

**UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO**

**FACULTAD DE DERECHO**

**ESCUELA DE DERECHO**



**LA APLICACIÓN DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN LA  
DECLARACIÓN COMO PRUEBA ANTICIPADA EN LOS CASOS DE  
VÍCTIMAS DE VIOLACIÓN SEXUAL DE MENORES**

**TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE**

**ABOGADO**

**AUTORA**

**ROSA IDALIA BURGA MONTENEGRO**

**ASESOR**

**ABOG. ANA MARÍA LLANOS BALTODANO**

**Chiclayo, 2019**

## **DEDICATORIA**

A mis abuelos Idalia y Jorge;  
Y a mis padres Gladys y Elmer.

## **AGRADECIMIENTO**

A Dios por haberme permitido llegar hasta aquí, a mis padres,  
por su amor incondicional y a mi gran amigo Elier, por siempre ser tan  
Espectacular

## RESUMEN

El ofrecimiento de la declaración como prueba anticipada en los delitos de violación sexual de menores es una facultad del Fiscal, en embargo, teniendo en cuenta que tratándose de un delito como el mencionado que se sanciona con penas sumamente altas, es de verse que se podría incurrir en un juicio anticipado del imputado, asimismo, los derechos de este se van a ver altamente desprotegidos, incurriendo así en lo que se llamada el “Derecho Penal del Enemigo”; en vista de este supuesto, mediante el análisis de la doctrina y asimismo, jurisprudencia tanto penal como constitucional se ha llegado a la conclusión de que no se está frente a dicha manifestación del Derecho Penal, sino que, ante todo se respeta el debido proceso y la defensa eficaz del imputado, lo cual se ve reflejado en el test de ponderación de principios realizado con la finalidad de determinar la vulneración o no de dichos derechos.

Palabras clave: Prueba Anticipada, Derecho Penal del Enemigo, Cámara Gesell.

## **ABSTRACT**

The offer of the declaration as an early evidence in the crimes of sexual violation of minors is a faculty of the Prosecutor, in embargo, taking into account that in the case of a crime such as the one that can be sanctioned with a higher penalty, that is to say, that could incur an early trial of the accused, also, the rights of this will be highly unprotected, thus incurring in what is called the "Criminal Law of the Enemy"; In view of this assumption, through the analysis of the doctrine and others, both criminal and constitutional jurisprudence has reached the conclusion that it is not facing the manifestation of Criminal Law, but above all due process is respected and the effective defense of the accused, which is reflected in the weighting test of principles carried out with the purpose of determining the violation or non-violation of said rights.

Keywords: Advance Enemy Criminal Law, Gesell Chamber, testing.

## ÍNDICE

<b>DEDICATORIA.....</b>	<b>II</b>
<b>AGRADECIMIENTO .....</b>	<b>III</b>
<b>RESUMEN.....</b>	<b>IV</b>
<b>ABSTRACT.....</b>	<b>V</b>
<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>9</b>
<b>CAPITULO I EL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL DE MENORES: LIBERTAD SEXUAL E INDEMNIDAD SEXUAL .....</b>	<b>12</b>
1.1. Bien Jurídico Protegido .....	12
1.2. Libertad Sexual e Indemnidad Sexual.....	14
1.2.1. Sujeto Activo y Sujeto Pasivo de los delitos contra la Indemnidad y Libertad Sexual .....	17
1.3. Violación de la Libertad Sexual (Art. 170° del Código Penal).....	19
1.3.1. Tipicidad Objetiva .....	19
a) Violencia Física: .....	20
b) Grave Amenaza: .....	21
1.3.2. Tipicidad Subjetiva .....	21
1.4. Violación Sexual (Indemnidad) de Menores de Edad.....	23
1.4.1. Bien Jurídico Protegido y Acción Típica .....	25
1.4.2. Tipicidad Objetiva .....	26
1.4.3. Tipicidad Subjetiva .....	26
1.5.- Consumación .....	28
<b>CAPITULO II LA PRUEBA ANTICIPADA EN LOS DELITOS DE VIOLACIÓN SEXUAL.....</b>	<b>30</b>
2.1. LA PRUEBA EN EL DERECHO PENAL .....	30
2.1.1. Concepto .....	30

2.1.2. Importancia de la prueba .....	33
2.1.3. Finalidad de la Prueba y el Principio de Presunción de Inocencia .....	35
2.2. Sistemas de valoración de la Prueba .....	37
2.2.1. Sistema de la Prueba Legal .....	37
2.2.2. Sistema de la Íntima Convicción.....	39
2.2.3. Sistema de la Sana Crítica .....	40
2.3. Medios de Prueba .....	42
2.3.1. Confesión .....	42
2.3.2. Testimonio .....	43
2.3.3. Prueba Pericial .....	45
2.3.4. Careo.....	46
2.3.5. Prueba Documental.....	46
2.4. PRUEBA ANTICIPADA .....	48
2.4.1. Concepto y fundamento .....	48
2.4.2. Requisitos.....	49
2.4.3. La Cámara Gesell y su importancia en los delitos contra la Indemnidad Sexual .....	50
<b>CAPITULO III LA UTILIZACIÓN DE LA CÁMARA GESELL EN EL MARCO DEL ARTÍCULO 242° INCISO D) DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL .....</b>	<b>53</b>
3.1. Historia, definición y fundamento del Derecho Penal del Enemigo .....	53
3.2. Características del Derecho Penal del Enemigo .....	58
3.3. Una comparación entre el Derecho Penal del Enemigo y la Política Criminal del Enemigo .....	59
3.4. Crítica al Derecho Penal del Enemigo en la actualidad.....	60

3.5. Derecho de Defensa .....	62
3.6. Defensa eficaz y debido proceso .....	64
3.7. Aplicación del Test de Ponderación al Artículo 242° inciso d): (Principio de Eficacia vs. Derecho de Defensa) .....	66
3.8.- Aplicación del Test de Ponderación al Artículo 242° inciso d): (Principio de Eficacia Procesal vs. Derecho de Defensa) en sentido estricto. ....	68
<i>A.- Análisis de idoneidad.</i> .....	69
<i>B.- Análisis de necesidad.</i> .....	70
<i>C.- Análisis de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto.</i> .....	71
3.9. La aplicación de la prueba anticipada en delitos de violación sexual de menor en el distrito fiscal de Lambayeque. ....	72
1.- Denuncias por delitos de violación sexual a nivel nacional: 2013-2018. ....	73
2.- Denuncias por delitos de violación sexual en Lambayeque: 2013-2017. ....	74
3.- Declaración de menor de edad en el delito de violación sexual como prueba anticipada, aplicada en las Fiscalías Penales Corporativas del Distrito Fiscal de Lambayeque. ....	75
<b>CONCLUSIONES</b> .....	<b>76</b>
<b>RECOMENDACIÓN DEL AUTOR</b> .....	<b>77</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	<b>79</b>



## INTRODUCCIÓN

El aumento vertiginoso de la comisión de los delitos contra la libertad sexual en agravio de menores de edad, es un hecho tangible para la ciudadanía; lo cual es corroborable al ver los noticieros televisivos o al revisar la agenda de los órganos jurisdiccionales de nuestro país. Esto es determinante para estructurar la actuación que debe seguir el Estado mediante sus operadores de justicia para hacer frente a esta compleja realidad

En busca de proteger la integridad sexual de los menores de edad, el legislador ha elevado significativamente las penas para los delitos que se cometen en agravio de ellos. No obstante, el cambio no solo ha sido respecto de la punibilidad del delito, sino también respecto de la forma para recabar elementos de convicción que acrediten su comisión.

Estando a que los delitos contra la libertad sexual son de naturaleza clandestina, y que obviamente generan un daño no solo físico sino también psicológico a los sujetos pasivos; el Estado tiene que proteger a las víctimas. Esta protección se centra en no exponer a la víctima a una doble victimización; ya que, en un delito común, las víctimas no solo declaran en sede fiscal sino también en juicio oral, y de ser el caso tienen que someterse a un contrainterrogatorio; lo cual genera ineludiblemente que el agraviado evoque el momento de la comisión del delito una y otra vez.

En los delitos contra la indemnidad sexual en agravio de menor de edad esto no sucede; puesto que el menor afectado solo declara una vez en Cámara Gesell. Y esta declaración es la que sirve para todo el proceso y una de las principales bases para que el Ministerio Público pueda imputar la comisión del delito al sujeto activo.

Es en esas circunstancias que se originó la presente investigación, a fin de determinar cuál sería (si existe) el vínculo jurídico entre la declaración como prueba anticipada, en los delitos de violación sexual de menores y el Derecho Penal del Enemigo; teniendo en cuenta el artículo 242° inciso d) del Código Procesal Penal. Esto en virtud a que es algo excepcional en comparación con el desarrollo de una investigación o juicio de otro delito.

Con el fin de dotar de carácter científico a la investigación fijamos como objetivo principal: Determinar jurídicamente si la declaración de la víctima (menor de edad) de violación sexual, como Prueba Anticipada, es una expresión del Derecho Penal del Enemigo. Asimismo, propusimos tres objetivos específicos los cuales son: Analizar el delito de violación sexual de menores y la relevancia de sus declaraciones en un proceso penal; Verificar la Prueba Anticipada en los casos de delitos de Violación Sexual de menores y, finalmente, Analizar si la utilización de la Cámara Gesell al amparo del artículo 242° inciso d) del Código Procesal Penal restringe o limita el Derecho de Defensa y Debido Proceso del Imputado como expresión del Derecho Penal del Enemigo. Para lo cual hemos realizado el estudio de doctrina y jurisprudencia que han ayudado a llegar a diversas conclusiones que serán explicadas a lo largo de la presente investigación.

