(73) Enunciados fácticos (hechos constitutivos) + medios de prueba = tesis condenatoria.

la muestras espermáticas encontradas en la cavidad vaginal de la agraviada le correspondan a X; y, finalmente, la partida de nacimiento de la agraviada, mediante la cual se acredita que al momento de los hechos contaba con 13 años de edad.

b. **Segundo caso**

Se cuenta con dos hipótesis contradictorias, por un lado, la **hipótesis acusatoria**, atribuyendo cargos delictuales contra X, esto es, el título de autor directo del delito de violación sexual de menor de edad previsto en el artículo 173, en agravio de Y. Se cuenta con cinco medios de prueba de cargo: el reconocimiento médico legal, que registra desfloración reciente de la menor agraviada; la declaración referencial de la menor agraviada, quien sindicó a X como autor de los hechos, así como tres declaraciones testimoniales de referencia de los familiares de la menor agraviada, quienes también sindicaron a X como autor del delito.

En sentido contrario, la **hipótesis absolutoria** de la defensa técnica, quien aduce que su patrocinado X no es responsable de los hechos, cuenta con dos medios de prueba de descargo: un correo electrónico mediante el cual se evidencia la relación sentimental entre A y la menor Y; asimismo, cuenta con un audio gravado por el mismo imputado X, el cual registra las declaraciones de la menor agraviada Y y su madre biológica, quienes solicitan dinero a X para retirar los cargos, reconociendo que el responsable de los hechos es A, tratándose de una treta con la finalidad de obtener dinero de X.

Siendo así, en términos aritméticos, nos encontramos con dos cantidades diametralmente diferenciadas. En la **primera casuística** se cuenta con trece medios de prueba de descargo y cuatro medios de prueba de cargo; y en la **segunda casuística** se tienen cinco medios de prueba de cargo y dos medios de prueba de descargo. Empero, el peso de la información marcará la diferencia para otorgar el derecho a la parte acusadora, aunque cuantitativamente una hipótesis cuente con más medios de prueba.

En el primer caso, los medios de prueba que respaldan la “hipótesis acusatoria” tienen mayor peso de probabilidades que le otorgan

proximidad de certeza, acreditando los hechos constitutivos, por lo tanto, correspondería que la sentencia sea condenatoria.

En el segundo caso, los medios de prueba que respaldan la “hipótesis absolutoria”, tienen mayor peso de probabilidades que le otorgan proximidad de certeza, acreditando los hechos impositivos, por lo tanto, la sentencia debería ser absolutoria.

V. CONCLUSIONES

1. La actividad de los sujetos procesales y el uso de los medios de prueba se encuentran determinados por la naturaleza de los hechos, esto es, el Ministerio Público se encuentra ligado a la carga de la prueba con la finalidad de demostrar los hechos constitutivos y ejercer su rol acusatorio; por su parte, la defensa técnica se encuentra vinculada a la carga de la prueba de los hechos impositivos, con la finalidad de ejercer su actividad de descargo.
2. En el proceso de valoración de la prueba en los delitos de violación sexual de menores de edad deberá considerarse el “sistema de probabilidades”, por cuanto permite identificar el peso probatorio de los medios de prueba de cargo y de descargo, dotando al juzgador de criterios objetivos al momento de realizar los juicios valorativos propios de las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia.
3. La determinación del peso de los medios de prueba permite identificar la proximidad al grado de certeza y elegir con objetividad una de las hipótesis planteadas por los sujetos procesales.

VI. BIBLIOGRAFÍA

1. ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. “La demostración del dolo en la intervención delictiva. A propósito de la casación n° 367-2011-Lambayeque”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 85, Gaceta Jurídica, Lima, julio de 2016.
2. ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. “La prueba en el delito de colusión bajo las reglas del Código Procesal Penal de 2004”. En: *La prueba en el proceso penal*. Instituto Pacífico, Lima, 2015.
3. AVALOS RODRIGUEZ, Constante y ROBLES BRICEÑO, Mery. *Modernas tendencias de la dogmática en la jurisprudencia penal de la Corte Suprema*. Gaceta Jurídica, Lima, Julio-2005.

4. BARRAGÁN SALVATIERRA, Carlos. *Derecho Procesal Penal*. 3ª edición. Mc Graw-Hill, México D.F., 2009.
5. BLANQUEZ FRAILE, Agustín. *Diccionario manual: latino-español y español-latino*. Sopena, Barcelona, 1974.
6. CAFFERATA NORES, José I. *La prueba en el proceso penal*. De Palma, Buenos Aires, 1998.
7. CARNELUTTI, Francisco. *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Tomo II, Uteha, Buenos Aires, 1944.
8. CARO JOHN, José Antonio. *Summa Penal. Penal, Procesal Penal y Penitenciario*. Nomos & Thesis, Lima, 2016.
9. CASTILLO ALVA, José Luis. *La violación sexual en el Derecho Penal peruano*. Jurista Editores, Lima, 2001.
10. CATALANO, Elena. “Prova indiziaria, probabilistic evidence e modelli matamatici di valutazione”. En: *Revista di Dirritto Processuale*. 1996.
11. DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de prueba judicial*. Tomo I, 6ª edición, Temis, Bogotá, 2012.
12. FALCÓN, Enrique M. *Tratado de la prueba. Civil, comercial, laboral, penal, administrativa*. 2ª edición actualizada y amplificada, Astrea, Buenos Aires, 2009.
13. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. *Derecho Penal. Parte general. Teoría del delito y de la pena*. Volumen II, Ibáñez, Bogotá, 2012.
14. GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal económico. Parte general*. Ara Editores, Lima, 2003.
15. GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. 3ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2010.
16. HIRSCH, Hans-Joachim. “Acerca de la imputación objetiva”. En: *Nueva Doctrina Penal*. 1998.
17. JAUCHEN, Eduardo. *Tratado de la prueba en materia penal*. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2002.
18. MAIER, Julio B.J. *Derecho Procesal Penal*. Tomo III, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004.
19. MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo IV, Ejea, Buenos Aires, 1952.
20. MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho Penal”. En: *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y la Criminología*. Madrid, 2001.

21. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*. Bosch, Barcelona, 1999.
22. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *La prueba en el proceso penal acusatorio (reflexiones adaptadas al Código Procesal Penal peruano de 2004)*. Jurista Editores, Lima, 2012.
23. MIXÁN MASS, Florencio. *La prueba en el procedimiento penal*. Tomo IV-B, Ediciones Jurídicas, Lima, 1991.
24. MIXÁN MASS, Florencio. *Prueba indiciaria. Carga de la prueba. Casos*. BLG, Trujillo, 1995.
25. NAKAZAKI SERVIGÓN, César. *El Derecho Penal y Procesal Penal. Desde la perspectiva del abogado penalista litigante*. Gaceta Jurídica, Lima, 2017.
26. NEYRA FLORES, José Antonio. *Manual del nuevo proceso penal & de litigación oral*. Idemsa, Lima, 2010.
27. NEYRA FLORES, José Antonio. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo II, Idemsa, Lima, 2015.
28. ORÉ GUARDIA, Arsenio. *Manual de Derecho Procesal Penal. La prueba en el proceso penal*. Reforma, Lima, 2015.
29. PASTOR ALCOY, Francisco. *Prueba de indicios, credibilidad del acusado y presunción de inocencia*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
30. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Los delitos sexuales. Análisis dogmático, jurisprudencial y criminológico*. Ideas Solución, Lima, 2014.
31. PÉREZ LÓPEZ, Jorge. *Las 15 eximentes de responsabilidad penal, exhaustivo análisis doctrinario y jurisprudencial*. Gaceta Jurídica, Lima 2016.
32. PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. *Consecuencias jurídicas del delito. Giro punitivo y nuevo marco legal*. Idemsa, Lima, 2016.
33. PRIETO CASTRO, Leonardo. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Tomo I, Imprenta Sáenz, Madrid, 1959.
34. QUIROZ SALAZAR, William. *La prueba del dolo en el proceso acusatorio garantista*. Ideas Solución, Lima, 2014.
35. RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Bosch Editor, Barcelona, 1999.
36. ROSAS YATACO, Jorge. *La prueba en el nuevo proceso penal*. Instituto Pacífico, Lima, 2016.
37. ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general*. Tomo I, 1ª reimpresión, Civitas, Madrid, 2000.

38. ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general*. Tomo I, Civitas, Madrid, 1997.
39. SALINAS SICCHA, Ramiro. *Derecho Penal. Parte especial*. Idemsa, Lima, 2004.
40. SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. “La prueba. Aspectos generales”. En: *Nuevas Tendencias del Derecho Penal y nuevo Código Procesal Penal*. Año II, N° 3, Lima, 2011.
41. SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *El nuevo proceso penal*. Idemsa, Lima, 2009.
42. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*. Bosch, Barcelona, 1992.
43. TALAVERA ELGUERA, Pablo. *La prueba en el proceso penal. Manual de Derecho probatorio y de la valorización de las pruebas en el proceso penal común*. Academia de la Magistratura, Lima, 2009.
44. TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Trotta, Madrid, 2002.
45. TERENCE, Anderson; SCHUM, David y TWINING, William. *Análisis de la prueba*. Marcial Pons, Madrid, 2015.

La debida motivación de la valoración de la prueba como manifestación de la tutela jurisdiccional efectiva de la víctima en los procesos penales por violación sexual

Elky Alexander VILLEGAS PAIVA^(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Concepto y alcance de la debida motivación. III. Funciones de la debida motivación. 1. Función endoprosesal. 2. Función extraprosesal. IV. Requisitos para una debida motivación. 1. Motivación expresa. 2. Motivación clara. 3. Respeto a las máximas de la experiencia. 4. Respeto a los principios lógicos. V. Infracciones de la debida motivación. 1. Inexistencia de motivación o motivación aparente. 2. Falta de motivación interna de razonamiento. 3. Deficiencias en la motivación externa. 4. La motivación insuficiente. 5. La motivación sustancialmente incongruente. VI. La debida motivación como garantía a favor del agraviado. Especial referencia a procesos penales seguidos por el delito de violación sexual. VII. Comentario a la Casación N° 201-2014-Ica. VIII. Conclusiones. IX. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Los estudios doctrinales y los pronunciamientos jurisprudenciales sobre la debida motivación de las resoluciones judiciales han estado por lo general enfocados a desarrollarla como una garantía del debido proceso y del derecho a la defensa del imputado o acusado en un proceso penal. Precisamente algunos ámbitos en los que se deja sentir

(*) Abogado por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo. Con estudios de maestría en Derecho con mención en Ciencias Penales en la Universidad Privada Antenor Orrego. Socio del Estudio Villegas Paiva & Abogados-Defensa Penal.

la debida motivación de las resoluciones judiciales en el campo penal tenemos, en cuanto al imputado o procesado se refiere, en la imposición de alguna medida restrictiva o limitativa de derechos, así por ejemplo, resulta importantísimo que la resolución que imponga una medida cautelar, como puede ser la prisión preventiva, debe estar debidamente fundamentada (se habla incluso de “motivado reforzada” en estos casos⁽¹⁾), pero no solo la resolución que impone dicha medida, sino también el requerimiento fiscal que solicita la adopción de tal medida igualmente debe cumplir con el canon de la debida motivación.

Igualmente la resolución fiscal que formaliza investigación o formula acusación solicitando el procesamiento de un imputado debe satisfacer el requisito de la debida motivación, de acuerdo a las circunstancias de avance del proceso, lo que este estadio se observará si el fiscal ha satisfecho el principio de imputación necesaria. Asimismo es ya de sobra conocido la obligación que tiene el juez de motivar la sentencia condenatoria, de forma tal que queden explícitas las razones que han desvirtuado la presunción de inocencia, es decir tiene que justificar la existencia de prueba de cargo inculpativa que demuestre la culpabilidad del agente más allá de toda duda razonable.

Sin embargo sobre lo que casi no existen voces es acerca de cómo la debida motivación de las resoluciones judiciales también puede ser invocada por la víctima de un delito. Y es que si bien, en cuanto la debida motivación en la medida en que se encuentra recogida en diversos instrumentos internacionales, así como en la carta magna de nuestro país, nadie duda de que se trate de un derecho fundamental, y como tal le pertenece y puede ser demandada su protección o eficacia por cualquier persona sin importar la condición (imputado, agraviado, tercero civil, etc.) en que se encuentre dentro del proceso, lo cierto es que urgen estudios y análisis sobre las particularidades en que la debida motivación pueda ser invocada por la víctima en aras de tornar en efectiva o eficaz el derecho continente de la tutela jurisdiccional. Así, surgen interrogantes tales como: ¿En qué casos la víctima puede alegar que se le ha vulnerado el derecho a la debida motivación? ¿Cuándo se encuentra legitimada para impugnar una resolución que no cumpla con la debida motivación: solo cuando se haya constituido en actor

(1) Así, entre otras, STC Exp. N° 1091-2002-HC/TC, f.j. 18; STC Exp. N° 03784-2008-HC/TC, f.j. 7.

civil, o no es relevante dicha constitución para demandar la tutela del derecho en alusión que haya sido vulnerado? ¿Solo puede alegar que existe una deficiente motivación en el extremo de la reparación civil o también puede hacerlo en el extremo absolutorio de la sentencia con respecto al imputado?

Estas son solo algunas de las múltiples cuestiones que genera el tema mencionado, a las que en las próximas líneas intentaremos dar respuesta, con la mayor brevedad posible, debido al espacio concedido. Para lo cual tomaremos como referencia en concreto los procesos penales seguidos por casos de violación sexual, ello con la finalidad de que existe una mayor comprensión de las ideas que se expongan, sin embargo debe quedar claro que las mismas pueden hacerse valer en los procesos penales por cualquier tipo de delito.

Ahora bien, hecha la precisión, entonces las interrogantes anotadas en el párrafo anterior, podríamos reformularlas en el contexto de casos por violación sexual de la siguiente manera: ¿En los procesos penales por el delito de violación sexual, la víctima puede impugnar una resolución que no cumpla con la debida motivación? Y si es así, ¿cuándo se encontraría legitimada para ello: solo cuando se haya constituido en actor civil, o no es relevante dicha constitución para demandar la tutela del derecho en alusión que haya sido vulnerado? ¿La víctima de violación sexual en el proceso penal que se sigue en contra de su agresor, puede impugnar el auto de sobreseimiento o la sentencia absolutoria alegando una falta de motivación, precisamente, con respecto al extremo absolutorio? ¿O solo le sería posible impugnar el auto de sobreseimiento o la sentencia absolutoria alegando una falta de motivación en lo referente al extremo de la reparación civil?