## **CAPÍTULO I**

# **EL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL DE MENORES: LIBERTAD SEXUAL E INDEMNIDAD SEXUAL**

## **CAPITULO I EL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL DE MENORES: LIBERTAD SEXUAL E INDEMNIDAD SEXUAL**

*Antes de iniciar el desarrollo de conceptual de la investigación, previamente debemos identificar el contexto en el cual se encuentra inmersa la comisión de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Esto es, analizar la ratio legis de su regulación en el Código Penal, los sujetos activos y pasivos y otras categorías jurídicas. Por ello, en el presente capítulo indefectiblemente recurriremos a tratar sobre el delito de Violación Sexual de menores, propiamente dicho.*

### **1.1. Bien Jurídico Protegido**

Con un fin didáctico en el desarrollo de la investigación, consideramos necesario tratar el concepto de “bien jurídico protegido”, ya que es en virtud a ello que el legislador criminaliza ciertas conductas que dañan o ponen en peligro bienes jurídicos con relevancia penal. Asimismo, en el caso específico del delito de violación sexual es de vital importancia, pues se trata de dos bienes jurídicos que se protegen dependiendo si la víctima es mayor o menor de edad.

Empezaremos refiriéndonos a la histórica construcción conceptual del término Bien Jurídico. En primer lugar, según ROXIN los “bienes jurídicos son circunstancias o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema”<sup>1</sup>. Para dicho autor entonces, el bien jurídico es un aspecto de la persona que se encuentra intrínsecamente relacionado con su normal y libre desarrollo ante la sociedad en la que se desenvuelve. En otras palabras, el accionar que afecta este aspecto lesionaría de manera directa su *bien jurídico* protegido, el cual vendría a constituir un derecho protegido dentro de la normativa de un Estado, por corresponder a cada individuo en razón a su condición de ser persona propiamente dicho, *humana*.

---

<sup>1</sup> ROXIN, Claus, Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, CIVITAS, 2008, pp. 56-57.

Consideramos que el “bien jurídico” es el Derecho que por justicia y naturaleza le corresponde a cada persona y que, por ser de vital importancia, se ve circunscrito a diversos peligros. Razón por la cual el Estado como ente protector de sus integrantes deberá salvaguardar, procurando en lo posible la menor afectación de los bienes jurídicos intrínsecos de cada persona; de lo contrario, estos se someterían a diversos actos que –violando los deberes jurídicos- conllevarían a la perturbación del desarrollo personal y pacífico de cada individuo. Por lo tanto, en virtud a tal importancia, el bien jurídico se hace merecedor de protección –en última ratio- bajo las reglas del Derecho Penal.

Teniendo en cuenta que, nuestro ordenamiento jurídico asiste a toda persona y le otorga el derecho de disponer de su cuerpo, eligiendo de esta manera con quién compartir su vida íntima, o si así lo desea, abstenerse de hacerlo; y asumiendo que la facultad de decidir sobre nuestra sexualidad la conocemos como libertad sexual; la misma que en el Perú la poseen todas las personas mayores de 14 años. Es decir, los menores de 14 años no tienen la facultad de decidir sobre su sexualidad, “puesto que la libertad sexual solo puede apoyarse en la capacidad para conocer y entender el significado de entrega sexual”<sup>2</sup> y, como es de esperarse, no es posible que las personas menores de edad cuenten con esa capacidad de entender la entrega carnal o sexual hacia otra persona; por tanto, la afectación es mucho más grave y el entorno resulta determinadamente influyente.

Es menester acotar lo que CASTILLO ALVA señala respecto de la materia: “La especificidad y relativa autonomía de los delitos contra la libertad sexual respecto a los demás delitos contra la libertad personal encuentran su razón de ser en un peculiar enfoque valorativo y los condicionamientos culturales existentes en la sociedad actual que hacen ver que la privación del libre ejercicio de su sexualidad o el obligar a la víctima a disponer de una de las dimensiones más importantes de su personalidad reviste desde el punto de vista normativo-social una mayor gravedad que cualquier simple atentado contra la libertad personal”<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R. Derecho Penal Parte Especial, Segunda Edición, tomo I, Editorial IDEMSA, Lima, 2014, p. 787.

<sup>3</sup> CASTILLO ALVA, José Luis. Tratado de los delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexuales. Gaceta Jurídica, Lima, octubre 2002, p. 22.

Con lo anterior dejamos en claro que no menos importante es el total resguardo de la libertad en todas sus formas; sin embargo, la protección a la libertad sexual es muy importante; puesto que su vulneración implica la vulneración de uno de los derechos más importantes de los cuales dispone toda persona; dado que la sexualidad viene a constituir un elemento de la personalidad revestido de una incólume trascendencia para el desarrollo de toda persona, brindando dentro de un ámbito social la seguridad y confianza para desenvolverse como tal.

En los delitos de violación sexual existen dos bienes jurídicos que son protegidos; es decir, en los mayores de catorce años, frente a los cuales está la protección a la libertad sexual que ya hemos analizado anteriormente y en los menores de catorce años (niños), lo que se protege es la indemnidad sexual, esto es, el resguardo de su integridad, toda vez estos no cuentan con voluntariedad y determinación para tomar decisiones sobre su esfera sexual, se considera que el bien jurídico protegido es la ya referida *indemnidad sexual*, la misma que ostenta igual o mayor relevancia al tratarse de una población vulnerable.

## **1.2. Libertad Sexual e Indemnidad Sexual**

Según señala HURTADO POZO, “desde un principio el Derecho Penal en el ámbito sexual de las personas, se ha orientado a sostener que las leyes penales tienden a reforzar patrones morales y sociales”<sup>4</sup>; concepto que ha ido declinando con el devenir de los años y que, actualmente no tiene mucha relevancia, pues el Derecho ya no se erige sobre cimientos morales, sino, reales y actuales.

Tal como lo hemos sostenido en el acápite anterior, la libertad sexual de una persona es un derecho vinculado al “principio-virtud”, por el cual, todas las personas (propia y principalmente las mayores de edad) se encuentran facultadas para mantener intimidad con otra, respetando la voluntad y límites que esta pueda proponer; siendo así, podemos conjeturar que “toda persona tiene el derecho de decidir si desea o no

---

<sup>4</sup> HURTADO POZO, José. Derecho Penal y discriminación de la mujer, Anuario de Derecho penal, Fondo Editorial PUCP, Lima, 1999-2000, p. 25.

tener acceso carnal con alguien de forma libre y voluntaria”<sup>5</sup>. En otras palabras, la libertad sexual se vincula estrechamente con *voluntariedad* de la que dispone toda persona para llevar a cabo un acto sexual de cualquier índole, en la que necesariamente ambas partes deben estar de acuerdo. Así, la libertad sexual vinculada a la voluntad de la persona no se erige en consideraciones subjetivas tales como con quién (personas del mismo sexo) se mantiene un acto sexual, sino que, ambas personas deben contar con la capacidad para auto determinarse sexualmente y, además, ambas personas deberán tener esa *intención voluntaria* de llevar a cabo el acto sexual.

Por otro lado, siguiendo esta misma línea de reflexión, hemos de decir que la libertad sexual se define también como “una concreción y manifestación individual de la libertad personal, que expresa la facultad y el poder de autodeterminarse de manera espontánea y sin coacción externa, abuso o engaño dentro de ámbito de las conductas sexuales”<sup>6</sup>. La Libertad Sexual es entonces una manifestación de la voluntad personal de cada individuo para desempeñarse en el ámbito sexual, sin necesidad de sometimientos externos que debilitarían la voluntad personal y la someterían al *querer actuar* de un tercero, abusando de esta manera, de la libertad sexual personal de un individuo que no comparte la *voluntariedad* para concretar un acto sexual con otro. Por tanto, es oportuno recalcar que frente a la posibilidad de disponer de la libertad sexual que ostenta cada persona. Igualmente, existe un aspecto de negación que viene a ser el de No disponer de esa libertad, quedando en el ámbito personal si se realiza o no el acto sexual; contrario sensu “el aspecto positivo-dinámico se concreta en la capacidad de la persona de disponer libremente de su cuerpo para efectos sexuales, el cariz negativo-pasivo, en la capacidad de negarse a ejecutar o tolerar actos sexuales en los que no se desea intervenir”<sup>7</sup>, quedando claramente, una vez más, que la *voluntariedad* viene a ser el centro de la libre disposición personal para ejercer la sexualidad.

---

<sup>5</sup> NOGUERA RAMOS, Iván. Violación de la Libertad e Indemnidad Sexual, Editorial Grigley S.R.L, Lima, 2015, p. 50.

<sup>6</sup> DIEZ-RIPOLLÉS, José Luis. El Objeto de Protección del Nuevo Derecho Penal Sexual”, Revista de Derecho Penal y Criminología, Segunda Época, N° 6, 2000, p. 70.

<sup>7</sup> SAN MARTÍN CASTRO, César y CARO CORIA, Dino. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, aspectos penales y procesales, 1° Edición, Editorial Grigley E.I.R.L, Lima, 2000, pp. 67-68

Una vez tratado el significado y los alcances de la libertad sexual y, considerando que de esta solo disponen las personas capaces de desenvolverse en el libre ejercicio de su sexualidad por contar con capacidad tanto física como jurídica. Corresponde ahora hablar de la sexualidad de los “menores de edad” e “incapaces”, quienes aún no cuentan con capacidad para disponer de su libertad sexual. Es decir, conviene invocar el concepto de Indemnidad Sexual; en razón a que no siempre el sujeto pasivo puede ser una persona con todas sus facultades, sino que a veces las víctimas son menores de edad e incluso personas con alguna discapacidad o incapacidad física.

Por ello, cabe preguntar, si estas personas tienen o no libertad sexual (puesto que aún no pueden determinarse sexualmente). En este sentido, ¿Constituye o no un delito de violación sexual el ejercido en contra de su voluntad sexual? Para responder a dicha cuestión, debemos considerar que, en semejante situación, estamos ante una violación de la Indemnidad Sexual, puesto que esta se entiende “como una manifestación de la dignidad de la persona humana y el derecho que todo ser humano tiene, a un libre desarrollo de su personalidad sin intervenciones traumáticas en su esfera íntima por parte de terceros, las cuales pueden generar huellas indelebles en el psiquismo de la persona para toda la vida”<sup>8</sup>. De esta manera, se protege a los menores de edad y a las personas que no pueden manifestar su voluntad de manera libre. En consecuencia, el Estado está llamado a brindar mayor protección a estos sujetos, con lo cual se evita que en el transcurso del desarrollo de su personalidad y de su psiquis se encuentren con afectaciones que les dejen un daño irreparable, el mismo que podría conducir de manera equivocada su conducta sexual a futuro.

En este orden de ideas, no queda duda que “en los atentados contra personas que no pueden consentir jurídicamente, cuando el sujeto pasivo es incapaz porque sufre anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o retardo mental, o por su minoría de edad, lo protegido no es la inexistente libertad de disposición o abstención sexual, sino la llamada “intangibilidad” o “indemnidad sexual”<sup>9</sup>, toda vez que estas personas aún no desarrollan una psiquis con el grado de madurez suficiente para determinarse sexualmente, esto es, elegir con quién persona llevar a cabo una relación sexual porque no comprenden la naturaleza del acto en sí mismo, ni cuán relevante para su

---

<sup>8</sup> CASTILLO ALVA, José Luis, Tratado de los delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexuales, p. 52

<sup>9</sup> ACUERDO PLENARIO N° 1-2011/CJ-116, de fecha 6 de diciembre del 2011.



vida es elegir (decidir) tener una relación sexual. Por tanto, de ninguna manera es posible que un menor de edad (dentro del rango establecido por la ley) acceda con uso de razón y voluntariedad, tener acceso carnal con otra persona.

### **1.2.1. Sujeto Activo y Sujeto Pasivo de los delitos contra la Indemnidad y Libertad Sexual**

En el caso de los delitos de violación sexual el legislador peruano ha considerado la protección de dos bienes jurídicos. En primer lugar, respecto de las personas mayores de 14 años se busca proteger la libertad sexual, esto es la capacidad de decidir si tener o no relaciones sexuales. Y, en segundo lugar, respecto de los menores de 14 años, se busca proteger la indemnidad sexual; ya que ellos no tienen la capacidad de dar su consentimiento para tener relaciones sexuales.

En el delito de violación sexual de menor de edad, hay dos sujetos (como mínimo) que forman parte del hecho; esto es, siempre existirá un *sujeto pasivo*<sup>10</sup> (que vendría a ser *la víctima*) y un *sujeto activo*<sup>11</sup> (que vendría a ser el *victimario*). Por la posible poca información o tal vez por una suposición *lógica*, muchas personas podrían asumir equivocadamente que el delito de violación sexual es un delito que solo puede ser cometido por personas del sexo masculino, lo cual no se condice con la realidad pragmática.

Lo indicado en el párrafo precedente, se encuentra reflejado en la expresión “el que” del tipo penal contenido en el Artículo 170° (violación sexual), mediante el cual, sin lugar a dudas, el agente del delito de acceso carnal sexual puede ser cualquier persona sea varón o mujer<sup>12</sup>. En otras palabras, este tipo penal está abocado a su comisión por agentes ya sea de sexo masculino o femenino, a pesar de que, por sus características físicas, se podría esperar que el varón esté en mayores condiciones de vulnerar la libertad o indemnidad sexual; asimismo, puede ser víctima cualquier persona, sin importar el sexo que le corresponda.

---

<sup>10</sup> Según el Código Penal Vigente (1991), el sujeto pasivo en el delito de violación sexual simple podrá ser cualquier hombre o mujer (mayor de 14 años), sin importar su inclinación sexual o si se dedica a la prostitución; igualmente, es indispensable que sea una persona viva.

<sup>11</sup> Según el Código Penal vigente (1991), el sujeto activo en el delito de violación sexual simple podrá ser cualquier persona (hombre o mujer) mayor de 18 años.

<sup>12</sup> MONGE FERNÁNDEZ, Antonia. Consideraciones Dogmáticas sobre los tipos penales de agresiones sexuales violentas y análisis de la doctrina nacional”, Revista Peruana de Ciencias Penales, N° 14, Lima, julio 2004, p. 275.

En conclusión, en la actualidad debemos considerar tanto al hombre como a la mujer en condiciones iguales para ser considerados como sujetos activos o protagonistas de una relación sexual. Tal como se aprecia en nuestra normativa penal vigente, en tanto el *acceso carnal* no necesariamente se realizará con el miembro viril del hombre, sino que, puede realizarse con *cualquier otra parte del cuerpo* o con cualquier otro objeto *análogo*, esto es, por ejemplo: con los dedos o algún otro objeto que cumpla la función del miembro viril del agente, logrando satisfacer su deseo sexual.

La otra parte de la comisión del delito, es el *sujeto pasivo*, de quien “la doctrina es unánime al considerar que pueden ser sujetos pasivos o víctimas del delito de acceso carnal sexual, tanto el varón como la mujer mayores de dieciocho años sin otra limitación que el de estar vivos”<sup>13</sup>; así pues, cabe decir que basta con la sola condición de ser persona y, a su vez, estar vivo, para constituirse en víctima de violación sexual; igualmente, debemos aclarar que la condición de estar vivo se desprende de la necesidad de producir una afectación al bien jurídico protegido que aún se encuentra en vigencia, de lo contrario (si la persona ya es fallecida) no podríamos hablar de algún tipo de afectación a la persona (necrofilia).

Asimismo, el sujeto pasivo no puede ser discriminado por su condición o el ámbito en el que se desenvuelve, por lo que, puede ser sujeto pasivo en el delito de violación sexual, cualquier persona “sin importar su orientación sexual o si realizan actividades socialmente desfavorables como la prostitución o sodomía”<sup>14</sup>. Queda claro entonces que no existe subjetividad que permita desvincular a una persona para constituirse en víctima de un delito de violación sexual cometido en su agravio, al contrario, su condición o ámbito en el que se desempeña (aunque moralmente sea visto de un modo negativo), no desvirtuará la presunción de que este sujeto fue víctima de violación a su libertad sexual.

En suma, el sujeto pasivo solo necesita la condición de ser persona (y estar viva), sin importar su edad, sexo, raza o condición social, etc. Asimismo, “no tiene cabida el mito sexual de que los hombres solo son violados si son homosexuales. De tal modo, en

---

<sup>13</sup> SALINAS SICCHA, Ramiro. Derecho Penal Parte Especial, 6ta Edición, Volumen 2, Editorial Iustitia S.A.C, Lima, 2015, p. 751.

<sup>14</sup> SAN MARTÍN CASTRO, César y CARO CORIA, Dino. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, aspectos penales y procesales, p. 77.

el caso de la mujer, puede ser agraviada la soltera o casada, virgen o desflorada, viuda o divorciada, vieja o joven, honesta o impúdica”<sup>15</sup>. Por tanto, el rol ético o moral que la persona agraviada desempeña en la sociedad no es relevante ni mucho menos determinante para disolver una imputación, sino que, existen otros elementos de convicción que deberán ser evaluados separadamente de la condición de la víctima. Nos llevamos la idea que con los ejemplos antes descritos se ha reforzado el concepto de sujeto pasivo y sus alcances.

### **1.3. Violación de la Libertad Sexual (Art. 170° del Código Penal)**

Para hablar del tipo penal de Violación Sexual (acceso carnal), debemos señalar las generalidades que hemos analizado precedentemente, y que, en este punto es oportuno invocarlas, las cuales son: i) **delito**: Violación Sexual, ii) **bien jurídico protegido**: Libertad Sexual, iii) **sujeto activo**: El hombre o la Mujer mayor de 18 años, iv) **sujeto pasivo**: El hombre o la Mujer, con la condición de estar vivo (a).

En el delito de violación sexual debe tenerse presente que lo que prevalece es la voluntad del sujeto pasivo, la misma que se ve truncada y coaccionada para ejercer actos sexuales que el sujeto activo pretende cometer, por ello, es preciso manifestar que para la realización del hecho existen voluntades discordantes, la una desea y quiere tener acceso carnal (sujeto activo) y la otra se resiste a practicar el acto sexual por cualquiera de las vías o, no quiere permitir la introducción de objetos a alguna parte de su cuerpo (sujeto pasivo); con ello, queda claro que el consentimiento es el primordial eje sobre el cual se sostiene un delito de violación sexual, puesto que, si en algún momento del hecho existe aceptación, el delito no se configura.