II. CONCEPTO Y ALCANCE DE LA DEBIDA MOTIVACIÓN

La primera cuestión que surge, al referirse a la motivación de las resoluciones judiciales, es precisamente qué se entiende por ella, o en otras palabras ¿en qué consiste “motivar”?

Pues bien, dado que el término “motivación” no tiene una acepción única, existen dos respuestas a la pregunta que se acaba de formular, y que se corresponden, *grosso modo*, a las concepciones “psicologista” y “racionalista” de la motivación. La primera de ellas identifica

a la motivación con la expresión lingüística de los motivos que han llevado a una decisión⁽²⁾. Bajo tal perspectiva la motivación de las resoluciones judiciales se reduciría en la exteriorización del *iter* mental mediante el cual el magistrado llega a formular la decisión⁽³⁾. La segunda, en cambio, entiende la motivación como justificación: una decisión motivada es, pues, una decisión que cuenta con razones que la justifican, en buena cuenta sería una argumentación racional de la decisión.

La primera respuesta es inviable en un Estado Constitucional de Derecho, pues tal acepción reduce la motivación a mera formalidad. Como dice Igartua Salaverría: “Si la motivación hubiera de describir el camino intelectual que desemboca en la decisión, ¿consideraríamos cumplida la obligación de motivar con una fidelísima descripción de un razonamiento desastroso? Solo si conferimos a la motivación un carácter meramente formal, se podría aceptar que la autoridad normativa (el constituyente, el legislador, etcétera) no ordena razonar bien, basta con que los jueces expongan las razones reales que le han movido a tomar una decisión (aunque fueren ilógicas), cosa que nadie aceptaría”⁽⁴⁾.

Es la segunda respuesta la que se acopla mejor con las finalidades de un Estado Constitucional de Derecho, pues permitirá, por un lado, el control burocrático o técnico jurídico, es decir favorecer el control de instancias superiores, con lo cual se garantiza a su vez el derecho de defensa, y por otro lado, el control democrático o social, es decir el control de la opinión pública.

Entonces, la motivación de las resoluciones judiciales se refiere a la justificación razonada que hace jurídicamente aceptable una decisión judicial, la motivación se entiende aquí como sinónimo de justificación, esto es argumentar o dar razones⁽⁵⁾ en apoyo de las premisas del razonamiento judicial plasmado en la resolución judicial. Y por ello la esencia de este concepto se encuentra en que su decisión es conforme

(2) FERRER BELTRÁN, Jordi. “Apuntes sobre el concepto de motivación de las decisiones judiciales”. En: *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. N° 34, Instituto Tecnológico y Autónomo de México, México D.F., abril de 2011, p. 89.

(3) IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. *El razonamiento en las resoluciones judiciales*. 1ª edición, 1ª reimpresión. Palestra Editores, Lima, 2014, p. 19.

(4) *Ibidem*, p. 20.

(5) Argumentar significa dar razones en apoyo de un determinado enunciado y motivar consiste en ello, en argumentar, es decir en dar razones que justifiquen la resolución judicial. Véase, ZAVALETA RORÍGUEZ, Roger. *La motivación de las resoluciones judiciales como argumentación jurídica*. Grijley, Lima, 2014, pp. 39 y 40.

a Derecho y ha sido adoptada con sujeción a la ley. No se trata, o al menos no solamente, de que se explique cuál ha sido el proceso psicológico, sociológico para llegar a la decisión, sino que se requiere, además, demostrar o poner de manifiesto que las razones por las que se tomó una decisión son aceptables desde la óptica del ordenamiento⁽⁶⁾.

Y es que –como sostiene Castillo Alva– explicar no es lo mismo que justificar, debido a que la primera operación tiende a mostrar las causas que determinaron el arribar a una determinada decisión, señalando los condicionamientos, los factores de incidencia, como la prueba y la fundamentación normativa. La explicación es un procedimiento eminentemente descriptivo en términos de causas y efectos de los cuales difícilmente pueden inferirse enunciados referidos al deber ser o una descripción. En cambio, la justificación es tanto la objetivación de las razones como la búsqueda de que las mismas sean atendibles, correctas o plausibles desde el punto de vista normativo en la resolución en controversia. La explicación responde a la pregunta de por qué se ha tomado una determinada decisión; mientras que la justificación responde a la pregunta de por qué se ha debido tomar la decisión o por qué una determinada decisión se considera correcta⁽⁷⁾.

Por lo tanto, el juez aparte de tener las obligaciones fundamentales de juzgar, es decir de dictar una decisión que resuelva el litigio que llega ante él; y de que dicha decisión que dicte para resolver el litigio sea una decisión conforme al Derecho, tiene una tercera obligación básica, la cual consiste en que motive suficientemente aquella decisión que dicte para resolver el litigio⁽⁸⁾.

Esta última obligación es producto del contexto social actual, en donde –como sostiene Aarnio–: “(...) la gente exige no solo decisiones dotadas de autoridad, sino que pide razones. Esto vale también para la administración de justicia. La responsabilidad del juez se ha convertido cada vez más en la responsabilidad de justificar sus decisiones. La base para el uso del poder por parte del juez reside en la aceptabilidad

(6) COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio. *La motivación de las sentencias. Sus exigencias constitucionales y legales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 38-39.

(7) CASTILLO ALVA, José Luis. *La motivación de la valoración de la prueba en materia penal*. Grijley, Lima, 2014, pp. 156-160.

(8) Cfr. HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael. “El Juez, el científico y la búsqueda de la verdad”. En: *Prueba y razonamiento probatorio en Derecho. Debates sobre abducción*. Juan Antonio García Amado y Pablo Raúl Bonorino (Coords.). Comares, Granada, 2014, pp. 4 y 5.

de sus decisiones y no en la posición formal de poder que pueda tener. En este sentido, la responsabilidad de ofrecer justificación es, específicamente, una responsabilidad de maximizar el control público de la decisión. Así, pues, la presentación de la justificación es siempre también un medio para asegurar, sobre una base racional, la existencia de la certeza jurídica en la sociedad”⁽⁹⁾.

Estas palabras de Aarnio grafican la importancia que ha adquirido la motivación de las decisiones judiciales en la actualidad, esto si se parte por entender que motivar es –precisamente como se ha dicho– justificar o dar razones, es decir argumentar racionalmente la decisión adoptada con miras a eliminar todo atisbo de arbitrariedad.

La motivación de las decisiones judiciales constituyó uno de los elementos fundamentales del Estado de Derecho como conquista frente a las arbitrariedades de los procesos durante el antiguo régimen⁽¹⁰⁾. Hoy en día, bajo el paradigma del Estado Constitucional, se ha focalizado una gran atención sobre la debida motivación de las resoluciones judiciales o, lo que es lo mismo, sobre los procesos argumentativos judiciales. Aspecto que podría encontrar su explicación –según Gascón Abellán– en la toma de conciencia del papel central que los jueces vienen llamados a desempeñar en los sistemas regidos por el principio de constitucionalidad, así como en la toma de conciencia del riesgo antidemocrático a que puede conducir un activismo judicial desbocado⁽¹¹⁾.

Y es que si es consustancial al constitucionalismo la centralidad de un Poder Judicial fuertemente discrecional y con amplias facultades dispositivas, entonces parece necesario esmerar la argumentación para no renunciar a valores como la previsibilidad, la certeza, la igualdad en la aplicación de la ley y (sobre todo) el carácter no arbitrario de la función judicial. Este último es un aspecto particularmente importante.

(9) AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. 1ª edición peruana. Colección Derecho y Argumentación, N° 7, Palestra Editores, Lima, 2016, p. 33.

(10) GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. “La motivación. Conceptos fundamentales”. En: GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *La argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales*. 1ª edición, 1ª reimpresión. Palestra Editores, Lima, 2014, p. 134.

(11) GASCÓN ABELLÁN, Marina. “El papel del juez en el Estado de Derecho”. En: GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *La argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales*. Ob. cit., pp. 41 y 42.

Si el juez ya no es la “boca que pronuncia las palabras de la ley” sino el depositario de un poder que se ejerce con ciertas anchuras, entonces debe acreditar la racionalidad de sus decisiones, pues ahí reside su principal fuente de legitimidad; debe acreditar, en fin, que ese ejercicio más o menos discrecional de poder no es, sin embargo, un ejercicio arbitrario. La función judicial no proporciona inmunidad al juez; antes, al contrario representa un reto para la conformación de controles jurídicos que se ejercerán sobre el proceso argumentativo que conduce desde la inicial información fáctica y normativa a la resolución o fallo⁽¹²⁾.

De esta manera se comprende que en un Estado Constitucional, donde la Constitución es la norma suprema del ordenamiento, la motivación de las resoluciones judiciales, vista ya como un derecho fundamental, ha cobrado nuevos bríos, ampliando su ámbito de cobertura o, para decirlo con mayor precisión, existe una mayor comprensión de los campos que quedan dentro –dicho en terminología actual– de su “contenido constitucionalmente protegido”, y que no pueden seguir pasando por desapercibidos, si quiere hablarse seriamente de una tutela jurisdiccional efectiva que debe brindar un Estado Constitucional de Derecho.

Con la irrupción del constitucionalismo democrático la motivación de las resoluciones estatales ha ingresado a formar parte del núcleo duro de las garantías del debido proceso que buscan preservar la libertad y la vigencia de los derechos fundamentales frente al poder estatal. Se trata, en buena cuenta, de un principio jurídico-político que representa la posibilidad de control de una de las actividades estatales más importantes como es la actividad jurisdiccional, la cual puede ser fiscalizada no solo por las partes o los sujetos involucrados en un proceso, sino por la sociedad y la ciudadanía en general. Al Estado Constitucional y a la democracia constitucional le interesa de modo especial justificar las decisiones públicas como desarrollar un ejercicio racional de las funciones legales y constitucionales asignadas a toda forma de poder, en especial al Poder judicial. No es que el deber de motivar las decisiones judiciales no exista, ni tenga predicamento en una dictadura o en un Estado totalitario. También, aunque sea de manera formal, la

(12) *Ibidem*, p. 42.

garantía de motivar las decisiones judiciales puede existir en un modelo de Estado distinto al democrático. Sin embargo, es el Estado Constitucional y, en particular, la democracia constitucional la que permite un mejor desarrollo, cobertura y es el contexto más adecuado para la vigencia y eficacia de la garantía de justificar las decisiones judiciales⁽¹³⁾.

Bajo esta perspectiva, cuando el artículo 139, numeral 5, de la Constitución Política del Perú establece que “es un principio y derecho de la función jurisdiccional la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan”, debe entenderse que tal norma establece que toda persona tiene el derecho a exigirle al magistrado que fundamente o justifique su decisión y, por tanto, los magistrados deben explicitar el razonamiento que los llevó a resolver tal como lo hicieron⁽¹⁴⁾.

Asimismo, la norma fundamental –como se observa– exige que tal justificación sea escrita, lo que en buena cuenta significa que sea expresa, entonces la motivación puede ser definida como la exteriorización de la justificación racional de una determinada conclusión jurídica, por lo que en principio puede identificársele con la exposición del razonamiento (discurso justificativo⁽¹⁵⁾) de dicha conclusión. De modo

-
- (13) CASTILLO ALVA, José Luis. “Las funciones constitucionales del deber de motivar las decisiones judiciales”. En: *Portal de Derecho Penal*, Universidad de Friburgo, octubre de 2014, pp. 3 y 5; disponible en <http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20141008_02.pdf>.
- (14) Cfr. HIGA SILVA, César. “El deber de justificar (racionalmente) la cuestión fáctica de un caso: ¿Es suficiente establecer el deber de motivar la sentencia para que los jueces cumplan con esa labor o es necesaria que tengan una metodología que les permita realizar esa tarea? En: *La argumentación jurídica en el Estado Constitucional*. Pedro Grández Castro y Félix Morales Luna (editores). Palestra Editores, Lima, 2013, p. 377.
- (15) Cfr. TARUFFO, Michele. “Consideraciones sobre prueba y motivación”. En: TARUFFO, Michele; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto y CANDAU PÉREZ, Alfonso. *Consideraciones sobre la prueba judicial*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, p. 37: “Básicamente, el juez tiene que racionalizar el fundamento de su decisión estructurando los argumentos (‘las buenas razones’) en función de los cuales la misma pueda resultar justificada: la motivación es, por lo tanto, un discurso justificativo constituido por argumentos racionales. Naturalmente, esto no excluye que en dicho discurso existan aspectos de carácter retórico-persuasivo, pero serán en todo caso secundarios y no necesarios. En realidad, el juez no debe persuadir a las partes o a los demás sujetos, de la eficacia de su decisión: lo que hace falta es que la motivación justifique la decisión sobre bases racionales”. TARUFFO, Michele. *La motivación de la sentencia civil*. Traducción de Lorenzo Córdova Vianello. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México D.F., 2006, p. 17. Más adelante el citado autor señala que: “(...) uno de los modos de lectura necesarios del significado de la motivación es el que pone énfasis en el hecho de que la motivación tiende a proporcionar una justificación de la decisión. En sustancia, dicha incidencia se manifiesta en la medida en que la motivación tiene que ser leída, de manera prevalente, como un discurso encaminado a justificar (validar, racionalizar, volver aceptable) la decisión, frente a otras lecturas que están orientadas en una dirección distinta, y con una implícita determinación de los

que se reputaría como falta de motivación el no haber expresado en la resolución el porqué de determinado proceder judicial, aun cuando el razonamiento no exteriorizado –suponiendo que hubiera forma de elucidarlo– hubiera sido impecable. Como bien dice Díaz Cantón⁽¹⁶⁾, la falta de motivación se refiere tanto a la ausencia de expresión de la motivación –aunque esta hubiese realmente existido en la mente del juez (o del fiscal agregaríamos nosotros, pues este también se encuentra obligado a motivar sus resoluciones)– cuanto a la falta de justificación racional que ha sido efectivamente explicitada.

Sobre el particular el Tribunal Constitucional sostiene que:

“El derecho a la debida motivación de las resoluciones importa que los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los lleven a tomar una determinada decisión. Esas razones (...) deben provenir no solo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso”⁽¹⁷⁾.