#### **1.3.1. Tipicidad Objetiva**

En nuestro ordenamiento, la vulneración a la libertad sexual se produce en el momento que el sujeto activo transgrede la voluntad del sujeto pasivo y, aprovechando la condición de vulnerabilidad de este, lo somete para cumplir con sus deseos sexuales. Por otro lado, ha quedado claro que la más manera más eficaz para la ejecución del delito de violación sexual es la coacción ejercida con la finalidad de *obligar* a la víctima. Como dice BUOMPADRE, “ahí que el acceso sexual prohibido sea punible no por la

---

<sup>15</sup> BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. Manual de Derecho Penal. Editorial Ceura, Madrid, 1991, p. 199.

actividad sexual en sí misma, sino porque tal actividad se realiza sobre la base del abuso de la libertad sexual del otro”<sup>16</sup>; además, debemos tener en cuenta los medios bajo los cuales se sometió la voluntad de la víctima. Esto último forma un conjunto de actos que valorados conllevará a la realización o no de una violación sexual. Igualmente, debe existir en el agente activo, la viva voluntad y deseo carnal-sexual de mantener relaciones sexuales con la víctima.

En este sentido, para la consumación del delito de violación sexual es imprescindible la concurrencia de elementos como la violencia física y grave amenaza:

**a) Violencia Física:**

Esta violencia debe ser la suficiente para vencer la resistencia de la víctima. Si ello es así, se considera que, para constituir evidentes signos de violencia directamente relacionados con el delito de violación sexual, son los que se “aprecian en los abductores, es decir, en la cara interna de los muslos de la mujer, donde generalmente se aprecian lesiones que acreditan que hubo violencia de parte del sujeto activo y resistencia de la víctima”<sup>17</sup>. Por otro lado, cabe precisar que no es determinante el hecho de encontrar lesiones provenientes de violencia física, toda vez que basta con la amenaza razonable para que la víctima no oponga resistencia, lo cual no descarta la violación puesto que no hay voluntad por parte ambos sujetos.

De lo anterior, se infiere que será prueba fehaciente del ilícito de violación sexual, las lesiones efectuadas en las zonas cercanas a la cavidad sexual de la víctima; sin embargo, como es de verse, en la casuística no necesariamente la existencia comprobada de una lesión se constituye como prueba tal para imputar el delito de violación, siendo que estas lesiones podrían desprenderse de un acto sexual extremadamente pasional o del sadismo. Por lo tanto, la violencia deberá ser corroborada con la manifestación de la víctima y también con otros elementos que acrediten el delito. En otras palabras, tal como se expresó anteriormente, si no se observan lesiones no se descarta la violación, siendo preciso corroborar la manifestación de la víctima con otros medios que sustenten la imputación.

---

<sup>16</sup> BUOMPADRE, Jorge. Derecho Penal Parte Especial, Tomo I, Editorial Mave, Argentina, 2000, p. 373.

<sup>17</sup> NOGUERA RAMOS, Iván. Op. Cit. p. 72.

### **b) Grave Amenaza:**

En primer lugar, debemos tener en cuenta que no se trata de cualquier amenaza, sino que esta debe ser grave para que influya en la voluntad de la víctima. Con ello, se desprende que “respecto al mal anunciado, este tipo puede ser un acto positivo mediante un hacer o un acto negativo de omisión”<sup>18</sup>. De esta manera, el sujeto activo interfiere en la voluntad de la víctima tanto para que esta haga o deje de hacer algo contrario a su voluntad.

De lo anterior se colige que la grave amenaza puede influir en la víctima para que esta cometa un acto contrario a su voluntad o deje de realizar un acto, debiendo hacer siempre lo que el sujeto activo requiere; asimismo, la amenaza debe ser “seria y continuada: seria, en el sentido de la peligrosidad cierta de la realización del daño por parte de la persona de quien amenaza, y la posibilidad lógica de que se efectúe el mal amenazado; y continuada, en el sentido de que el agente la mantenga hasta el último momento”<sup>19</sup>, con lo cual queda claro que la amenaza debe ejercer tal presión y coacción en la voluntad del sujeto pasivo, que le implique a no tener otra opción más que la de determinarse como el sujeto activo le solicita. No es necesario que la amenaza sea invencible, basta con que sea suficiente para someter la voluntad de la víctima.

### **1.3.2. Tipicidad Subjetiva**

Debemos tener en cuenta que el tipo penal de violación sexual requiere que necesariamente el autor cuente con la voluntariedad y conciencia del acto que realiza, esto es, que actúe con dolo directo para realizar los actos que llevarán a vulnerar la autodeterminación sexual de la víctima.

En consecuencia, el agente actuará con conocimiento de que ha quebrantado o va a quebrantar la libertad sexual de una persona mayor de dieciocho años y que, para

---

<sup>18</sup> ARCE GALLEGOS, Miguel. El delito de violación sexual. Análisis dogmático, jurídico, sustantivo y adjetivo, Editorial Adrus, Arequipa, 2010, p. 46.

<sup>19</sup> BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis y GARCÍA CANTIZANO, María. Manual de Derecho Penal Parte Especial, Editorial San Marcos, Lima, 2006, p. 15.

lograrlo debe necesariamente emplear violencia o amenaza grave (toda vez que la víctima no ha prestado su consentimiento para el acto sexual). Por ende, el “dolo consiste en el genérico propósito y conocimiento de realizar un acto de significado sexual, con capacidad para lesionar el pudor individual del sujeto con que lo soporta”<sup>20</sup>. Es decir, nos encontramos frente a un tipo penal que es punible únicamente en su acción dolosa, lo cual quiere decir que no cabe la posibilidad de la realización del ilícito por imprudencia o error, porque el autor siempre deberá tener conciencia de que se trata de un acto contrario a la voluntad de la víctima y hará uso de los medios necesarios para concretar su fin, que es el acto sexual.

MEZGER, en su estudio de los delitos tipos penales, refiere que “la acción debe basarse en el motivo del placer sexual (<libido>), de lascivia, y realizarse con “intención libidinosa”. Esta característica anímica pertenece al concepto y por eso es un “elemento subjetivo del tipo (del injusto)”<sup>21</sup>; así queda claro entonces que el autor del ilícito actúa en razón a su voluntad para satisfacer un deseo sexual, esto es, el placer de excitarse sexualmente, lo cual le conduce a comportarse de cualquier manera con el único fin de satisfacer tal deseo, sin importar que la víctima esté sintiendo dolor (lo cual muchas veces produce aún más placer).

En síntesis el actuar típico se consuma con la sola afectación contraria a la voluntad sexual de la víctima, para lo cual el agente debe haber empleado grave amenaza o fuerza que vulneren la capacidad física de aquella. Del mismo modo, si bien una parte de la doctrina sostiene que el actuar libidinoso determina la voluntad para cometer el ilícito, consideramos que esa esfera subjetiva no determina la culpabilidad, sino que, genera mayor énfasis en el actuar doloso del autor, toda vez que ya no se dirige simplemente a perpetrar el acto, sino que, actúa con mayor determinación y puede hasta sostener el ilícito por mayor tiempo (gracias al libido sexual que ostenta).

**Respecto al error de tipo:** cabe en el tipo penal de violación siempre y cuando el autor no tiene cómo saber que la víctima está oponiendo algún tipo de resistencia; por ejemplo: si el autor intenta tener relaciones sexuales con una persona supuestamente

---

<sup>20</sup> DONNA, Edgardo. Derecho Penal. Parte Especial, Tomo I, Editorial Rubinzal-Culonzi, Buenos Aires, 2002, pp. 547.

<sup>21</sup> MEZGER, Edmund. Derecho Penal. Parte General, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958, pp. 110.

fallecida, el ilícito no se lleva a cabo; pero, si la víctima se encontraba en una posición (como si estuviera muerta) y al sentir al agente ejerce algún tipo de movimiento o señal de encontrarse viva, la conducta se encuadra en el tipo penal en cuestión.

**Y respecto al error de prohibición:** Debemos advertir que, es cuestionable que se produzca una acción mediando este error, toda vez que vivimos en una sociedad donde prácticamente todos tenemos conciencia de que la violación sexual es un acto contrario a la ley; sin embargo, podría darse el caso, por ejemplo en comunidades con costumbres ancestrales donde esta acción sea permitida, lo cual deberá ser estudiado (cada caso en particular) por el juzgador, a fin de no permitir que se afecte considerablemente el bien jurídico (libertad sexual). En este último caso estamos frente a un error de prohibición culturalmente condicionado

#### **1.4. Violación Sexual (Indemnidad) de Menores de Edad**

Tal como se ha expresado en el punto 1.3, antes de analizar pormenorizadamente el delito de Violación Sexual de menores de edad, no debemos prescindir de los siguientes conceptos: i) **delito:** Violación Sexual de menor de edad, ii) **bien jurídico:** Indemnidad Sexual, iii) **sujeto activo:** El hombre o la Mujer mayor de 18 años, iv) **sujeto pasivo:** El menor de edad hasta los 14 años.

Atentar contra la sexualidad de un menor de edad es atentar específicamente contra su indemnidad sexual, toda vez que este “no está en condiciones de decidir sobre su actividad sexual: menores e incapaces”<sup>22</sup>. Entonces, tratándose de vulneración a la sexualidad de menores, hablamos no de una violación a la libertad de disponer de su sexualidad, sino, al agravio a su indemnidad sexual, la misma que aún no se encuentra formada o desarrollada en su totalidad y de la cual, los menores o incapaces aún no pueden disponer. En razón a ello, existe Ejecutoría Suprema del 24 de junio de 2003, la cual se sostiene “que en los delitos de violación sexual de menores se tutela no solo la libertad y el honor sexual, sino principalmente la inocencia de un menor cuyo desarrollo psicoemocional se ha visto afectado por el comportamiento delictivo del acusado, que resquebrajan las costumbres de la familia y la sociedad”<sup>23</sup>, lo cual

---

<sup>22</sup> ACUERDO PLENARIO N° 4-2008/CJ-116 (del 18/07/2008)

<sup>23</sup> R.N. N° 2077-2009-Madre de Dios, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República (del 20/08/2009).

acarrea una afectación que se configura, muchas veces, en irreparable y a consecuencia de ello, la psiquis de los niños y adolescentes se ve vulnerada directamente por un actuar ilícito de una persona que sometió al menor para la comisión de sus deseos sexuales.

En este caso, el sujeto activo puede ser cualquier persona (sea hombre o mujer), incluso, el tipo penal es excluyente respecto del posible novio o enamorado de la víctima. Asimismo, no cabe exclusión por tratarse del cónyuge de la víctima, puesto que nuestro ordenamiento no ampara el matrimonio con menores de 14 años.

El sujeto pasivo será siempre el varón o mujer, siempre y cuando sea menor de 14 años; las circunstancias de relación amorosa con el sujeto activo o el haberse desempeñado como trabajador(a) sexual son aspectos irrelevantes para el tipo penal. Llegando a configurarse el delito aun si se comprueba que él o la menor efectivamente brindaba servicios sexuales o si, hubiera tenido relaciones sexuales previas (dicho de otro modo, si no hubo desfloramiento).

Ahora bien, respecto de la capacidad de decisión de los menores, hay que recalcar que frente a estos delitos, esta capacidad es irrelevante y, a consecuencia de esto, la aceptación o consentimiento del menor para el acceso carnal, no tiene validez, aunque el coito se haya ocasionado con aceptación y voluntariedad, puesto que para el Derecho Penal, la voluntad del menor “no tiene validez jurídica y legal”<sup>24</sup>. Esto en virtud a que, el Estado en su afán por salvaguardar a los derechos de los menores de edad, ha determinado que estas personas no están en condiciones ni tienen la capacidad de entender en qué consiste el acceso carnal o la relación sexual, razón por la cual, estas personas no son capaces de decidir sobre su actuar sexual frente a otros.

En mérito a lo anterior, podemos concluir que “la ley presume *iuris et de iure* esta falta de capacidad por la edad. Por consiguiente, no se exige la comprobación en cada caso. Esta capacidad vuelve inoperante el consentimiento del menor”<sup>25</sup>, no cabe duda entonces, que hasta la edad de 14 años, el ordenamiento jurídico no le brinda capacidad de decisión sobre la libertad sexual a los menores de edad; cabe reforzar lo antes mencionado, afirmando que en los supuestos de violación sexual de menor

---

<sup>24</sup> Cft. ESPINOZA VÁSQUEZ, Manuel. Delitos Sexuales, Marsol Perú Editores, 1983, pp. 84 y 91.

<sup>25</sup> NUÑEZ, Ricardo. Derecho Penal Argentino, Tomo IV, Editorial Bibliográfica, Argentina, 1964, p. 254.



“se dice que este supuesto es de violación presunta con presunción *iuris et de iure* porque el legislador supone, sin posibilidad de prueba en contrario, que la persona menor de edad es incapaz de autodeterminación en el ámbito sexual”<sup>26</sup>.

En nuestra opinión, el Estado en su afán de proteger a los menores de edad, ha impuesto una regla mediante la cual “la ley presume implícitamente en este caso, sin admitir prueba en contrario, la incapacidad de consentir de la violada”<sup>27</sup>, en razón a que su desarrollo psicoemocional y físico aún no ha llegado a completarse, no pudiendo tomarse su palabra o aceptación como tal, bajo ningún supuesto.

#### **1.4.1. Bien Jurídico Protegido y Acción Típica**

No existe duda de que en esta figura delictiva se “tutela la indemnidad o intangibilidad sexual de los menores de catorce años de edad”<sup>28</sup>, esto es, se protege el normal desarrollo de los menores quienes se encuentran en un proceso de formación de su sexualidad y que, ante un hecho que afecta esta formación, se torna una vulneración casi irreparable (según la edad del menor), es por ello que “mientras la edad de la víctima vaya en descenso, los efectos perjudiciales serán mayores, de ahí que las penalidades sean mayores”<sup>29</sup>. Con ello, se aprecia el interés del Estado por preservar la inocencia de los menores de edad en nuestro país.

Asimismo, es de verse en la consumación del tipo penal del artículo 170° no se distingue si la víctima dio o no su consentimiento, puesto que al tratarse de menores de edad el consentimiento de estos individuos aún no tiene relevancia jurídica, por ello “cabe entender que concurre un atentado contra la indemnidad sexual del menor siempre que se le obliga a realizar o tolerar cualquier acto de naturaleza sexual o se le involucra en una actividad o contexto sexual, sin que a tales efectos importe su aparente consentimiento”<sup>30</sup>, con lo cual es de verse que basta con que se compruebe la agresión o acción violenta ejercida para someter a la víctima, sin importar si esta, afirme o niegue que brindó su *consentimiento*.

---

<sup>26</sup> BAJO FERNÁNDEZ, Miguel y otros. Manual de Derecho Penal Parte Especial, Tercera Edición, Editorial Ceuta, Madrid, 1995, p. 216.

<sup>27</sup> CUELLO CALÓN, Eugenio. Derecho Penal, Tomo II, Vol. II, 4ta Edición, Editorial Bosch, España, 1980, p. 594.

<sup>28</sup> SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos de Acceso Carnal Sexual, Editorial IDEMSA, Lima, 2005, p. 183.

<sup>29</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, op. Cit. Pp. 787

<sup>30</sup> SILVA RAMOS, Jesús María y otros. Lecciones de Derecho Penal Parte Especial. Editorial Atelier, Barcelona, 2011, p. 130.

### **1.4.2. Tipicidad Objetiva**

Para la ejecución del tipo penal de violación sexual, téngase por *acceso carnal*, se requiere pues que el sujeto activo se determine propiamente a la realización del acto sexual, ejerciendo para ello una fuerza o amenaza capaz de derribar la voluntad de la víctima; por lo tanto, debemos precisar que el acto sexual no necesariamente se llevará a cabo de principio a fin, sino que, al contrario, debemos tener en cuenta que “no es necesario que el sujeto consiga la satisfacción lúbrica, o deseo sexual que persiga”<sup>31</sup>; entonces, que basta con la sola inserción (total o parcial) de algún objeto o el propio miembro viril.

### **1.4.3. Tipicidad Subjetiva**

En el presente caso, basta con la sola *voluntariedad* con la que debe actuar el sujeto activo, lo que dicho en otras palabras se traduce en que el agente debe actuar con *dolo*, teniendo en cuenta que “puede decirse que el dolo es el conocimiento y voluntad de realizar un delito o una conducta punible. El dolo está integrado entonces por dos elementos: un elemento cognitivo, y un elemento volitivo”<sup>32</sup>. Esto último nos indica que el agente activo deberá tener el conocimiento de que está cometiendo un delito y, asimismo, este conocimiento debe venir acompañado de un *querer* accionar en contrariedad con la normativa penal.

Ahora bien, se observa actualmente que debido a la diversidad de adelantos tecnológicos y, también, sociales, los menores de edad son individuos que probablemente no se muestren o aparenten la edad que realmente tienen, haciendo incurrir al sujeto activo en un error de tipo, tal como puede apreciarse (por ejemplo) en el Expediente N° 313-2004-Huánuco (Pasco), en el que se estableció: “*Las partes procesales mantienen ya una relación amorosa y convivencial no teniendo conocimiento el procesado que la agraviada era menor de catorce años, al haberle asegurado esta que contaba con quince años de edad, anudado a ello, con la testimonial de Yobana Medina, quien sostiene que conoce a la agraviada, y afirma haber estado en la celebración de sus quince años, donde se conoció el citado*

---

<sup>31</sup> SERRANO GÓMEZ, Alfonso. Derecho Penal. Parte Especial, Delitos contra las personas, Editorial Dykinson, Madrid, 1996, p. 216

<sup>32</sup> PEÑA GONZÁLES, Oscar y ALMANZA ALTAMIRANO, Frank. Teoría del Delito: Manual Práctico para su aplicación en la teoría del delito, APECC, Editorial Nomos & Thesis E.I.R.L, Lima, 2010, p. 162.

*procesado, por lo que se excluye la tipicidad no existiendo en autos indicios que desvirtúen la existencia del error, que siendo así se ha incurrido en error de tipo invencible por parte del procesado por lo que resulta procedente su absolución*<sup>33</sup>. De ello podemos inferir que nuestra normativa penal considera el error invencible acerca de la edad (principalmente, puesto que hablamos de víctimas menores de 14 años), como un supuesto que excluye de responsabilidad al agente, constituyéndose el hecho como *atípico*.