En tal perspectiva, la motivación de las resoluciones judiciales está configurada por las razones de hecho y de Derecho, que sirven al órgano jurisdiccional para fundamentar su decisión de la causa sometida a su conocimiento. Es pues la fundamentación fáctica y jurídica de la decisión judicial⁽¹⁸⁾.

cánones interpretativos adecuados a la estructura justificativa del discurso. (ídem, p. 103). También FERRER BELTRÁN, Jordi. “Apuntes sobre el concepto de motivación de las decisiones judiciales”. Ob. cit., pp. 101-102, cuando señala que la motivación es un discurso justificativo consistente en explicitar las premisas, fácticas y jurídicas, en las que se funda la norma individual que constituye el fallo de la decisión. Además el citado autor anota como premisas que: a) la motivación es un discurso lingüístico, oral o escrito, justificatorio de la decisión, b) por ello, está compuesta por las razones que fundamentan esta decisión (y no por los factores causales que dan lugar a ella) y c) la conclusión del razonamiento estará justificada si lo está interna y externamente.

(16) DÍAZ CANTÓN, Fernando. “El control judicial de la motivación de la sentencia penal”. En: MAIER, Julio (coordinador). *Los recursos en el procedimiento penal*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 1999, p. 59.

(17) STC Exp. N° 0728-2008-PHC/TC, f. j. 6.

(18) Cfr. TICONA POSTIGO, Víctor. “La motivación como sustento de la sentencia objetiva y materialmente justa”. En: *Cuadernos de Investigación y Jurisprudencia*. Año 3, N° 9. Poder Judicial, Lima, 2004, p. 2. COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio. Ob. cit. p. 157. DE LA RÚA, Fernando. *Teoría general del proceso*. Depalma, Buenos Aires, 1991, p. 146. ZVALETA RORÍGUEZ, Roger. “Motivación de las resoluciones judiciales”. En: CASTILLO ALVA, José Luis; LUJÁN TÚPEZ, Manuel y ZVALETA RORÍGUEZ, Roger. *Razonamiento judicial. Interpretación, argumentación y motivación de las resoluciones judiciales*. Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 335.

Con la debida fundamentación se garantiza que la decisión expresada en el fallo o resolución sea consecuencia de una deducción razonada de los hechos, de las pruebas y de su valoración jurídica. Como, muy acertadamente, ha dejado dicho Calamandrei: “[L]a motivación constitucional es el signo más importante y típico de la racionalización de la función judicial”⁽¹⁹⁾.

Respecto al mismo tema la Corte IDH manifiesta que:

“La motivación es la justificación razonada que permite llegar a una conclusión. El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática. Por ello, las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias. En este sentido, la argumentación de un fallo y de ciertos actos administrativos debe permitir conocer cuáles fueron los hechos, motivos y normas en que se basó la autoridad para tomar su decisión, a fin de descartar cualquier indicio de arbitrariedad. Además, debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado. Por todo ello, el deber de motivación es una de las debidas garantías incluidas en el artículo 8.1 para salvaguardar el derecho a un debido proceso”⁽²⁰⁾.

Por otro lado, para considerar como debida una motivación, esta debe cumplir con dos requisitos: una justificación interna y una justificación externa. Veamos:

La justificación interna hace referencia a la estructura lógica mediante la cual se llega a una conclusión a partir de determinadas premisas. Así, cuando preguntamos si una decisión ha sido correctamente

(19) CALAMANDREI, Pietro. *Proceso y democracia*. Traducción de Héctor Fix Zamudio. Ejea, Buenos Aires, 1960, p. 115.

(20) Corte IDH. Caso López Mendoza vs. Venezuela, sentencia del 1 de setiembre de 2011, párr. 144.

inferida a partir de sus premisas, estamos hablando de racionalidad interna⁽²¹⁾.

La justificación interna exige la validez de la inferencia que culmina en la conclusión a partir de las premisas dadas. En el ámbito jurídico, este tipo de justificación permite mostrar que la decisión de aplicar al caso concreto las consecuencias previstas en una norma general, está jurídicamente justificada, porque dicho caso cumple con las condiciones de aplicación previstas en la norma general; es decir, se subsume en ella⁽²²⁾. Únicamente importa, por tanto, la corrección de la inferencia sin plantear ninguna interrogante sobre si las premisas son o no correctas.

Entonces, la importancia metodológica de la justificación interna radica en que ella permite organizar los argumentos en función de secuencias de razonamiento predecibles y lógicas. Ello facilita reconocer errores deductivos que de otra manera no serían evidentes. Sin embargo, por sí sola la justificación interna no basta para dotar de racionalidad y corrección a una conclusión determinada. En efecto, anomalías lógicas como las falacias son prueba de ello. La justificación interna debe ser necesariamente complementada con un procedimiento de razonamiento que permita justificar la corrección y racionalidad de las premisas que se coloquen en ella: dicho procedimiento de razonamiento no es otro que la justificación externa⁽²³⁾.

Esta justificación “externa” de un juicio consiste en justificar las premisas que lo fundamentan⁽²⁴⁾, aquí ya no se habla de la corrección formal del razonamiento, sino de su razonabilidad; es decir, de la solidez de la corrección material de las premisas, pues el hecho de que una inferencia sea formalmente correcta no quita que pueda ser irrazonable. De este modo, es posible que el juez utilice como premisa de su inferencia hechos alejados de la realidad; sin embargo, su razonamiento

(21) PORTOCARRERO QUISPE, Jorge Alexander. “Sobre la razonabilidad y la racionalidad en la motivación de las resoluciones judiciales”. En: *Cuadernos de Jurisprudencia Constitucional. N° 11- Sobre la interpretación constitucional y convencional. Un enfoque transversal en el Derecho*. Palestra Editores, Lima, diciembre de 2016, p. 217.

(22) ZAVALATA RORÍGUEZ, Roger. *La motivación de las resoluciones judiciales como argumentación jurídica*. Grijley, Lima, 2014, p. 59.

(23) PORTOCARRERO QUISPE, Jorge Alexander. “Sobre la razonabilidad y la racionalidad en la motivación de las resoluciones judiciales”. En: *Ob. cit.*, p. 218.

(24) Cfr. IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. *El razonamiento en las resoluciones judiciales*. *Ob. cit.*, pp. 24 y 25. En la doctrina nacional véase: TALAVERA ELGUERA, Pablo. *La sentencia penal en el nuevo Código Procesal Penal. Su estructura y motivación*. Cooperación Alemana al Desarrollo-GTZ, Lima, 2010, pp. 13-15.

no atentaría contra la lógica. Es necesario, entonces, distinguir entre el aspecto sustancial de la inferencia, referido al sentido de la decisión judicial, y el aspecto formal de aquella, que atañe solo a su validez lógica; y, por lo mismo, resulta insuficiente para resolver problemas propios de un razonamiento práctico⁽²⁵⁾.

De este modo, queda claro que la justificación externa es la parte más importante del procedimiento de motivación racional de las declaraciones jurídicas, ya que la labor argumentativa se hace patente a este nivel. En efecto, a nivel de la justificación externa se busca fundamentar las premisas a ser incorporadas en la subsunción o en la ponderación según sea el caso. Su importancia radica además en el hecho de que es a este nivel en que se encuentra la conexión entre metodología de la interpretación, argumentación fáctica y discurso práctico (argumentación de la moralidad colectiva). De esta manera, respecto a la metodología de la interpretación jurídica, se tienen reglas de Derecho Positivo tales como los cánones de interpretación de la ley, la argumentación dogmática, criterios jurisprudenciales pertinentes y las formas especiales de argumentación jurídica. Respecto a la argumentación fáctica, se tiene la valoración de enunciados empíricos mediante aspectos referentes al razonamiento probatorio. Por último, respecto al discurso práctico general, tenemos premisas que no son ni enunciados empíricos ni reglas de Derecho Positivo, tales como los argumentos práctico-consuetudinarios, máximas de la experiencia, etc.⁽²⁶⁾.

Por otro lado, conviene también recalcar que es necesario que la motivación se desarrolle no solo con referencia a las pruebas que el mismo órgano jurisdiccional valoró positivamente y de las que –por tanto– se valió para fundamentar la decisión, sino también –y especialmente– con referencia a las que consideró no fiables, sobre todo si las mismas eran contrarias a la reconstrucción de los hechos que llevó a cabo. En efecto, pues admitir que el juez motive solo basándose en las pruebas favorables a su juicio sobre los hechos, implica, *de facto*, el riesgo denominado *confirmation bias*, típico de quien queriendo confirmar su

(25) ZAVALETA RORÍGUEZ, Roger. *La motivación de las resoluciones judiciales como argumentación jurídica*. Ob. cit., pp. 72 y 73.

(26) PORTOCARRERO QUISPE, Jorge Alexander. “Sobre la razonabilidad y la racionalidad en la motivación de las resoluciones judiciales”. En: *Cuadernos de Jurisprudencia Constitucional*. N° 11 - *Sobre la interpretación constitucional y convencional. Un enfoque transversal en el Derecho*. Palestra Editores, Lima, diciembre de 2016, pp. 223-224.

valoración, selecciona la información disponible escogiendo tan solo la favorable y descartando *a priori* la contraria, introduciendo de esta forma una distorsión sistemática en su propio razonamiento. De todos modos, la valoración negativa de las pruebas contrarias es indispensable para justificar el fundamento de la decisión: precisamente porque la prueba contraria es el instrumento de control de la validez racional y del fundamento probatorio de toda reconstrucción de los hechos, la demostración de que es inatendible es condición necesaria de que resulten fiables las pruebas favorables a dicha reconstrucción⁽²⁷⁾.

Consideramos que el artículo 394, inciso 3, del CPP de 2004 cuando prescribe que: “La motivación clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dan por probadas o improbadas, y la valoración de la prueba que la sustenta, con indicación del razonamiento que la justifique”, abona en favor de esta postura, dando de la definición de debida motivación como justificación, como del hecho de que el juez deba valorar las pruebas contrarias (improbadas) a la decisión que finalmente adoptó. Al hacer referencia a la motivación de hechos o circunstancias que se dan por “improbadas”, implica el reconocimiento –aunque tímido– de la obligación de fundamentar por qué se rechazan, o sencillamente no se aceptan, las hipótesis alternativas y las pruebas que la sustentan⁽²⁸⁾.

Además, la exigencia que la motivación se estructure en forma dialógica y comprenda no solo la justificación lineal de la hipótesis fáctica acogida, sino también la valoración singularizada de las pruebas desestimadas y la confrontación de las hipótesis desechadas, refleja adecuadamente el carácter relacional de la justificación de los enunciados que declaran hechos probados respecto del conjunto de elementos de juicio representado por todas las pruebas admitidas y practicadas en el proceso y constituye el necesario correlato de la garantía de un proceso contradictorio⁽²⁹⁾, y es que este último exige por su propia naturaleza

(27) TARUFFO, Michele. “Consideraciones sobre prueba y motivación”. En: TARUFFO, Michele; ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto y CANDAU PÉREZ, Alfonso. *Consideraciones sobre la prueba judicial*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, p. 41.

(28) CASTILLO ALVA, José Luis. *La motivación de la valoración de la prueba en materia penal*. Grijley, Lima, 2013, p. 211, nota a pie N° 234.

(29) ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela. “La fundamentación de la declaración de hechos probados en el nuevo proceso penal. Un diagnóstico”. En: *Revista de Derecho*. Vol. XIX, N° 2, Universidad Austral de Chile, Valdivia, diciembre de 2006, p. 14.

que él no solo enuncie las pruebas que confirman la hipótesis fáctica acogida, sino también indicar las razones por las que excluye la hipótesis antagonista y considera inatendibles las pruebas en su favor⁽³⁰⁾.

Lo señalado forma parte del control de no refutación de la hipótesis asumida, control por el cual dicha hipótesis queda confirmada, al garantizar su credibilidad, al haber sido desvirtuada la prueba de signo contrario que podría haberle restado validez. Queda claro que si se acepta una hipótesis como válida sin someterla de manera motivada y rigurosa a la prueba de fuego de analizar y refutar los elementos contrarios, el grado de credibilidad de la misma será ínfima o, por menos, discutible. Desde el punto de vista epistemológico tan importante como la ponderación de las pruebas favorables o que consolidan una determinada hipótesis es tomar en cuenta, analizar y refutar de manera expresa y fundamentada los elementos de convicción contrarios. Dicha labor permite: i) mostrar la capacidad de resistencia de la hipótesis, su nivel de credibilidad y consistencia, en este caso de la hipótesis favorable por la cual se decidió el juzgador; ii) valorar no solo las razones positivas, sino también las razones negativas que rodean una postura⁽³¹⁾.

Asimismo, carecería de sentido y de lógica, que se le obligue al juez a recibir las pruebas pertinentes y útiles de ambas partes, y luego que se le autorice a simplemente ignorarlas por completo en la motivación de la decisión⁽³²⁾.

Ahora bien esta fundamentación, para que exista una adecuada motivación, no depende de la extensión de aquella, ni del avocamiento por parte del magistrado a responder cada una de las alegaciones formuladas por las partes, puesto que de lo que se trata es que la decisión final esté precedida de una argumentación racional que la fundamente, lo cual dependerá del caso en concreto. Como sostiene Pico I Junoy: “No se trata de exigir a los órganos jurisdiccionales una argumentación extensa, exhaustiva o pormenorizada que vaya respondiendo, punto por punto, a cada una de las alegaciones de las partes,

(30) IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. *El razonamiento en las resoluciones judiciales*. Ob. cit., p. 119.

(31) CASTILLO ALVA, José Luis. *La motivación de la valoración de la prueba en materia penal*. Ob. cit., p. 213.

(32) IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. *El razonamiento en las resoluciones judiciales*. Ob. cit., pp. 122 y 123.

ni impedir la fundamentación concisa o escueta que en cada caso estimen suficiente quienes ejercen la potestad jurisdiccional”⁽³³⁾.

En esta línea –siguiendo la línea argumentativa del Tribunal Constitucional– la Constitución no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y, por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión. Tampoco garantiza que, de manera pormenorizada, todas las alegaciones que las partes puedan formular dentro del proceso sean objeto de un pronunciamiento expreso y detallado⁽³⁴⁾. Esto es así en tanto hay grados de motivación, pues la motivación ausente resulta inconstitucional, sin embargo la fundamentación jurídica que presente una suficiente justificación que sustente lo resuelto no resulta inconstitucional, lo que debe ser apreciado en el caso en particular⁽³⁵⁾.

En el mismo sentido las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el Acuerdo Plenario N° 6-2011/CJ-116, han establecido como doctrina legal que:

“La motivación, por cierto, puede ser escueta, concisa e incluso, –en determinados ámbitos– por remisión. La suficiencia de esta analizada desde el caso concreto, no apriorísticamente, requerirá que el razonamiento de contenga, constituya lógica y jurídicamente, suficiente explicación que permita conocer, aún de manera implícita, los criterios fácticos y jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión. Basta, entonces, que el órgano jurisdiccional exteriorice su proceso valorativo en términos que permitan conocer las líneas generales que fundamentan su decisión. La extensión de la motivación, en todo caso está condicionada a la mayor o menor complejidad de las cuestiones objeto de resolución, esto es, a

(33) PICÓ I JUNOY, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*. 1ª edición, 3ª reimpresión. J.M. Bosch, Barcelona, 2002, p. 61.

(34) Véase, entre otras, la STC Exp. N° 1230-2002-HC/TC, f.j. 11. La Corte IDH es también partidaria de este criterio, así tiene dicho que dicha garantía no exige una respuesta detallada a todo argumento de las partes, sino que puede variar según la naturaleza de la decisión, y que corresponde analizar en cada caso si dicha garantía ha sido satisfecha (véase Corte IDH. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*. Excepción Preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 27 de enero de 2009, párr. 154).

(35) Cfr. STC Exp. N° 02004-2010-PHC/TC, f. j. 5.

su trascendencia. No hace falta que el órgano jurisdiccional entre a examinar cada uno de los preceptos o razones jurídicas alegadas por las partes, solo se requiere de una argumentación ajustada al tema en litigio, que proporcione una respuesta al objeto procesal trazado por las partes”.

Estamos de acuerdo con la posición asumida por el Tribunal Constitucional y por la Corte Suprema, pues si bien lo extraordinario desde un enfoque constitucional sería dar respuesta pormenorizada, expresa y detallada a todas las alegaciones que las partes hayan formulado dentro del proceso, ello terminaría por colocar niveles impracticables y de difícil cumplimiento a la hora de motivar las resoluciones judiciales. Basta imaginar las peticiones y alegaciones absurdas alejadas de los hechos y prueba las alegaciones impertinentes que no guardan relación concreta con el material fáctico o con el objeto del proceso para darse cuenta cuán peligroso y difícil sería llevar hasta sus extremos las garantías de motivación de las resoluciones judiciales en su conexión con el derecho de defensa⁽³⁶⁾.

Sin embargo –como señala Castillo Alva– una cosa es sostener que no es necesario dar respuesta a todas y cada una de las alegaciones y otra muy distinta es afirmar que se deba ignorar las alegaciones de las partes. Ya sea en cuanto a hechos impeditivos, prueba o consideraciones jurídicas. En tal sentido lo que debe buscarse –siguiendo al autor citado– es un equilibrio y ponderación adecuada que permita la conexión y coexistencia entre el derecho de defensa y el deber de motivar las resoluciones. Y ello solo se alcanza cuando por lo menos se analizan, debaten y ponderan en la resolución las principales o esenciales alegaciones de las partes, aun cuando no se agote ni ultime la discusión de todas y cada una de las alegaciones. Esta posición intermedia permite evitar extremos perniciosos que van desde la ignorancia y olvido total de las alegaciones al desarrollo y respuesta de todas ellas. Es posible, entonces, que se ignoren determinadas alegaciones, hechos impeditivos o prueba, siempre que sean de relevancia secundaria y no constituya una alegación esencial⁽³⁷⁾.

(36) Cfr. CASTILLO ALVA, José Luis. “El derecho de defensa y su relación con el deber de motivar las decisiones judiciales”. En: *Jus-Doctrina & Práctica*. N° 4, Grijley, Lima, 2007, p. 122.

(37) Ídem.

Entonces de lo que se trata para que una motivación sea considerada como debida o adecuada es que sea suficiente⁽³⁸⁾, lo cual no depende de su extensión, pues la suficiencia no puede ser valorada en términos cuantitativos, sino cualitativos, de modo que la motivación suficiente se valorará en cada caso en concreto, tomando en cuenta los derechos comprometidos, la complejidad del caso, la importancia de las cuestiones planteadas, el contenido de la resolución, el contexto global del proceso, del entramado fáctico, del tipo y clase de los medios de investigación o de prueba (prueba directa o prueba indiciaria) o de la interpretación que se postula de la ley o el derecho aplicable, v. gr. si pertenece a una zona marginal o a su núcleo de interpretación. En suma, depende de las circunstancias y las particularidades de cada caso e implica la precisión y el desarrollo de los elementos esenciales que han jugado un rol determinante en la decisión.

III. FUNCIONES DE LA DEBIDA MOTIVACIÓN

La debida motivación de las resoluciones jurisdiccionales tiene una función endoprocésal y otra extraprocésal, veamos:

1. Función endoprocésal

Esta función exige que las partes intervinientes en el proceso puedan conocer las razones de por qué a una prueba se le reconoce un determinado valor (o se le niega eficacia probatoria) sobre la base del examen individualizado de las pruebas y cuál es el razonamiento que a partir de las inferencias y valoración global de las pruebas se da por probado (o improbad) un determinado enunciado fáctico, ya sea que se refiera a un hecho principal o a un hecho secundario. Las partes tienen el derecho a saber por qué las pruebas –más aún si son aportadas por ellas– valen o tienen un determinado peso y de ser contraria la respuesta tienen derecho a saber por qué las pruebas se desestiman o carecen de eficacia probatoria⁽³⁹⁾.

(38) Cfr. CASTILLO ALVA, José Luis. “La motivación suficiente en materia penal”. En: *Principios fundamentales del nuevo proceso penal*. Percy Revilla Llaza (coord.). Gaceta Jurídica, Lima, 2013, p. 90 y ss.

(39) CASTILLO ALVA, José Luis. *La motivación de la valoración de la prueba en materia penal*. Grijley, Lima, 2014, p. 164.

En esa perspectiva, la función endoprocesal de la motivación permite un control técnico de la decisión judicial que puede ser desarrollado por las partes en litigio (control privado) y por los órganos jurisdiccionales superiores (control institucional)⁽⁴⁰⁾.

Igualmente, queda claro que la motivación permite el pleno ejercicio del derecho de defensa, en tanto busca que las partes conozcan los fundamentos y razones determinantes de la decisión judicial, lo cual llevará o permitirá que posteriormente tengan la posibilidad de impugnarla cuando no están de acuerdo con lo resuelto por el juez.

Sobre este aspecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos refiere que:

“(...) la motivación de la decisión judicial es condición de posibilidad para garantizar el derecho de defensa. En efecto, la argumentación ofrecida por el juez debe mostrar claramente que han sido debidamente tomados en cuenta los argumentos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado rigurosamente, más aún en ámbitos en los que se comprometen derechos tan importantes como la libertad del procesado”⁽⁴¹⁾.

Asimismo, la dimensión endoprocesal cumple la función de generar autocontrol en el juez al momento de decidir, en cuanto este debe controlar el sentido y alcance de su decisión y la forma en que justifica esta⁽⁴²⁾. La exteriorización de la justificación (motivación) de la decisión adoptada por el juez o tribunal hará que aquella se cña dentro de las reglas de argumentación de mayor solidez y se apliquen interpretaciones racionales y adecuadas al caso concreto.

Como sostiene Andrés Ibáñez: “la exigencia de trasladar a terceros los (verdaderos) motivos de la decisión, lejos de resolverse en una simple exteriorización formal de estos, retroactúa sobre la propia dinámica de formación de la motivación y de la misma resolución en todos sus planos; obligando a quien la adopta a operar, ya desde

(40) Cfr. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. “Funciones de la motivación en el juzgamiento fáctico. Condiciones, patologías y control institucional. (La motivación en serio de las sentencias penales). En: MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *La prueba en el proceso penal acusatorio. Reflexiones adaptadas al Código Procesal Penal peruano de 2004*. Jurista Editores, Lima, 2012, p. 166.

(41) Corte IDH Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador. Sentencia del 21 de noviembre de 2007, párr. 118.

(42) Cfr. COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio. Ob. cit., p. 135.

el principio, con unos parámetros de racionalidad expresa y de conciencia autocrítica mucho más exigentes. Y es que, efectivamente, no es lo mismo resolver conforme a una corazonada que hacerlo con criterios idóneos para ser comunicados. Sobre todo en un sistema procesal que tiene el principio de inocencia como regla de juicio. Regla que tantas veces obliga a resolver contra la propia convicción moral, cuando, después de un cuidadoso análisis de la prueba, aquella no encuentra plausible esta”⁽⁴³⁾.

Con ello se garantiza, a su vez, el deber de sujeción del juez a la Constitución y las leyes. Si motivar no consiste en expresar las causas que dieron lugar a la decisión, sino las razones que la hacen jurídicamente plausible y la más sólida entre las alternativas posibles (si las hubiera), entonces, esas razones deben dar cuenta que la decisión se inserta dentro del marco constitucional y legal. La exigencia de que la actividad del juez se someta a la Constitución y las leyes sería imposible de controlar sin el correlativo deber de motivación de las resoluciones judiciales. Por eso se exige que la motivación permita identificar cuáles son las normas aplicadas para resolver el caso y cuál es el razonamiento que justifica la subsunción de los hechos en las normas, proscribiéndose las referencias genéricas y desprovistas de real contenido y conexión con el caso concreto⁽⁴⁴⁾.

Finalmente, esta dimensión expresa que la motivación constituye una garantía de control que los órganos jurisdiccionales superiores realizan con relación al juez de instancia inferior.

Esto último, por cuanto a través del análisis de la motivación de la resolución recurrida y de los agravios expresados y fundamentados en el medio impugnatorio respectivo, el superior jerárquico puede determinar si el juez inferior ha incurrido en los errores denunciados por el recurrente y, por tanto, si corresponde revocar o confirmar la resolución impugnada⁽⁴⁵⁾.

(43) ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”. En: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Nº 12, Universidad de Alicante, Alicante, 1992, pp. 290-291.

(44) ZAVALETA RODRÍGUEZ, Roger. *La motivación de las resoluciones judiciales como argumentación jurídica*. Ob. cit., pp. 210 y 211.

(45) *Ibidem*, p. 211.

2. Función extraprocésal

Gascón Abellán nos dice al respecto que la función extraprocésal que cumple la motivación consiste en mostrar el esfuerzo realizado por el juez en el juicio de hecho, posibilitando de este modo un control externo o público. La motivación, en efecto, tiene una dimensión pedagógica, de “explicación” de la racionalidad de la decisión 35, y constituye así una garantía de publicidad que se conecta con la exigencia de un control democrático y de responsabilización externa de la función judicial. Pero además, y en la medida en que se pretende explicar la racionalidad de la decisión, la motivación quiere ser persuasiva de su bondad o corrección. Se trata, pues, de una función **respecto del pueblo en general** y de las partes en el proceso en particular, a quienes el razonamiento podría convencer de la corrección de la sentencia, alimentando así su confianza en la justicia⁽⁴⁶⁾.

En este sentido, queda claro que la función extraprocésal es una función de garantía de publicidad, de cara a la sociedad en general, y como tal de exclusión o de detección de la arbitrariedad⁽⁴⁷⁾. En este sentido, la motivación representa, de hecho, la garantía de control del ejercicio del poder judicial fuera del contexto procesal, por lo tanto, por parte del *quivis de populo* y de la opinión pública en general. Esto se deriva de una concepción democrática del poder, según la cual su ejercicio debe ser controlable siempre desde el exterior⁽⁴⁸⁾. Y es que si estamos en una real democracia, entonces, la sociedad debe conocer cómo funcionan los órganos de administración de justicia en tanto encargado de la resolución de conflictos e institución que por delegación del pueblo cumple esta tarea.

El deber de exteriorización de los fundamentos de las decisiones restrictivas de los derechos constitucionalmente tutelados, adoptadas por jueces y tribunales, no solo tiene como fin hacer posible el derecho de defensa de los ciudadanos y el control jurisdiccional de las

(46) GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*. 3ª edición, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2010, p. 178.

(47) Cfr. ARIANA DEHO, Eugenia. “Deber de motivación escrita de las resoluciones judiciales” (Comentario al artículo 139, inciso 5 de la Constitución. En: *La Constitución comentada*. Tomo III, 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2013, p. 79.

(48) TARUFFO, Michele. “Consideraciones sobre prueba y motivación”. En: TARUFFO, Michele; IBAÑEZ, Andrés y CANDAU PÉREZ, Alfonso. *Consideraciones sobre la prueba judicial*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, p. 38.

decisiones de los órganos inferiores, sino también lograr el convencimiento de las partes y de la sociedad e impedir la arbitrariedad en la aplicación de la ley, entre otros⁽⁴⁹⁾.

En un Estado Constitucional de Derecho, la sociedad ejerce legítimamente la labor de controlar a los poderes en el ejercicio de sus funciones de tal forma que se conozca si estos actúan con independencia, eficiencia y respetando los postulados que la Constitución y el ordenamiento jurídico reconocen como pilares y bases de cada país.

De las funciones aludidas al deber de motivar se tiene que esta se constituye en límite de la arbitrariedad del juez⁽⁵⁰⁾, ya que demuestra a los interesados en dicha resolución que sus intereses en pugna han sido valorados en forma racional; además, sirve para que la sociedad tome conocimiento si los juzgadores hacen un abuso del poder que ostentan a nombre del pueblo.

Y es que en tanto garantía de la “no arbitrariedad”, la motivación debe ser justificada de manera lógica. De ahí que la exigencia de motivación, como señala Colomer, no sea el mero hecho de redactar formalmente sino que la justificación debe ser racional y lógica como garantía frente al uso arbitrario del poder⁽⁵¹⁾.

IV. REQUISITOS PARA UNA DEBIDA MOTIVACIÓN

1. Motivación expresa

Por exigencia de motivación escrita de las resoluciones judiciales, regulada en el artículo 139.5 de nuestra Constitución, el órgano encargado de emitir una resolución jurisdiccional debe señalar en su parte considerativa de su resolución los fundamentos jurídicos que ha

(49) Cfr. CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Colex, Madrid, 1990, p. 144.

(50) Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”. Ob. cit., p. 259. GUASCH FERNÁNDEZ, Sergi. *El hecho y el derecho en la casación civil*. Barcelona: J.M. Bosch, 1998, p. 330. GÓMEZ MONTORO, Ángel José. “El derecho a una resolución motivada y congruente en la jurisprudencia del Tribunal constitucional”. En: *La Constitución y la práctica del Derecho*. Julián Martínez Sánchez y Manuel Aragón Reyes (Coords.). SOPEC, Pamplona, 1998, p. 496, sostiene que la motivación permite conocer las razones que han conducido al juzgador a la decisión adoptada y se puede comprobar que la solución dada al caso es consecuencia de una exégesis racional y no el fruto de la arbitrariedad.

(51) COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio. Ob. cit., p. 97.

empleado, los cuales lo han conducido a resolver el caso de una forma determinada y no de otra.

Ahora bien, hay casos en los que se admite la motivación por remisión, es decir, que el juez superior, por ejemplo, confirme una sentencia de primera instancia estableciendo “por sus propios fundamentos” con referencia a la motivación que ha realizado el *a quo*.