Igualmente, no debe tomarse este supuesto como una manera de evasión de la normativa penal, sino que, tal como se vio en el ejemplo anterior, deberán concurrir diversos hechos que brinden sustento a lo sostenido por el agente activo; de este modo, la sola manifestación de *no conocer* la edad de la víctima, no excluye al agente activo de responsabilidad penal. Un ejemplo claro es el caso tramitado en el Expediente N° 1230-2003-La Libertad, en el cual se señaló: *“No cabe alegar, error de tipo invencible para justificar su conducta, puesto que de autos está acreditado, por la propia versión en juicio del acusado, cuando reconoce que conversaba sobre la edad de la agraviada a quien incluso conocía desde hace dos años, cuando cursaba el primer año de secundaria, lo que permite colegir que no existió error invencible*<sup>34</sup>. Es decir, no basta con el dicho del agente al referir que no conocía la edad de la víctima, sino que, además este deberá vencer todas las posibilidades para conocer la verdad, no conformándose con tomar como cierto una versión que, evidentemente, para él es muy favorable.

Finalmente, el ciudadano común debe actuar con la diligencia debida, entendiéndose de esta manera que las normas de convivencia dentro de una sociedad le deben ser explícitas, razón por la cual no puede caer en error ante un simple hecho, sin buscar más alternativas.

---

<sup>33</sup> ÁVALOS RODRÍGUEZ, Constante y ROBLES BRICEÑO, Mery. Modernas tendencias dogmáticas en la Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2005, pp. 111 y ss.

<sup>34</sup> SEGURA SALAS, Celinda y VILLALTA INFANTE, Marcos, Repertorio de jurisprudencia Penal, Editorial Ediciones Jurídicas, Lima, 2004, pp. 66 y ss.

## **1.5.- Consumación**

La consumación del delito de violación sexual de menores, tal como se viene mencionando, no requiere que el agente activo consuma el acceso carnal en cualquiera de los supuestos del tipo penal en cuestión; bastará solo con que el miembro viril o cualquier otro objeto que haga su función, ingrese de manera parcial en alguna cavidad sexual del sujeto pasivo.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que el sujeto activo deberá siempre estar encaminado a ejercer un acto sexual (sin importar la minoría de edad) con el sujeto pasivo, el mismo que no cuenta con capacidad para disponer de su libertad sexual, y que este hecho es conocido por el sujeto activo. De esta manera, quedará acreditado el *dolo* o actuar voluntario de someter a una persona menor de edad a los deseos sexuales de otro (que no es menor de edad, evidentemente) que al menos, puede ya disponer de dicha libertad.

Con lo referido en el presente capítulo hemos obtenido mayores alcances acerca del delito de violación sexual y qué bienes jurídicos protege respecto de la edad del imputado, con lo cual hemos llegado a la conclusión que existe una diferencia entre la víctima mayor de edad y la víctima menor de edad toda vez que esta última se encuentra en un estado de mayor vulnerabilidad, siendo que al tratarse de una persona que aún no cuenta con capacidad de auto determinación sexual, no podría hablarse de una afectación a su sexualidad como “libertad sexual”, sino que tendríamos que proteger su “indemnidad”, puesto que los menores de edad no pueden decidir o determinar su voluntad a ejercer relaciones sexuales ya sea con una persona menor de edad igualmente o una persona mayor de edad; por otro lado, ha quedado claro que los prejuicios sociales o morales no determinan la comisión del delito, puesto que si la persona (ya sea menor o mayor) que es víctima del delito de violación sexual no es vista como “buena persona”, ello no justifica haber violado la esfera de su sexualidad.

**CAPÍTULO II**  
**LA PRUEBA ANTICIPADA EN LOS DELITOS DE**  
**VIOLACIÓN SEXUAL**

## **CAPITULO II LA PRUEBA ANTICIPADA EN LOS DELITOS DE VIOLACIÓN SEXUAL**

*En una investigación penal es deber del fiscal- como titular de la acción penal- recabar elementos de cargo y descargo a fin de acreditar la comisión del delito por parte del sujeto activo. Sin embargo, en el delito de violación sexual, al tratarse de un delito clandestino, conseguir pruebas incriminatorias es una ardua tarea para el Fiscal.*

*En el presente capítulo abordaremos los temas referentes al concepto de prueba anticipada y su aplicación en el proceso penal; asimismo, finalizaremos detallando la importancia de la Cámara Gesell como instrumento idóneo para facilitar las declaraciones tomadas a los menores de edad, víctimas de violación sexual.*

### **2.1. LA PRUEBA EN EL DERECHO PENAL**

#### **2.1.1. Concepto**

Para determinar si la prueba obtenida en una investigación por el delito de violación sexual de menores es la adecuada y conforme a lo establecido en el Código Procesal Penal; es necesario conocer en qué momento hablamos de prueba. MIXÁN MASS, con autoridad ha referido: “El concepto de *prueba* es esencial tanto para la teoría como para la práctica. La lógica como ciencia que estudia ‘las leyes y formas de pensamiento’, facilita comprender la prueba como el proceso discursivo orientado a descubrir, demostrar, poner de manifiesto la relación entre las formas del pensamiento (concepto, juicio, raciocinio, hipótesis, teoría) y la realidad que reflejan: si esa relación es verdadera o si solo probable o si deformada intencionalmente (falsa) o si viciada de error”<sup>35</sup>.

Este autor hace referencia a la prueba como un requisito o aspecto fundamental para conocer la verdad, ya que mediante esta se va a dilucidar la relación entre la hipótesis y los hechos ocurridos en la realidad. Por su parte PALACIO LINO señala que la prueba: “es el conjunto de actos procesales, cumplidos con el auxilio de los medios previstos o implícitamente autorizados por la ley y encaminados a generar la convicción judicial acerca de la existencia o inexistencia, la veracidad o falsedad de

---

<sup>35</sup> MIXÁN MASS, Florencio. Cuestiones Epistemológicas de la Investigación y de la Prueba, editorial BLG, Trujillo, 2005, pp. 213.

los hechos sobre los cuales versa la imputación”<sup>36</sup>. A pesar de los términos técnicos que emplea este autor, para él la prueba también constituye el nexo entre la realidad y la imputación.

Por su parte COLOMA CORREA, comenta que la prueba tiene relevancia en razón a que esta es “la información recibida y la aceptación del enunciado, a través de la decisión de aquel que se encuentra probado”<sup>37</sup>. Este autor señala que la prueba es importante, toda vez que, la información que se ingresa mediante esta deberá encajar en el supuesto de hecho para así llegar a comprobar la imputación.

En otros términos, el concepto de prueba está guiado e impulsado por la idea o necesidad que tiene todo ser humano de conocer y descubrir la verdad de las cosas o, por el contrario, la falsedad de la realidad presentada; siendo que esta realidad se verá representada ante una instancia competente (judicial), la misma que está encargada de valorar si esa prueba se ajusta o no a la veracidad o falsedad respecto de la imputación hecha; consecuentemente, se tiene una relación entre la información o realidad presentada, (ofrecida), recibida y lo resuelto por el juez, con lo cual se obtendrá la pertinente relevancia jurídica, reflejando el debido proceso y la eficacia de los impartidores de justicia.

Finalmente, es preciso recordar que, no todo hecho consiste en elemento o medio de prueba, y ello es así porque un determinado dicho o evento se configura como suceso a probar, siempre y cuando ostente relevancia jurídica, o sea, le debe importar al Derecho Penal; asistiremos este dicho con dos ejemplos:

i) Si decimos que “el día amaneció frío y nublado, a las personas les costó levantarse temprano para ir a trabajar, sin embargo, todo continuó con normalidad; Pablito fue a la escuela y obtuvo 20 en su calificación de matemáticas”. Este dicho no genera importancia alguna puesto que es un hecho de la vida cotidiana que no afecta de manera desfavorable a las personas, por tanto, no puede constituir (tal como aparece) un medio de prueba.

Un segundo ejemplo que grafica lo sustentado ut supra es:

---

<sup>36</sup> LINO ENRIQUE, Palacio. La Prueba en el Proceso Penal Oral, editorial Metropolitana, Santiago de Chile, 2003, p. 10.

<sup>37</sup> COLOMO CORREA, Rodrigo. Panorama General de la Prueba en el Juicio Chileno, en La Prueba en el Nuevo Proceso Penal Oral, editorial Lexis NEXis, Santiago de Chile, 2003, p. 13.

ii) “El día amaneció frío y nublado, aparentemente tranquilo, el Sr. Luis se encontraba regresando de comprar el pan por la mañana acompañado de su mascota (un perro de raza pequeña, color blanco), a la altura de la vereda de la entrada de su casa, cuando escuchó un ruido de discusión en casa de sus vecinos Walter y Betty, entonces decidió detenerse un poco, observando en el instante que su vecino Walter salió con una bolsa negra (muy grande y al parecer muy pesada), ante lo cual el sr. Luis ofreció su ayuda, sin embargo, esta fue rechazada por el Sr. Walter, quien metió la bolsa en la maleta de su auto. Precizando que la mascota del sr. Luis corrió al instante a oler la bolsa y ladrar. Al ingresar a su domicilio, el sr. Luis pudo percatarse que su mascota tenía el hocico manchado con un líquido de color rojo (al parecer sangre), al salir a verificar pudo observar en la vereda contigua (casa del sr. Walter) que había gotas de sangre que provenían de la puerta y se perdían en el lugar donde había estado estacionado el auto de su vecino Walter.

Este evento que se encuentra mejor sustentado, contiene hechos más específicos y evidentemente relevantes para el Derecho, toda vez que nos muestra las posibles pruebas de la comisión de un delito, incluso estas se encuentran no solo sustentadas en el dicho del testigo Luis, sino que también están plasmadas en el cuerpo de su mascota y en el piso de la vereda. Por lo tanto “los medios de prueba, entonces, están orientados a la verificación de afirmaciones a cargo del juez, quien deberá determinar que lo que las partes han averiguado fuera del proceso y han afirmado dentro de este resultan manifestaciones exactas y ameritan ser valorados con las garantías procesales que inspiran el debido proceso”<sup>38</sup>.

Así pues, los medios de prueba nos ayudarán en la averiguación de la verdad escondida en una afirmación determinada por alguna de las partes, siendo estos necesariamente valorados para así constituirse en pruebas propiamente dichas; lo que nos lleva a la conclusión de que la prueba en el proceso penal es “la actividad procesal de las partes y del juzgador, dirigida a formar la convicción de este último, sobre la verdad o certeza de los hechos afirmados por las partes, que se desarrolla fundamentalmente en el juicio oral”<sup>39</sup>. Por lo tanto, la prueba es fundamental para dilucidar la verdad en un proceso penal toda vez que constituye el único medio idóneo

---

<sup>38</sup> ANGULO MORALES, Marco A. El Derecho Probatorio en el Nuevo Proceso Penal Peruano, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2012, p. 22.

<sup>39</sup> TOMÉ GARCÍA, José A. Derecho Procesal Penal, 2da Edición, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1995, pp. 454.



para imputar un delito a determinada persona mediante el uso de elementos plenamente calificados como son las pruebas.

### **2.1.2. Importancia de la prueba**

Resultará sencillo definir la importancia de la prueba; sin embargo, debemos tener en cuenta aspectos que nos lleven a relacionarla con la actividad jurídica, puesto que es trascendental la actividad probatoria para el derecho, especialmente para el Derecho Penal, toda vez que constituye el medio con el cual el juez conocerá a fondo un hecho determinado y llegará a una conclusión (en lo mayor posible) direccionada a la verdad. Empezaremos haciendo un símil con el uso de la prueba en nuestra vida cotidiana, donde a diario vemos la necesidad de probar nuestros actos, ya sea en el trabajo, en la universidad, en la casa, con nuestros padres, con nuestros amigos, siempre, el ser humano está direccionado a buscar una aprobación y para lograrlo, pretende demostrar sus actos o los de las demás personas, actuando con demostraciones (medios) de diferentes tipos.

Dice PELÁEZ BARDALES, “En lo que concierne a la prueba judicial, se sostiene que, como en todas las ciencias reconstructivas, se trata de ir de los rastros dejados por las cosas, hechos o seres, a estos mismos seres, hechos o cosas”<sup>40</sup>; asumiendo que la prueba son los pequeños detalles olvidados o dejados al azar por el autor del hecho, las mismas que serán reconstruidas por el operador de justicia para así conocer la historia verdadera de lo sucedido mediante la recopilación de todas las pruebas posibles, formando una especie de rompecabezas para así realizar un juicio siempre en dirección de la verdad de las cosas, buscando impartir justicia eficaz.

De lo acotado, podemos asegurar que “los procesos judiciales se circunscriben en la actualidad, al accionar del juez quien no hace otra cosa más que, en su condición de director del proceso, reconstruir como un historiador, los casos concretos que lleguen a su conocimiento”<sup>41</sup>, no siendo las pruebas desde el principio tales, es decir, los hechos cotidianos o de *normal* suceder se pueden constituir en pruebas, es el caso que, por ejemplo, una persona “equis” llega a realizar su manifestación, siendo esta – hasta el momento- un dicho; sin embargo, durante la sucesión de la misma, presenta

---

<sup>40</sup> PELÁEZ BARDALES, José A. La Prueba Penal, Editorial Grijley, Lima, 2014, pp. 101.

<sup>41</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial, Tomo I, 5ta Edición, Editorial ABC, Bogotá, 1995, p. 12.

un documento –que sigue siendo un papel- para brindar sustento a su manifiesto; en cuanto estos elementos (declaración y documento) ingresan al proceso y son potencialmente valorables para el juez, constituyéndose en pruebas porque ya contienen relevancia jurídica y se han revestido de valía procesal.

Podemos llegar a la conclusión, entonces, que la importancia de la prueba recae en que esta “se presenta como el necesario y adecuado instrumento a través del cual el juez en el marco del proceso, entra en contacto con la realidad extraprocesal”<sup>42</sup>. Quiere decir que mediante las pruebas es que el juez va a conocer el caso en concreto, guiándose de estas para así estudiar paso a paso la sucesión de los hechos y llegar a la conclusión positiva o negativa respecto de la comisión de un tipo penal determinado.

Es de vital importancia la existencia de la prueba, dado que garantiza la protección a las personas frente al *ius puniendi* Estatal, que no puede actuar de manera arbitraria o parcializada frente a un caso determinado, pues permite que cada persona se *defienda* y sustente su verdad, la misma que será valorada por el juzgador, quien tiene como función amparar la armonía social y la paz social. Por lo tanto, la prueba es la parte esencial del proceso. Sin prueba no hay proceso. No se puede iniciar una investigación sin tener un elemento o indicio que nos lleve a investigar más a fondo y que posiblemente se constituyan en prueba más adelante. Por tanto, el centro o corazón del proceso, recae sobre las pruebas. Es por ello que solo pueden ser admitidos como medios de prueba los hechos que han sido debidamente acreditados, que sean lícitos y que no recaigan en meras subjetividades.

Asimismo, las pruebas ayudan al juez a recabar información pertinente y necesaria para decidir debidamente, siendo estas las llaves que permiten entrar en el caso concreto, averiguando lo que verdaderamente ha sucedido, constituyéndose así en elementos indispensables para el juzgamiento de todo proceso, pues sin estas no puede imputarse responsabilidad alguna y, por ende, condenar a persona alguna. Por otro lado, “a todo procesado se le considera inocente mientras no se acredite lo contrario y la prueba tiene como finalidad destruir esa presunción”<sup>43</sup>. Mientras dura el

---

<sup>42</sup> Cfr. MIRANDA ESTAPRES, Manuel. La mínima Actividad Probatoria en el Proceso Penal, editorial BOSCH, Barcelona, 1997, p. 19.

<sup>43</sup> GARCÍA RADA, Domingo. Manual de Derecho Procesal Penal, 8va. Edición, Editorial Carrera, Lima, 1984, pp. 162.

proceso y estos medios no se valoran de tal forma que determinan culpabilidad, no es posible señalar al imputado como culpable, manteniendo este su condición de inocente hasta que el órgano jurisdiccional determine (mediante la valoración de las pruebas) su responsabilidad penal.

Como señala CUBAS VILLANUEVA, “La única forma legalmente autorizada para quebrar el principio de inocencia que alega el implicado en el proceso, es la prueba formal que dentro del sistema acusatorio, tiende a la reconstrucción conceptual del hecho de un modo comprobable y demostrable”<sup>44</sup>. La prueba se constituye así en el medio para condenar, también el medio de defensa del imputado, pues surge como la única forma en que este puede probar al juzgador que es inocente.

Es importante aclarar que la determinación de culpabilidad no equivale a la desnaturalización de la persona como tal, toda vez que esta seguirá conservando su dignidad hasta el final (sea condenado o no), no permitiéndose abusos físicos y/o psíquicos ni antes ni durante ni después del proceso; aun cuando sea declarado culpable. Lo último que ocurre es la limitación de la libertad personal, lo cual se hace tangible cuando se le conmina al imputado en un centro penitenciario.

### **2.1.3. Finalidad de la Prueba y el Principio de Presunción de Inocencia**

Bajo ningún supuesto debe negarse que “a todo procesado se le considera inocente mientras no se acredite lo contrario y la prueba tiene como finalidad destruir esa presunción”<sup>45</sup>; en consecuencia, mientras dura el proceso y estos medios no se valoran de tal forma que determinan culpabilidad, no será posible señalar al inculcado como culpable, manteniendo este su condición de inocente hasta que el juez determine (mediante la valoración de las pruebas) su culpabilidad.

Se encuentra regulado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que “Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”<sup>46</sup>. En otras

---

<sup>44</sup> CUBAS VILLANUEVA, Víctor. El Proceso Penal, Teoría y Práctica, Palestra Editores, Lima, 2003, pp. 357.

<sup>45</sup> GARCÍA RADA, Domingo. Op. Cit, pp. 162.

<sup>46</sup> Art. 11 de La Declaración Universal de Derechos Humanos

palabras, nadie puede ser considerado culpable de un hecho por la simple imputación que recae sobre dicha persona, sino que, solamente después de haberse sometido a un debido proceso con las garantías procesales que de este se infieren y habiendo obtenido una sentencia, puede considerarse culpable, de otro modo, antes de haber concluido el proceso, todas las personas son inocentes (ya que no se ha probado lo contrario).