2. Motivación clara

El pensamiento del juzgador debe ser aprehensible, comprensible y examinable, las ideas que se expresan no deben dejar lugar a dudas⁽⁵²⁾. La motivación clara puede establecerse como imperativo procesal en la medida en que las partes son los destinatarios directos de la resolución de un conflicto ante el Poder Judicial. Y es que la exigencia de motivar las resoluciones deviene del principio de impugnación, lo que supone que sea indispensable que las partes conozcan qué se va a impugnar, pues de otra forma el derecho a la defensa se vería restringido de modo irrazonable.

3. Respeto a las máximas de la experiencia

Las máximas de la experiencia se constituyen a partir de las reglas de la vida, las vivencias personales o transmitidas y el sentido común. Todos estos son elementos que los magistrados deben tomar en cuenta al momento de la elaboración de las premisas que los llevarán a una determinada conclusión. Y es que, de lo contrario, existiría un grave vicio en la motivación.

Ahora bien, debemos tener en cuenta que las máximas de la experiencia son elementos abstractos que se obtienen a partir de elementos constantes en hechos o experiencias anteriores. El alcance de la máxima de la experiencia dependerá de los medios fácticos que se analizan. También se presentan en los hechos que representan experiencias anteriores para el juzgador.

Al respecto, el CPP de 2004 en su artículo 158 establece que en la valoración de la prueba el juez deberá observar las reglas de la lógica,

(52) ESPINOZA CUEVA, Carla. *Teoría de la motivación de las resoluciones judiciales y jurisprudencia de casación y electoral*. Corte Nacional de Justicia-Tribunal Contencioso Electoral, Quito, 2010, p. 64.

la ciencia y las máximas de la experiencia, y expondrá los resultados obtenidos y los criterios adoptados.

4. Respeto a los principios lógicos

En efecto, las resoluciones deben respetar el principio de “no contradicción” por el cual se encuentra prohibida la afirmación y negación, a la vez, de un hecho, de un fundamento jurídico, etc. Igualmente, se debe respetar el principio de “tercio excluido” que señala que entre dos cosas contradictorias no cabe término medio, es decir, si reconocemos que una proposición es verdadera, la negación de dicha proposición es falsa, en ese sentido, no caben términos medios. De otro lado, se debe respetar el principio de “identidad” cuyo contenido supone que si atribuimos a un concepto determinado contenido, este no debe variar durante el proceso del razonamiento.

El TC ha hecho referencia a las máximas de la experiencia y a los razonamientos lógicos como exigencias de la motivación, así ha sostenido que:

“lo mínimo que debe observarse en la sentencia y que debe estar claramente explicitado o delimitado son los siguientes elementos: el hecho base o hecho indiciario, que debe estar plenamente probado (indicio); el hecho consecuencia o hecho indiciado, lo que se trata de probar (delito) y el enlace o razonamiento deductivo. Este último, en tanto que la conexión lógica entre los dos primeros debe ser directa y precisa, pero además debe responder o sujetarse plenamente a las reglas de la lógica, a las máximas de la experiencia o a los conocimientos científicos”⁽⁵³⁾.

V. INFRACCIONES DE LA DEBIDA MOTIVACIÓN

A partir de las sentencias emitidas en los Expedientes N° 3943-2006-PA/TC y N° 00728-2008-PHC/TC, el TC ha emitido importantes pronunciamientos, explicando con mayor detenimiento cada una de las falencias argumentativas que aquejan a una resolución judicial. Así tenemos:

(53) STC Exp. N° 00728-2008-PHC/TC, f. j. 26.

1. Inexistencia de motivación o motivación aparente

Esta clase de infracción se presenta cuando el juez expresa las razones que lo sustentan a tomar una decisión en un sentido u otro, cumpliendo en apariencia con una debida motivación, pero no guarda sustento con los hechos o argumentos alegados por las partes, esto es, no se funda en criterios objetivos.

A decir del Tribunal Constitucional, este supuesto se da cuando no hay motivación o cuando esta no da razones mínimas del sentido del fallo; también se presenta cuando no responde a las alegaciones de las partes, o porque intenta únicamente dar cumplimiento formal de la motivación (motivación aparente), amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico.

Por su parte, la Corte Suprema ha señalado que: “(...) Existe motivación aparente cuando una determinada resolución judicial si bien contiene argumentos o razones de derecho o de hecho que justifican la decisión del juzgador, estas no resultan pertinentes para tal efecto, sino que son falsos, simulados o inapropiados en la medida que en realidad no son idóneos para adoptar dicha decisión”⁽⁵⁴⁾.

Las resoluciones afectadas por una motivación aparente se caracterizan porque disfrazan o esconden la realidad a través de cosas que no ocurrieron, pruebas que no se aportaron o fórmulas vacías de contenido que no se condicen con el proceso y que, finalmente, nada significan por la ambigüedad o vacuidad. Son casos típicos de esta clase de vicio las resoluciones que solo se limitan a describir los hechos alegados por las partes, sin analizarlos ni vincularlos con prueba alguna; las que no valoran los medios probatorios esenciales para resolver la controversia, sino que efectúan una vaga alusión a todas las pruebas aportadas al proceso, sin especificar el valor otorgado a los medios probatorios que han motivado su decisión; las que de manera aseverativa expresan que un hecho se encuentra acreditado sin apoyarse en ningún medio probatorio; las que de manera genérica indican que han cumplido todos los requisitos para encuadrar el caso sub júdice del supuesto de una norma jurídica, sin embargo, no contienen

(54) Sala Penal Permanente de la Corte Suprema. Casación N° 296-2011-Tacna; considerando sétimo. Magistrado Ponente: Rodríguez Tineo.

los fundamentos fácticos y jurídicos que lleven a esa conclusión, luego de un análisis de los medios probatorias, entre otros⁽⁵⁵⁾.

2. Falta de motivación interna de razonamiento

Se presenta en una doble dimensión; por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el juez en su decisión; y, por otro lado, cuando existe incoherencia narrativa, que a la postre se presenta como un discurso absolutamente confuso incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión.

3. Deficiencias en la motivación externa

Para el Tribunal Constitucional nos encontramos ante un caso de este tipo cuando las premisas de las que parte el juez no han sido confrontadas con la validez fáctica (de los hechos) o jurídica existentes para el caso en concreto. Por lo tanto el control externo de la motivación permite identificar la deficiente o insuficiente justificación tanto de la premisa mayor (norma jurídica aplicable al caso concreto), como de la premisa menor (hechos concretos).

Este control externo de la motivación resulta fundamental para apreciar la justicia y razonabilidad de la decisión judicial en el Estado democrático, porque obliga al juez a ser exhaustivo en la fundamentación de su decisión y a no dejarse persuadir por la simple lógica formal⁽⁵⁶⁾.

4. La motivación insuficiente

Se refiere al mínimo de motivación exigible para que la decisión esté justificada adecuadamente y para que satisfaga el derecho del justiciable y de la sociedad de conocer las razones que apoyan la decisión judicial.

Por lo que la motivación será insuficiente cuando exista un inadecuado control de aspectos lógicos formales y defectos en la valoración probatoria, vulnerándose el principio lógico de razón suficiente. No se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas.

(55) ZAVALETA RODRÍGUEZ, Roger. *La motivación de las resoluciones judiciales como argumentación jurídica*. Ob. cit., pp. 423 y 424.

(56) STC Exp. N° 02132-2008-PA/TC, f. j. 14.

La insuficiencia, vista aquí en términos generales, solo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la “insuficiencia” de fundamentos resultan manifiestas a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo.

Se respeta verdaderamente el derecho fundamental a la debida motivación cuando esta resulta suficiente. Ahora para cumplir con esta exigencia no es suficiente con proporcionar un argumento que avale la decisión adoptada, sino que (al menos en los casos de discrepancia) habrá que dar adicionalmente razones que justifiquen por qué ese argumento (utilizado a favor de la decisión adoptada) es mejor o más adecuado que otros potencialmente utilizables. Por ejemplo, ante una duda interpretativa, no será suficiente justificar el significado adoptado por medio de una argumentación sistemática, sino que deberían proporcionarse también razones que motiven por qué ese modo de interpretación es más adecuado en ese caso que una argumentación teleológica⁽⁵⁷⁾.

En otras palabras si asumimos que interpretar es atribuir un significado en función de las concepciones imperantes en el ámbito concernido, y resulta que esas convenciones permiten prima facie justificar diferentes atribuciones de significado (es decir, diferentes decisiones interpretativas), al juez no le será suficiente mostrar que hay argumentos interpretativos que sostienen su decisión interpretativa sino habrá de mostrar también que sus argumentos son mejores que los argumentos que apoyan otra(s) decisión(es) interpretativa(s) rivales. El juez actuaría arbitrariamente si toma una decisión interpretativa argumentada en detrimento de otra decisión mejor argumentada. Por eso, el juez está obligado a presentar su opción como la mejor de las presentes, y eso le obliga a comparar legalmente sus argumentos con los esgrimidos por las partes; es decir, a dialogar con estas⁽⁵⁸⁾.

En síntesis, si en un determinado caso existen discrepancias interpretativas sobre la solución del mismo, sobre ambas posturas existen posibles argumentos utilizables a favor de ellas, y por lo tanto de inclinarse por alguna de ellas, entonces el juez al decidirse por alguna

(57) EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier. *La argumentación interpretativa en la justicia electoral mexicana*. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México D.F., 2006, pp. 23-24.

(58) IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. *El razonamiento en las resoluciones judiciales*. Ob. cit., p. 53.

de ellas, deberá no solo dar razones de la posición que asume para la decisión adoptada, sino que deberá argumentar (justificar) por qué esa posición asumida en su decisión es la mejor o más adecuada al caso concreto y por qué no las otras posibles alternativas señaladas por la otra parte que sostenía la posición diferente. Si solo hace aquello, es decir si argumenta los criterios favorables respecto a la posición que adopta, sin hacer lo último, estaremos ante una motivación insuficiente. Por el contrario si todo, expone las razones de la postura que asume, y demuestra que esta es la mejor en comparación con la postura contraria que ha dejado de lado, entonces sí estaremos ante una motivación suficiente.

Bajo esta perspectiva, la motivación sería insuficiente si el juez deja incontestados argumentos que podían cambiar el curso de la decisión. En relación con este último aspecto, debe recordarse que la estructura del razonamiento judicial es dialógica, en el sentido de que el juez debe dar respuesta a las cuestiones planteadas por las partes, considerando los argumentos relevantes expuestos por ellas. Esto supone que el juez no solo está obligado a exponer los argumentos que apoyen positivamente su posición, sino también a refutar los argumentos relevantes que se le oponen y se alinean en una alternativa distinta a la elegida⁽⁵⁹⁾.

5. La motivación sustancialmente incongruente

Los órganos judiciales están obligados a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que han sido planteadas, sin ir más allá de lo solicitado por las partes, ni otorgar algo distinto a lo solicitado por estas, u omitir pronunciarse sobre algún pedido de las partes.

En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, cuando ha sostenido que: “(...) el contenido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales exige que exista: a) fundamentación jurídica; que no implica la sola mención de las normas a aplicar al caso, sino la explicación y justificación de por qué tal caso se encuentra o no dentro de los supuestos que contemplan tales normas; b) congruencia entre lo pedido y lo resuelto; que implica la manifestación de los

(59) ZAVALETA RODRÍGUEZ, Roger. *La motivación de las resoluciones judiciales como argumentación jurídica*. Ob. cit., p. 426.

argumentos que expresarán la conformidad entre los pronunciamientos del fallo y las pretensiones formuladas por las partes; y c) que por sí misma exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión”⁽⁶⁰⁾.

Y es que el contenido constitucional del derecho fundamental a la debida motivación de las resoluciones judiciales obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengán planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa). El dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial, así como del derecho a la motivación de la resolución judicial (motivación interna).

Esto último debe matizarse con el principio *iura novit curia*, que establece que el órgano jurisdiccional competente debe aplicar el Derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. A decir del TC, “esta actuación no representará una extralimitación de las facultades del juez, siempre que este proceda de conformidad con los fines esenciales de los procesos”⁽⁶¹⁾.

VI. LA DEBIDA MOTIVACIÓN COMO GARANTÍA A FAVOR DEL AGRAVIADO. ESPECIAL REFERENCIA A PROCESOS PENALES SEGUIDOS POR EL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL

La debida motivación de las resoluciones judiciales como derecho fundamental que es se encuentra reconocida para cualquier persona. Por lo tanto es un derecho también invocable por la víctima de un delito (o agraviado como lo denomina el CPP de 2004). Recalcamos la importancia de este aspecto por cuanto muchas veces se piensa que solamente la persona que viene siendo procesada es quien puede demandar el reconocimiento de este derecho. Teniendo presente este aspecto, se avanza un primer paso en la efectiva tutela jurisdiccional

(60) STC Exp. N° 03244-2010-PHC/TC, f. j. 6.

(61) STC Exp. N° 7022-2006-PA/TC, f. j. 10.

de los demás derechos que le asisten a ella, tales como su derecho a la verdad, a la defensa, a la reparación integral, entre otros.

Sin embargo, precisamente los problemas se suscitan cuando se plantea tal reconocimiento, pues qué mecanismos puede utilizar el agraviado cuando considere que una resolución, ya sea fiscal o judicial, no se encuentra justificada, con lo cual termina afectando sus derechos. Para dar respuesta a tales cuestiones, empecemos comentando dos casos que por afectación al derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales a favor de las presuntas víctimas del delito de violación sexual, llegaron a conocimiento del Tribunal Constitucional. Veamos.

La STC Exp. N° 03090-2012-PA/TC⁽⁶²⁾, que versa sobre lo siguiente: La recurrente, presunta víctima del delito de violación sexual, interpone demanda de amparo contra la Quinta Fiscalía Superior Penal de Lima y contra la Segunda Fiscalía Mixta de la Molina y Cieneguilla, solicitando que se declaren nulas las resoluciones mediante las cuales se declaró no ha lugar a formalizar denuncia penal contra el presunto autor del delito mencionado. La demandante, es decir en este caso la presunta víctima de violación sexual, alegó que se habría vulnerado sus derechos al debido proceso y a la debida motivación de las resoluciones judiciales.

En este caso, el Tribunal Constitucional, recordando otros pronunciamientos sobre el contenido del derecho a la debida motivación, señala que las facultades constitucionales de los actos del Ministerio Público no se legitiman desde la perspectiva constitucional en sí mismos, sino a partir del respeto pleno del conjunto de valores, principios constitucionales y de los derechos fundamentales de la persona humana, de conformidad con el artículo 1 de la Constitución. Asimismo refiere que las resoluciones judiciales no se encuentran justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se deriven del caso, criterios que, *mutatis mutandis*, son aplicables a las decisiones y pronunciamientos emitidos por los representantes del Ministerio Público.

(62) Véase, VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. “La debida motivación de las resoluciones fiscales y su reconocimiento a favor de la víctima del delito”. En: *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional*. Tomo 78, Gaceta Jurídica, Lima, junio de 2014, pp. 116-117.

Con base en ello, el Tribunal Constitucional se detiene a analizar si en el caso en concreto la decisión de los fiscales emplazados estuvo precedida de una motivación suficiente que justifique el porqué de tal decisión, llegando a la conclusión de que no se respetó dicho derecho, sino que por el contrario se le terminó vulnerando. De forma tal que el supremo intérprete de la Constitución declara fundada la demanda de amparo.

Resaltamos este aspecto, por cuanto al declarar procedente la demanda por parte del Tribunal Constitucional, y resolver incluso dándole la razón a la demandante, quien es la presunta víctima de un delito de violación sexual, muestra claramente que la debida motivación de las resoluciones judiciales y fiscales, en tanto derecho fundamental, puede ser invocado por cualquier persona, sin importar si dentro del proceso penal tiene la condición de imputado, procesado o agraviado (víctima de un delito).

Si bien el supremo intérprete de la Constitución, en la sentencia que mencionamos, no hace referencia expresa al derecho a la debida motivación a favor de las víctimas de un delito, lo cierto es que el solo hecho de declarar procedente la demanda de amparo interpuesta por la presunta víctima, y además resolver el fondo de la cuestión, implica desde ya que cualquier persona que se encuentra en la condición de víctima puede exigir el respeto de este derecho fundamental tan igual como siempre lo ha hecho el procesado o acusado de un delito.

Igualmente, podemos citar también la STC Exp. N° 02171-2012-PA/TC, en este caso la recurrente, presunta víctima del delito de violación sexual, interpone demanda de amparo contra la juez del Juzgado Penal de Calca, con el objeto de que se declare la nulidad de resolución que en definitiva declaró improcedente el recurso de apelación interpuesto contra el auto de no ha lugar a abrir instrucción penal por el presunto delito de violación sexual.

En la última sentencia mencionada, el Tribunal Constitucional señala que el problema se presenta con relación a quienes pueden cuestionar el auto que emite el juez declarando no ha lugar a abrir instrucción. Conforme a lo establecido en el tercer párrafo del artículo 77 del Código de Procedimientos Penales, en una interpretación restrictiva y que además ha sido acogida por la doctrina y jurisprudencia nacional, pueden apelar los fiscales cuando les ha correspondido a ellos

el ejercicio de la acción penal, o los agraviados, cuando el ejercicio de la acción ha correspondido a estos. Sin embargo, nada de ello se deriva de la Constitución, sino que así ha sido establecido en una norma, que por su origen es preconstitucional, de modo que corresponde analizar si la interpretación que se hace de dicha disposición es acorde o no con la Constitución, y si es el caso, si afecta o no los derechos fundamentales de los presuntos agraviados o víctimas.

Agrega el Tribunal Constitucional que nada impide que el agraviado, en caso de que se rechace la denuncia, pueda interponer conjunta o individualmente el recurso respectivo, dado que al tener interés en el resultado del proceso, no se le puede denegar o impedir que acceda a los órganos jurisdiccionales competentes, ni limitar su derecho a la instancia plural.

Se olvida –continúa señalando el Tribunal Constitucional– que el agraviado o víctima al igual que el imputado y las demás partes del proceso penal también tienen derechos fundamentales. Y si bien tradicionalmente no se les ha otorgado el tratamiento que les corresponde ni tampoco por lo general se hace uso de los mismos, ello no significa que carezcan de vigencia y eficacia, pues los derechos dada su configuración constitucional son opciones que tienen vigencia y eficacia incluso cuando nunca se haya hecho uso de los mismos o se haya hecho un uso poco frecuente. Por tanto nada impide que el agraviado pueda incluso antes del inicio formal del proceso penal impugnar los actos procesales que le afecten sus derechos, aunque para ello sea preciso entenderla desde una perspectiva diferente.

El supremo intérprete de la Constitución sostiene que para comprender lo que se ha señalado bastaría diferenciar entre las nociones de agraviado y parte civil. La diferencia operativa entre estos radica básicamente en que el primero gozaría de derechos de carácter general: a impugnar el auto de no haber lugar a abrir instrucción, a impugnar el sobreseimiento o la sentencia absolutoria, a ser informado del resultado del proceso penal, etc., mientras que el segundo además de estos gozaría de derechos de carácter específico: deducir la nulidad de actuaciones, a participar en los actos de investigación y de prueba, etc. Así, bien entendidas las cosas no existe una justificación razonable para exigir como requisito indispensable el inicio del proceso penal muchos menos la constitución en parte civil para que el agraviado pueda

impugnar los actos procesales que de modo general le afectan sus derechos. En efecto, la opción interpretativa de que también el agraviado puede impugnar el auto de no haber lugar a abrir instrucción resulta plenamente congruente con la diferenciación aludida entre agraviado y parte civil en el sentido de que el primero puede impugnar el auto de no haber lugar a abrir instrucción, como resulta obvio, sin que exista proceso penal en trámite y más aún sin la necesidad de que se constituya en parte civil. Por los demás, esta parece ser la lógica del Nuevo Código Procesal Penal de 2004, que reconoce a la víctima determinados derechos según su posición jurídica concreta en el proceso penal.

Con base en tales fundamentos, el Tribunal Constitucional declara fundada la demanda de amparo y nula la resolución que declaró improcedente el recurso de apelación interpuesto contra el auto de no haber lugar a abrir instrucción.

Como se observa, los dos casos mencionados y resueltos por el Tribunal Constitucional versan sobre la presunta comisión del delito de violación sexual, y fueron tratados bajo las reglas del Código de Procedimientos Penales de 1940, el cual reducía en demasía el papel de la víctima en el proceso penal, limitándole excesiva y arbitrariamente sus derechos. Aun así, el Tribunal Constitucional, haciendo uso de una interpretación constitucional amplia y preferente de los derechos fundamentales, declara fundada las demandas de amparo interpuestas por las víctimas del presunto delito cometido, señalando que las decisiones fiscales (tal como la de no formular denuncia penal, lo que hoy sería equivalente –conforme CPP de 2004– a no formalizar la investigación sino emitir disposición de sobreseimiento) y judiciales (como sería el caso del auto de no abrir instrucción penal, lo que ahora es semejante –en términos del CPP de 2004– al auto de sobreseimiento emitido por el juez de la investigación preparatoria) no pueden ser arbitrarias, sino que deben respetar el derecho a la debida motivación en procura de salvaguardar los demás derechos de la víctima. Queda claro pues, en nuestra opinión, que ello incluso implica las situaciones en que siendo las investigaciones deficientes o negligentes por parte de la Fiscalía, esta decida archivar el caso.

Entonces, consideramos que la víctima puede hacer uso de los recursos impugnatorios correspondientes, tal como sería, por ejemplo, el recurso de apelación, e inclusive el recurso de casación, cuando se

presenten las causales previstas en la ley procesal penal. Ello al amparo de otro derecho fundamental que también le asiste: el derecho a la pluralidad de instancias.

Por ejemplo, la resolución del fiscal en la que decide no formalizar investigación debe encontrarse debidamente motivada, pues de no ser así, y por el contrario tratarse de un archivo arbitrario, la víctima puede resultar perjudicada con ello. No solo se vería vulnerado el derecho a la verdad que le asiste, sino que podría implicar un riesgo para su integridad y su vida, al quedar en plena libertad aquel sujeto que quizá efectivamente cometió un delito en su contra y que podría intentar vengarse de la víctima, al haber esta denunciado el hecho delictuoso.

En tales casos, el agraviado se encuentra legitimado para interponer una queja de derecho, para que el fiscal superior sea quien analice la supuesta afección del derecho a la debida motivación, y si este decide confirmar la decisión de la fiscalía provincial, consideramos que el agraviado podría hacer uso de la figura de la tutela de derechos⁽⁶³⁾, y en caso esta sea denegada, por considerarse que tal instituto solo puede ser solicitada por el imputado⁽⁶⁴⁾, entonces al agraviado no le

(63) Los argumentos a favor de que el agraviado pueda solicitar, al igual que el imputado, la audiencia de tutela pueden verse en: VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. "La audiencia de tutela de derechos según la jurisprudencia nacional". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Año 22, N° 216, Gaceta Jurídica Lima, setiembre de 2016, pp. 175-185.

(64) Debemos recordar que la judicatura concibe la tutela de derechos desde una perspectiva demasiado restrictiva, entendiendo que la prescripción legal sobre dicho instituto (art. 71.4 del CPP de 2004) solo estima que el imputado es el único legitimado para solicitar la audiencia de tutela, y solamente cuando se le afecten algunos derechos fundamentales. Así pueden verse el Acuerdo Plenario Penal N° 04-2010-CJ-116, de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en donde en su f.j. 11, sostiene que la audiencia de tutela de derechos tiene por finalidad: "(...) la protección, resguardo y consiguiente efectividad de los derechos del imputado reconocidos por la Constitución y las leyes. Desde esta perspectiva, el Juez de la Investigación Preparatoria se erige en un Juez de Garantías durante las diligencias preliminares y la Investigación Preparatoria ejerciendo su función de control de los derechos ante la alegación del imputado de que se ha producido la vulneración de uno o varios de sus derechos reconocidos específicamente en el artículo 71 del NCPP, responsabilizando al Fiscal o a la Policía del agravio. En otras palabras, su finalidad esencial consiste en que el Juez determine, desde la instancia y actuación de las partes, la vulneración al derecho o garantía constitucional prevista en la citada norma y realice un acto procesal dictando una medida de tutela correctiva –que ponga fin al agravio–, reparadora –que lo repare, por ejemplo, subsanando una omisión– o protectora". En la misma línea se ubica la reciente Casación N° 136-2013-Tacna, del 11 de junio de 2014, en la cual se manifiesta que: "La tutela de derechos como institución procesal, tiene una finalidad protectora del imputado, quien en su calidad de parte acusada, se ve sometido al aparato estatal durante la investigación del delito a cargo de la Policía Nacional del Perú y el Ministerio Público, que por el especial papel que desempeñan en la lucha contra la criminalidad, en ciertos casos, incurrir en excesos o negligencias, las cuales no pueden adjudicarse gratuitamente al procesado, por ello, el legislador ha establecido esta institución procesal, para que sea el juez quien controle estas falencias en el propio aparato estatal. No obstante, no toda afectación se puede reclamar a través de la audiencia

quedará otra opción más que acudir a los procesos constitucionales de tutela urgente, en específico podría plantear una demanda de amparo.

Para hacer uso de tales recursos, no es requisito que previamente se haya constituido en actor civil, pues dicha constitución –de acuerdo al Acuerdo Plenario N° 5-2011/CJ-116, f.j. 17– solo puede darse una vez que ha sido notificada la resolución de formalización de la investigación preparatoria– por lo tanto en este estadio de diligencias preliminares, le está imposibilitado de constituirse en actor civil, pero solo imposibilitado de ello, es decir no se encuentra imposibilitado de ejercer otros derechos, como el derecho a la pluralidad de instancias o el derecho a la verdad, por ejemplo. Pues el agraviado, con seguridad está interesado en que se descubra la verdad y en evitar que campee la impunidad, por lo que puede legítimamente ejercer los mecanismos que hemos venido aludiendo para la efectivizarían de esto último. Además de ello, también puede que esté interesado en posteriormente constituirse en actor civil, en el momento adecuado, para poder realizar todos los actos que a su interés le convengan con respecto a la reparación de daños y perjuicios que crea debe otorgársele, por lo que le es de interés que la investigación penal continúe su cauce.

Con todo, a su vez, queda puesto de relieve que en el caso de las presuntas víctimas de un delito, el derecho que tienen a la debida motivación de las resoluciones judiciales va unido al derecho a la verdad (por el cual el Estado debe adoptar todas las medidas posibles para esclarecer los presuntos hechos delictuosos) igualmente el derecho a la debida motivación se encuentra ligado con el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. De modo que las decisiones del Ministerio Público que decidan no continuar con investigaciones o archivar las mismas, o tal vez la solicitud de sobreseimiento que interponga, deben estar

de tutela de derechos, por cuanto, al ser una institución procesal el legislador y la jurisprudencia se han establecido mecanismos específicos para determinados actos (v.gr. el exceso de plazo en la investigación se discute a través del control de plazos). Esta Corte Suprema a través de los Acuerdos Plenarios Penal N° 04-2010-CJ-116 y N°02-2012-CJ-116 de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República ha desarrollado la institución de la tutela de derechos, habiéndose establecido como derechos legitimados para ser recurridos en vía de tutela los establecidos en el artículo 71 del Código Procesal Penal del 2004, constituyendo esta una lista cerrada de derechos”. En contra de dichos postulados, y desde un enfoque amplio en donde ante una afectación de cualquier derecho fundamental y no solo de algunos, se sostiene que el agraviado también debería poder hacer uso de la audiencia de tutela, véase: VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. “La audiencia de tutela de derechos según la jurisprudencia nacional”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Año 22, N° 216, Gaceta Jurídica Lima, setiembre de 2016, pp. 175-185.

debidamente motivadas, en aras de la salvaguarda de los derechos de las víctimas acabados de mencionar y, por lo tanto, no pueden basarse en el mero capricho de ellos, o a una falta de voluntad y objetividad en la investigación y persecución de los delitos.

Ahora bien, ahondando en el proceso penal seguido bajo la normativa del CPP de 2004, tenemos que en el caso de que el fiscal haya formalizado la investigación preparatoria, pero luego decida solicitar sobreseimiento, el agraviado puede hacer valer su derecho en la audiencia de control de sobreseimiento. Si el juez concede la solicitud de sobreseimiento, entonces el agraviado –al margen de que se haya constituido o no en actor civil– puede apelar el auto de sobreseimiento, específicamente impugnando el extremo absolutorio emitido a favor del imputado, sobre la base del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, claro está si considera con base en criterios válidos y racionales que tal derecho se le ha vulnerado. Pero no solo en virtud del derecho en alusión, sino también ligado al derecho a la verdad, al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva. Lo mismo cabe decir de la sentencia absolutoria que pueda emitirse en la oportunidad que fija la ley⁽⁶⁵⁾.

Si el agraviado se ha constituido en actor civil, aparte de poder impugnar el auto de sobreseimiento o el fallo absolutorio de la sentencia (esto lo puede hacer solamente desde su condición de agraviado), puede además impugnar el extremo del auto o de la sentencia referido a la determinación de la reparación civil por aquel hecho que en su momento revistió relevancia penal. Recordemos que un tema que ha resultado palpable es la falta de motivación de la resolución que emite el juez sobre la reparación civil a pagar, donde la mayor de las veces no se realiza un ápice de motivación sobre el monto que se otorga⁽⁶⁶⁾. De esta forma si el agraviado, constituido en actor civil, considera conforme a su criterio, que el juez no ha expresado la justificación racional

(65) Véase: VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. “El agraviado y su derecho a impugnar el auto de sobreseimiento ¿Una vulneración al principio acusatorio?”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 59. Gaceta Jurídica, Lima, mayo de 2014, pp. 38-61.

(66) Sobre el deber de motivar la reparación civil en sede penal, véase: LEÓN ALVA, Eduardo. “El deber de motivar la reparación civil en sede penal”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 52, Gaceta Jurídica, Lima, octubre de 2013, pp. 183-238; También: TALAVERA ELGUERA, Pablo. *La sentencia penal en el nuevo Código Procesal Penal. Su estructura y motivación*. Cooperación Alemana al Desarrollo-GTZ, Lima, 2010, pp. 103-114.

del porqué ha considerado que solo existen en el caso en concreto algunas clases de daños que deben ser reparados y la cuantía que ha impuesto sobre ellos, o si tal justificación es solo aparente, o insuficiente o quizá incongruente, entonces puede impugnar tales aspectos.

La constitución en actor civil es un requisito que establece el CPP de 2004, con la finalidad de que el agraviado pueda hacer valer su pretensión civil en el proceso penal, de no realizar dicha constitución en momento que establece el citado código, al agraviado –con respecto a dicha pretensión– le quedan dos opciones: i) ir a la vía civil para reclamar dicha pretensión o simplemente atenerse a que esta pretensión la haga valer el fiscal en el proceso penal. Pero el agraviado no podrá impugnar en sede penal la resolución que le deniega dicha reparación civil, sino que deberá acudir a la vía civil. Tampoco podrá impugnar aquella resolución que si bien le reconoce una reparación civil, el agraviado considere que el monto establecido es ínfimo y no se corresponde con el daño que se le ha irrogado, sino que solo podrá o bien aceptar lo que se señala en la resolución o acudir a la vía civil. En el proceso penal, el agraviado no constituido en actor civil, a lo único que estaría habilitado, en cuanto a la pretensión civil se refiere, es a solicitar la ejecución de la reparación, si así lo considera conveniente, si –como ya hemos dicho– no está conforme, deberá acudir al proceso civil, para plantear su pretensión.

Pero como venimos sosteniendo, el hecho de que no se haya constituido en actor civil, no implica que no pueda ejercer aquellos otros derechos que le han sido reconocidos por su sola condición de agraviado. Pues el agraviado sigue teniendo legítimo interés en el descubrimiento de la verdad de los hechos, y este derecho no se supedita a la constitución en actor civil, pues esta constitución –tal como hemos visto– tiene otra finalidad.

Este planteamiento guarda coherencia con la diferencia que existe entre las nociones de agraviado y actor civil. Para este entender esto, reiteramos lo expuesto por el Tribunal Constitucional, y que ya anotáramos líneas arriba: “La diferencia operativa entre estos –ha dicho el Tribunal Constitucional– radica básicamente en que el primero gozaría de derechos de carácter general: el auto de no ha lugar a abrir instrucción [refiriéndose al Código de Procedimientos Penales de 1940, pero que puede ser perfectamente asimilable al CPP de 2004 en lo

concerniente al archivo fiscal o al auto de sobreseimiento], a impugnar el sobreseimiento de la sentencia absolutoria, a ser informado del resultado del proceso penal, etc., mientras que el segundo, además de estos gozaría de derechos de carácter específicos: deducir nulidad de actuados, a participar en los actos de investigación y de prueba, etc. Así, bien entendidas las cosas, no existe una justificación razonable para exigir como requisito indispensable el inicio del proceso penal, mucho menos la constitución en parte civil para que el agraviado pueda impugnar los actos procesales que de modo general le afectan sus derechos”⁽⁶⁷⁾.

Lo señalado hasta aquí no importa una violación al principio acusatorio, en cuanto la víctima no está arrogándose las funciones del Ministerio Público, pues esta en ningún momento solicitará una pena o alguna sanción para el procesado, sino simplemente que se respeten sus derechos a la tutela jurisdiccional efectiva, al debido proceso, al derecho de defensa, el derecho a la verdad, respeto que solo tendrá lugar cuando se proteja el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales a favor de la víctima.

VII. COMENTARIO A LA CASACIÓN N° 201-2014-ICA

La capital importancia de la debida motivación indicada en los párrafos anteriores ha sido reconocida en diversas resoluciones tanto del Tribunal Constitucional como de la Corte Suprema. Así, en la Casación N° 201-2014-Ica, del 30 de marzo de 2016, y publicada en el diario oficial *El Peruano* el 26 de julio de 2016, los jueces supremos han establecido como doctrina jurisprudencial vinculante que en tanto la motivación es un derecho constitucional, y se entiende que la Constitución es directamente vinculante tanto para el poder público como para los privados, la invocación de su infracción habilita al juez a buscar su salvaguarda en función de garantizar la supremacía y plena eficacia de la Constitución como norma fundamental.

Como señalábamos la Casación N° 201-2014-Ica, ha establecido como doctrina jurisprudencialmente vinculante la salvaguarda del derecho a la debida motivación para garantizar la eficacia y supremacía de la Constitución, sin embargo no hace referencia al contenido de

(67) STC Exp. N° 02171-2012-PA/TC-Cusco, f. j. 12.

dicho derecho, siendo que remite para ello a algunas jurisprudencias existentes con anterioridad.

Pero, con respecto al caso concreto que dio pie a que la Corte Suprema estableciera la doctrina jurisprudencial vinculante anotada, ¿realmente se respetó el derecho a la debida motivación? Para dar respuesta a esta interrogante, repasemos los hechos y la respuesta que dieron tanto el juzgado penal que resolvió el caso, como la Sala Superior Mixta y Penal de Apelaciones de Nazca, todo ello partiendo de lo que anota la Corte Suprema en la citada Casación.

Con respecto a los hechos materia de controversia penal, tenemos que el agresor habría (supuestamente) violado sexualmente a su hijastra menor de edad, en el cuarto de la madre de esta última. Si bien la víctima en un comienzo opuso resistencia, luego de ello se habría quedado bastante asustada al divisar el arma de fuego de propiedad del agresor, estado de miedo que fue aprovechado por este para consumar el acto sexual.

Como pruebas de cargo se tienen la propia declaración de la presunta víctima, así como pericia médica que constata sugilaciones en el cuerpo de aquella.

Ahora bien, en primera y segunda instancia se absuelve al procesado, pero se le impone que pague un determinado monto dinerario por concepto de reparación civil.

Para la Corte Suprema, el fallo de la Sala Superior sería correcto y no habría vulnerado el derecho a la debida motivación, por cuanto habría dado respuesta a los agravios formulados por la Fiscalía contra la sentencia de primera instancia.

De lo que se señala en la propia Casación, dicha respuesta consistió en que las sugilaciones (entiéndase “chupetones”) en el cuerpo de la presunta víctima no suelen ser producto de un actuar violento sino que además de ser indoloras, por el contrario suelen ser parte de una relación sexual consentida. Igualmente no se logró acreditar la penetración del miembro viril del procesado, de modo que todo indica que se habría tratado de frotaciones entre el cuerpo del agresor y de la víctima, pero sin que hubiera penetración, y sin evidencia que acredite la violencia o grave amenaza. En otras palabras, existiría evidencia de

una relación sexual, sin penetración, consentida en tanto se ha acreditado la presencia de chupetones.

Es claro, que existe una respuesta a los agravios del fiscal, pero ¿esa respuesta es racional?, pues si como hemos señalado en el presente trabajo que una simple explicación de la decisión del juez no se condice con el derecho a la debida motivación, sino que para ello es necesaria una justificación racional, entonces se hace necesario evaluar si la respuesta dada en el caso en concreto pueden ser considerada como argumentos racionales para saber si se respetó o no el derecho a la debida motivación.

Siendo así, la primera cuestión que se formula es determinar cuál es la base o razón para sostener que los “chupetones” solo se dan en una relación sexual consentida, como ha sido señalado por la Sala Superior según el texto de la sentencia de casación en comento. Tal afirmación ¿se ha basado en reglas científicas o en máximas de la experiencia, o reglas de la lógica? Nada se dice al respecto en la sentencia casatoria en comento.

Ahora bien, en una investigación publicada en la revista de Medicina Legal de Costa Rica, se señala que un estudio realizado entre los años 2005 y 2006 en aquel país arrojaba como resultado que en los casos de abuso sexual infantil la mayor cantidad de lesiones encontrada era la sugilación⁽⁶⁸⁾.

Igualmente en un estudio referido a la medicina legal en Bolivia, se afirma que: “La sugilación es una equimosis por succión o ‘chupón’ y suele observarse en delitos contra la libertad sexual, a veces se acompaña de marcas de dientes”⁽⁶⁹⁾.

Entonces, de la sola referencia a estos dos estudios se puede sostener que no solo en las relaciones sexuales consentidas se presenta la sugilación, sino que ello también es posible en casos de violación sexual.

(68) ABARCA CAMPOS, Carlos; ALPÍZAR CASTRO, Ligia Elena; ALPÍZAR VAZQUEZ, Clavelina y otros. “Agresión infantil como problema social en Costa Rica, desde enero de 2005 hasta mayo de 2006”. En: *Revista de Medicina Legal de Costa Rica*. Vol. 23, N° 2, Instituto de Medicina Legal de Costa Rica, 2006, disponible en <<http://www.scielo.sa.cr/pdf/mlcr/v23n2/3476.pdf>> (consulta: 15/12/2016).

(69) BARRAL, Ruth; NÚÑEZ DE ARCO, Jorge, CABALLERO, Dora. *Aspectos de Medicina legal en la práctica diaria*. Edición OPS/OMS La Paz, 2004, p.14-24; disponible en: <<http://www.nunezdearco.com/Lesiones.htm>> (consulta 22/12/2016).

Como hemos mencionado, no se dice nada con respecto a este punto, ni acerca de cuál es la base científica o reglas de la experiencia para poder afirmar, como se ha hecho en el caso en concreto, de que las sugilaciones se presentan solo en las relaciones sexuales consentidas.

Igualmente, en la sentencia de casación no se hace mención a si se valoraron correctamente los criterios que se han establecido jurisprudencialmente para determinar el valor probatorio de las víctimas de violación sexual, tales como la ausencia de incredibilidad subjetiva, la cual está referida a la exigencia de que no exista en la víctima un móvil o animosidad que pueda provocar una fabulación o incriminación falsa. Igualmente las corroboraciones periféricas; sobre este aspecto en el caso en concreto sí podría haber sido considerado de recibo el examen médico que acredita la sugilación, así como el testimonio de personas que pudieron estar presentes, en el caso en particular tenemos que el procesado, la presunta víctima y el enamorado de esta se dirigieron a la casa en donde finalmente habría ocurrido el hecho delictuoso, al respecto hubiera sido importante conocer la versión de dicho enamorado, no se dice nada sobre ello, quizá el fiscal nunca propuso la actuación de dicho testimonio. Y si bien se menciona que del examen biológico consistente en el hisopado vaginal fueron negativos en cuanto a la presencia de espermatozoides en la vagina de presunta víctima, ello no descarta la tentativa delictiva, máxime cuando se acepta que sí hubo frotación entre los cuerpos del procesado y de aquella. Y por último la persistencia en la incriminación, no se señala si hubo o no contradicciones en la declaración de la víctima a lo largo del proceso.

Igualmente existe otra contradicción, que hubiera sido deseable que la Corte Suprema aclarara, y es lo referido a que al procesado absuelto se le impone la obligación de pagar una reparación civil, pero sin especificar a qué se debe ello, es decir sin individualizar cuál habría sido el hecho dañoso por el cuál debe pagar una reparación civil. Pues si se sostiene que se trató de unas relaciones sexuales consentidas, sin penetración, no se observa cuál sería el daño ocasionado. Lamentablemente la Corte Suprema no se pronuncia sobre este tema, debido a que declara inadmisibile el recurso interpuesto por el propio procesado, debido que no se presentó a la audiencia de vista de la causa.

En razón de lo señalado se puede sostener que no solo la sentencia de vista incurre en vicios de motivación, sino también la propia sentencia de casación al no realizar ni exponer un adecuado análisis del derecho a la debida motivación en el caso en concreto.

VIII. CONCLUSIONES

- La debida motivación de las resoluciones judiciales como derecho fundamental que es se encuentra reconocida para cualquier persona. Por lo tanto es un derecho también invocable por la víctima de un delito (o agraviado como lo denomina el CPP de 2004).
- En el caso de las presuntas víctimas de un delito, como por ejemplo el delito de violación sexual, el derecho que tienen a la debida motivación de las resoluciones judiciales va unido al derecho a la verdad (por el cual el Estado debe adoptar todas las medidas posibles para esclarecer los presuntos hechos delictuosos), igualmente el derecho a la debida motivación se encuentra ligado con el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. De modo que las decisiones del Ministerio Público que decidan no continuar con investigaciones o archivar las mismas, o tal vez el requerimiento de sobreseimiento que interpongan, deben estar debidamente motivadas, en aras de la salvaguarda de los derechos de las víctimas acabados de mencionar, y por lo tanto no pueden basarse en el mero capricho de ellos, o a una falta de voluntad y objetividad en la investigación y persecución de los delitos.
- De este modo, si la decisión fiscal de archivo afecta el derecho a la debida motivación entendido como derecho fundamental reconocido también a favor de la víctima de un delito, entonces esta puede interponer una queja de derecho o inclusive una tutela de derecho. Si se le niega ello, por ejemplo se rechaza su solicitud de que se promueva una audiencia de tutela de derechos por considerarse que tal audiencia está estatuida solo a favor del imputado, entonces la víctima podría acudir a los procesos constitucionales, en específico al proceso de amparo.
- De la misma manera el auto de sobreseimiento o las sentencias absolutorias deben respetar el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales a favor de la víctima, si no ocurriere ello,

la víctima estaría habilitada para hacer uso de los recursos impugnatorios correspondientes, tal como sería, por ejemplo, el recurso de apelación, e inclusive el recurso de casación, cuando se presenten las causales previstas en la ley procesal penal. Ello al amparo de otro derecho fundamental que también le asiste: el derecho a la pluralidad de instancias.

- Para que la víctima pueda reclamar protección a su derecho a la debida motivación, no resulta relevante que se ha constituido o no en actor civil, debido a que dicha constitución solo lo legitima para demandar una reparación civil en sede penal, pero su no constitución no restringe, menos anula, el ejercicio de sus demás derechos constitucionales, y que se encuentran reconocidos en el CPP de 2004, por el solo hecho de ser víctima de un delito, como por ejemplo la posibilidad de impugnar el auto de sobreseimiento o la sentencia absolutoria.
- Lo señalado no importa en ningún momento, una violación al principio acusatorio, en cuanto la víctima no está arrogándose las funciones del Ministerio Público, pues la víctima en ningún momento solicitará una pena o alguna sanción para el procesado, sino simplemente que se respeten sus derechos a la tutela jurisdiccional efectiva, al debido proceso, al derecho de defensa, el derecho a la verdad, respeto que solo tendrá lugar cuando se proteja el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales a favor de la víctima.
- La presunta víctima de un delito de violación sexual puede interponer los recursos impugnatorios pertinentes si considera que las resoluciones fiscales o judiciales (auto de sobreseimiento o sentencia absolutoria) han afectado el derecho a la debida motivación. Así, si se ha emitido un auto de sobreseimiento o una sentencia absolutoria, sin justificar racionalmente el porqué de ello, entonces la víctima puede impugnar dicha resolución en el extremo absolutorio.

IX. BIBLIOGRAFÍA

1. AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. 1ª edición peruana. Colección Derecho y Argumentación, N° 7, Palestra Editores, Lima, 2016.
2. ABARCA CAMPOS, Carlos; ALPÍZAR CASTRO, Ligia Elena; ALPÍZAR VAZQUEZ, Clavelina y otros. “Agresión infantil como problema social en Costa Rica, desde enero de 2005 hasta mayo de 2006”. En: *Revista de Medicina Legal de Costa Rica*. Vol. 23, N° 2, Instituto de Medicina Legal de Costa Rica, 2006, disponible en <<http://www.scielo.sa.cr/pdf/mlcr/v23n2/3476.pdf>>.
3. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”. En: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. N° 12, Universidad de Alicante, Alicante, 1992.
4. ARIANA DEHO, Eugenia. “Deber de motivación escrita de las resoluciones judiciales” (Comentario al artículo 139, inciso 5 de la Constitución. En: *La Constitución comentada*. Tomo III, 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2013.
5. BARRAL, Ruth; NÚÑEZ DE ARCO, Jorge, CABALLERO, Dora. *Aspectos de Medicina legal en la práctica diaria*. Edición OPS/OMS La Paz, 2004, pp.14-24; disponible en: <<http://www.nunezdearco.com/Lesiones.htm>>.
6. CALAMANDREI, Pietro. *Proceso y democracia*. Traducción de Héctor Fix Zamudio. Ejea, Buenos Aires, 1960.
7. CASTILLO ALVA, José Luis. *La motivación de la valoración de la prueba en materia penal*. Grijley, Lima, 2014.
8. CASTILLO ALVA, José Luis. “Las funciones constitucionales del deber de motivar las decisiones judiciales”. En: *Portal de Derecho Penal*, Universidad de Friburgo, octubre de 2014, pp. 3 y 5; disponible en <http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20141008_02.pdf>.
9. CASTILLO ALVA, José Luis. “La motivación suficiente en materia penal”. En: *Principios fundamentales del nuevo proceso penal*. Percy Revilla Llaza (coord.). Gaceta Jurídica, Lima, 2013.
10. CASTILLO ALVA, José Luis. “El derecho de defensa y su relación con el deber de motivar las decisiones judiciales”. En: *Jus-Doctrina & Práctica*. N° 4, Grijley, Lima, 2007.
11. COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio. *La motivación de las sentencias. Sus exigencias constitucionales y legales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

12. CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Colex, Madrid, 1990.
13. DE LA RÚA, Fernando. *Teoría general del proceso*. Depalma, Buenos Aires, 1991.
14. DÍAZ CANTÓN, Fernando. “El control judicial de la motivación de la sentencia penal”. En: MAIER, Julio (coordinador). *Los recursos en el procedimiento penal*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 1999.
15. ESPINOZA CUEVA, Carla. *Teoría de la motivación de las resoluciones judiciales y jurisprudencia de casación y electoral*. Corte Nacional de Justicia-Tribunal Contencioso Electoral, Quito, 2010.
16. EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier. *La argumentación interpretativa en la justicia electoral mexicana*. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México D.F., 2006.
17. FERRER BELTRÁN, Jordi. “Apuntes sobre el concepto de motivación de las decisiones judiciales”. En: *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. N° 34, Instituto Tecnológico y Autónomo de México, México D.F., abril de 2011.
18. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. “La motivación. Conceptos fundamentales”. En: GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *La argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales*. 1ª edición, 1ª reimpresión. Palestra Editores, Lima, 2014.
19. GASCÓN ABELLÁN, Marina. “El papel del juez en el Estado de Derecho”. En: GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *La argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales*. 1ª edición, 1ª reimpresión. Palestra Editores, Lima, 2014.
20. GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*. 3ª edición, Marcial Pons, Madrid- Barcelona-Buenos Aires, 2010.
21. GÓMEZ MONTORO, Ángel José. “El derecho a una resolución motivada y congruente en la jurisprudencia del Tribunal constitucional”. En: *La Constitución y la práctica del Derecho*. Julián Martínez Sánchez y Manuel Aragón Reyes (Coords.). SOPEC, Pamplona, 1998.
22. GUASCH FERNÁNDEZ, Sergi. *El hecho y el derecho en la casación civil*. Barcelona: J.M. Bosch, 1998.
23. HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael. “El Juez, el científico y la búsqueda de la verdad”. En: *Prueba y razonamiento probatorio en Derecho. Debates sobre abducción*. Juan Antonio García Amado y Pablo Raúl Bonorino (Coords.). Comares, Granada, 2014.

24. HIGA SILVA, César. “El deber de justificar (racionalmente) la cuestión fáctica de un caso: ¿Es suficiente establecer el deber de motivar la sentencia para que los jueces cumplan con esa labor o es necesaria que tengan una metodología que les permita realizar esa tarea? En: *La argumentación jurídica en el Estado Constitucional*. Pedro Grández Castro y Félix Morales Luna (editores). Palestra Editores, Lima, 2013.
25. IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. *El razonamiento en las resoluciones judiciales*. 1ª edición, 1ª reimpresión. Palestra Editores, Lima, 2014.
26. LEÓN ALVA, Eduardo. “El deber de motivar la reparación civil en sede penal”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 52, Gaceta Jurídica, Lima, octubre de 2013.
27. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. “Funciones de la motivación en el juzgamiento fáctico. Condiciones, patologías y control institucional. (La motivación en serio de las sentencias penales). En: MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *La prueba en el proceso penal acusatorio. Reflexiones adaptadas al Código Procesal Penal peruano de 2004*. Jurista Editores, Lima, 2012.
28. PICÓ I JUNOY, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*. 1ª edición, 3ª reimpresión. J.M. Bosch, Barcelona, 2002.
29. PORTOCARRERO QUISPE, Jorge Alexander. “Sobre la razonabilidad y la racionalidad en la motivación de las resoluciones judiciales”. En: *Cuadernos de Jurisprudencia Constitucional*. N° 11- *Sobre la interpretación constitucional y convencional. Un enfoque transversal en el Derecho*. Palestra Editores, Lima, diciembre de 2016.
30. TALAVERA ELGUERA, Pablo. *La sentencia penal en el nuevo Código Procesal Penal. Su estructura y motivación*. Cooperación Alemana al Desarrollo-GTZ, Lima, 2010.
31. TARUFFO, Michele. “Consideraciones sobre prueba y motivación”. En: TARUFFO, Michele; ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto y CANDAU PÉREZ, Alfonso. *Consideraciones sobre la prueba judicial*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.
32. TICONA POSTIGO, Víctor. “La motivación como sustento de la sentencia objetiva y materialmente justa”. En: *Cuadernos de Investigación y Jurisprudencia*. Año 3, N° 9. Poder Judicial, Lima, 2004.
33. TARUFFO, Michele. *La motivación de la sentencia civil*. Traducción de Lorenzo Córdova Vianello. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México D.F., 2006.
34. VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. “La debida motivación de las resoluciones fiscales y su reconocimiento a favor de la víctima del delito”.

- En: *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional*. Tomo 78, Gaceta Jurídica, Lima, junio de 2014.
35. VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. “El agraviado y su derecho a impugnar el auto de sobreseimiento ¿Una vulneración al principio acusatorio?”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 59. Gaceta Jurídica, Lima, mayo de 2014.
 36. VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. “La audiencia de tutela de derechos según la jurisprudencia nacional”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Año 22, N° 216, Gaceta Jurídica Lima, setiembre de 2016.
 37. ZAVALETA RORÍGUEZ, Roger. *La motivación de las resoluciones judiciales como argumentación jurídica*. Grijley, Lima, 2014.
 38. ZAVALETA RORÍGUEZ, Roger. “Motivación de las resoluciones judiciales”. En: CASTILLO ALVA, José Luis; LUJÁN TÚPEZ, Manuel y ZAVALETA RORÍGUEZ, Roger. *Razonamiento judicial. Interpretación, argumentación y motivación de las resoluciones judiciales*. Gaceta Jurídica, Lima, 2004.

Índice general

Introducción.....	5
-------------------	---

LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL DE MENORES DE EDAD

Gianina Rosa Tapia Vivas

I.	Introducción	7
1.	La actividad probatoria en el delito de violación sexual de menores de edad de conformidad con el CPP de 2004.....	10
2.	La pericia médico-legal en el delito de violación sexual en agravio de menor de edad.....	24
3.	Valoración judicial de la prueba en el delito de violación sexual en agravio de menores de edad	37
II.	Bibliografía	49

LA POSICIÓN DE LA VÍCTIMA COMO TESTIGO Y LA VALORACIÓN DE SU TESTIMONIO EN LOS PROCESOS PENALES POR DELITOS DE VIOLACIÓN SEXUAL

Elky Alexander Villegas Paiva

I.	La cuestión problemática.....	51
II.	La víctima como testigo en el proceso penal.....	54
III.	Especiales circunstancias de la declaración de la víctima: el uso de la cámara Gesell	56

IV.	El testimonio de la víctima como elemento de prueba y criterios orientadores para su valoración.....	62
1.	Ausencia de incredibilidad subjetiva	65
2.	Persistencia en la incriminación.....	68
3.	Corroboraciones periféricas	70
V.	Bibliografía	74

**ENTREVISTA ÚNICA EN CÁMARA GESELL,
DERECHO DE CONTRADICCIÓN SUCESIVA
Y EQUIPARACIÓN A LA PRUEBA ANTICIPADA**

Walberto Rodríguez Champi

I.	Planteamiento	75
II.	Desarrollo del tema.....	77
1.	Introducción	77
2.	Entrevista en cámara Gesell	80
3.	Declaración en cámara Gesell y derecho de contradicción sucesiva.....	102
4.	La entrevista única en cámara Gesell y prueba anticipada.....	161
III.	Conclusiones y recomendaciones	170
IV.	Bibliografía	176

**LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL EN LOS
PROCESOS PENALES POR DELITOS DE VIOLACIÓN
SEXUAL. COMENTARIOS A PROPÓSITO
DEL ACUERDO PLENARIO N° 4-2015/CIJ-116**

Elky Alexander Villegas Paiva

I.	Cuestiones preliminares	179
II.	La prueba pericial: concepto y fundamento.....	182
1.	Concepto.....	182
2.	Fundamento.....	184
III.	Criterios para la valoración de la prueba pericial.....	187

1.	Verificar la profesionalidad del perito	193
2.	Verificar la calidad y coherencia del dictamen pericial.....	194
IV.	La cadena de custodia de muestras biológicas para la realización de la prueba pericial.....	197
V.	Bibliografía	202

**PROBABILIDADES Y FUERZA PROBATORIA EN LOS
DELITOS DE VIOLACIÓN SEXUAL DE MENORES DE EDAD**

Eliu Arismendiz Amaya

I.	Introducción.....	205
II.	De los aspectos sustantivos.....	206
1.	De la ubicación sistemática de las figuras delictivas contra la libertad sexual de menores de edad.....	206
2.	De los delitos de violación sexual de menores de edad en el Código Penal	208
3.	Estructura típica del delito de violación sexual de menor de edad y su forma agravada.....	208
4.	Tipicidad subjetiva	214
III.	Aspectos generales sobre la actividad probatoria en el nuevo proceso penal	214
1.	La prueba.....	215
2.	El desarrollo de la actividad probatoria.....	216
3.	De lo que no se prueba en el proceso penal.....	219
4.	De lo que se prueba en el proceso penal.....	220
IV.	De la valoración de la prueba en los delitos de violación sexual de menores de edad	225
1.	Del sistema de libre valoración	225
2.	De los modelos de probabilidades	226
3.	De la acreditación del hecho constitutivo en los delitos de violación sexual de menores de edad	229
V.	Conclusiones.....	241
VI.	Bibliografía	241

**LA DEBIDA MOTIVACIÓN DE LA VALORACIÓN
DE LA PRUEBA COMO MANIFESTACIÓN DE LA TUTELA
JURISDICCIONAL EFECTIVA DE LA VÍCTIMA
EN LOS PROCESOS PENALES POR VIOLACIÓN SEXUAL**

Elky Alexander Villegas Paiva

I.	Introducción	245
II.	Concepto y alcance de la debida motivación	247
III.	Funciones de la debida motivación.....	261
	1. Función endoprocesal	261
	2. Función extraprocesal.....	264
IV.	Requisitos para una debida motivación.....	265
	1. Motivación expresa	265
	2. Motivación clara.....	266
	3. Respeto a las máximas de la experiencia	266
	4. Respeto a los principios lógicos	267
V.	Infracciones a la debida motivación.....	267
	1. Inexistencia de motivación o motivación aparente	268
	2. Falta de motivación interna de razonamiento	269
	3. Deficiencias en la motivación externa	269
	4. La motivación insuficiente	269
	5. La motivación sustancialmente incongruente	271
VI.	La debida motivación como garantía a favor del agraviado. Especial referencia a procesos penales seguidos por el delito de violación sexual	272
VII.	Comentario a la Casación N° 201-2014-Ica	281
VIII.	Conclusiones.....	285
IX.	Bibliografía	287
	Índice general.....	291