Así las cosas, la presunción de Inocencia es un principio que busca que ninguna persona inocente sea sancionada injustamente, teniendo en cuenta su dignidad como ser humano, la cual se establece como criterio para establecer los parámetros y mecanismos necesarios que garanticen un debido proceso. Manifiesta CARLOS SANTIAGO NINO “Uno de las características de este principio es que las personas deben ser tratadas de acuerdo a las decisiones, intenciones o declaraciones de voluntad”<sup>47</sup>. Dicho en otras palabras, solo si se comprueban estos tres manifiestos de voluntad de las personas, se podrá juzgar a las mismas y así otorgarles la pena que les corresponda. Las personas, solo pueden ser juzgadas de manera positiva o negativa, según a comprobación e sus actos cometidos y el perjuicio que estos hayan causado, por tanto, deberá tenerse especial cuidado en la búsqueda de la verdad, máxime si se trata de sanciones que van al extremo de privar de la libertad.

GOZAÍNÍ indica que “El principio de inocencia es un derecho del imputado, pero nunca una franquicia para su exculpación. Esto significa que la producción probatoria y el sistema de apreciación que tengan los jueces integran, en conjunto, el principio de razonabilidad que se espera de toda decisión judicial”<sup>48</sup>. Por tanto, si bien bajo este principio se conserva la inocencia de la persona a la que se le imputa un delito hasta que se lleve a cabo un procedimiento penal y, mediante este, se demuestre lo contrario; sin embargo, no se puede decir que todos los imputados son inocentes y tal condición se mantiene hasta el final, sino que, deberá llevarse a cabo un juicio con las garantías necesarias y establecidas por la ley, asimismo, la parte acusatoria deberá desvirtuar tal inocencia, con los medios idóneos y, finalmente, después de actuadas las pruebas en juicio oral, se determinará si esta inocencia se mantiene o es desvirtuada mediante la eventual comprobación de la responsabilidad del imputado.

---

<sup>47</sup> NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos*. Buenos Aires: Astrea, 2da edición, 1989, p. 287.

<sup>48</sup> GOZAÍNÍ, Osvaldo Alfredo, “La presunción de inocencia. Del proceso penal al proceso civil” (Revista Latinoamericana de Derecho, Año III, Nº 6, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F.), p. 158.

Así señala CUBAS VILLANUEVA, quien afirma que, “La única forma legalmente autorizada para quebrar el principio de inocencia que alega el implicado en el proceso, es la prueba formal que dentro del sistema acusatorio, tiende a la reconstrucción conceptual del hecho de un modo comprobable y demostrable”<sup>49</sup>; por tanto, la prueba constituye el medio para condenar, pero también el medio de defensa del imputado, toda vez que es la única forma en que este puede probar al juzgador que es inocente.

En conclusión, en el presente capítulo hemos podido observar que la prueba es de suma importancia dentro de un proceso penal, toda vez que constituye un medio por el cual el Juez podrá llegar a dilucidar la verdad, siendo que mediante el estudio y valoración de las mismas se obtendrá un recuento de los hechos, llegando finalmente a conocerse la verdad, la misma que será determinante para lograr una condena eficaz.

## **2.2. Sistemas de valoración de la Prueba**

### **2.2.1. Sistema de la Prueba Legal**

Este sistema es propio de la inquisición, pues “la ley concedía a cada prueba, determinado valor probatorio, por lo cual, al finalizar el proceso, el juez consideraba el número de pruebas reunidas, su valor probatorio según ley y apreciando el conjunto de la probanza reunida, le correspondía la operación aritmética de suma y resta; así, la actividad judicial resultaba mecánica y se soslayaba toda apreciación personal”<sup>50</sup>. En este sistema lo primordial sobre lo cual se basa la valoración de la prueba es la ley, por tanto, “es la ley la que establece o prefija, de modo general, la eficacia conviccional de cada prueba. Esto es, explicita la regla de experiencia conforme a la cual se establecerá la credibilidad de una prueba”<sup>51</sup>, de lo cual se entiende que es el legislador quien determina las condiciones sobre las cuales el juzgador se basará para determinar si un hecho o circunstancia existe, revistiendo de idoneidad a la prueba y asimismo, basarse las condiciones que el legislador determina para no considerar como prueba determinados hechos.

---

<sup>49</sup> CUBAS VILLANUEVA, Víctor. Op. Cit., pp. 357.

<sup>50</sup> GARCÍA RADA, Domingo. Op. Cit., pp. 185.

<sup>51</sup> TALAVERA ELGUERA, Pablo. La Prueba en el Nuevo Proceso Penal, Manual del Derecho Probatorio y de la Valoración de las Pruebas, Edición Cooperación Alemana de Desarrollo GTZ, Lima, 2009, pp. 106.

Entonces, podemos afirmar que este tipo de prueba consiste en los diferentes lineamientos interpuestos por el legislador (mediante leyes o reglas vinculantes) que son impuestos al juzgador, restringiendo así la obligación de motivar las sentencias, toda vez que ya todo versará sobre los parámetros dados por el legislador; con lo cual “se establece un *numerus clausus* de medios probatorios, sancionándose, además de forma previa –en lo que constituye una sustitución de la labor del juez por el propio legislador-, el valor que ha de atribuirse a cada instrumento de prueba, así como las condiciones y requisitos que han de sucederse para alcanzar determinado valor absoluto o parcial”<sup>52</sup>. Esto es pues, una manera de restringir el poder de los juzgadores sobre el proceso, toda vez que mediante lineamientos que limitan la integración de medios de prueba se evita caer en la decisión arbitraria de jueces ignorantes o arbitrarios que podrían direccionar el proceso con la finalidad de beneficiar a determinada parte.

No obstante lo anterior, este sistema fue abandonado porque se advirtió una serie de acontecimientos que brindaban desventajas al sistema, específicamente porque en afán de seguir el riguroso sistema (literalmente), se terminaba dictando sentencias de absolución de la instancia, en lugar de obtener pronunciamientos sobre el fondo. Entre estas desventajas se encontraron las siguientes “convertía en función mecánica la tarea del juez en la valoración de las pruebas, conducía con frecuencia a declarar como verdad una simple apariencia formal, y se producía un divorcio entre la justicia y la sentencia, sacrificando los fines del proceso a una fórmula meramente abstracta”<sup>53</sup>.

En suma, este sistema que consistía en vincular al juzgador a una valoración que ya se encontraba preestablecida por el legislador. Para tal caso, era la ley la que fijaba los efectos que podían tener los resultados de la valoración del medio probatorio, quitándole el poder sobre el proceso al juez, toda vez que los fallos que este debía dar se debían ajustar a la norma jurídica, con lo cual prevalecían las normas procesales sobre la valoración del juez. Este sistema no constituía el más apropiado para la finalidad de la búsqueda de la verdad, ya que no permitía probar los

---

<sup>52</sup> ASCENCIO MELLADO, José M. Prueba Prohibida y Prueba Preconstituida en el Proceso Penal, INPECCP Fondo Editorial, Lima, 2008, p. 8.

<sup>53</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando, cit., p. 94.

acontecimientos de ningún otro modo más que los establecidos por la norma jurídica. Hoy en día se ha dejado de lado el estricto lineamiento de los jueces con este sistema de valoración, aunque se tienen en cuenta a la hora de la libre valoración de cada juez.

### **2.2.2. Sistema de la Íntima Convicción**

“Históricamente, el principio de la íntima convicción o apreciación en conciencia de la prueba, tal como lo conocemos actualmente apareció en la época de la Revolución Francesa, íntimamente ligado a la institución del Jurado Popular. En las leyes francesas de 1791 sobre procedimiento penal se exhortaba a los miembros del Jurado a escuchar atentamente y a expresar su creencia u opinión (veredicto) según su íntima convicción, atendiendo libremente a su conciencia, formulándose así el principio de la íntima convicción.

Con posterioridad, el Código de Instrucción Criminal de 1808 (Francia) permitió la aplicación del sistema de la íntima convicción por los jueces profesionales o de carrera, extendiéndose dicho modelo a la mayoría de los sistemas procesales europeos”<sup>54</sup>. En este sistema, totalmente opuesto al señalado en el punto anterior, el juez es quien, de manera totalmente libre forma su propia convicción de los hechos, la misma que no tiene límites, por tanto al ostentar esta libertad, el juez es quien decide si la existencia de algún hecho le convence o no para que se constituya en prueba, lo cual conllevaría a que el juzgador no tuviera la obligación de sustentar sus fallos.

La íntima convicción, además, “implica lo siguiente: a) inexistencia de toda norma legal acerca del valor que el juzgador debe acordar a los elementos de prueba; y b) que él no está obligado a explicar las razones determinantes de su juicio. Se trata de un sistema propio del jurado de conciencia, de jurados populares”<sup>55</sup>. Ello en razón a que este sistema se dio ante el indiscriminado abuso que cometían los jueces en ese tiempo, siendo que, amparados por los parámetros exigidos por la norma, se abocaban a realizar juzgamientos que muchas veces eran injustos, no teniendo la obligación de sustentar o motivar los fallos dados.

---

<sup>54</sup> CUBAS VILLANUEVA, Víctor. Op. Cit. pp. 263.

<sup>55</sup> VELEZ MARICONDE, Alfredo. Derecho Procesal Penal, Marcos Lerner Editora, Buenos Aires, 1986, pp. 353.

En la íntima convicción no hay una ley que determine los parámetros de valoración de los hechos, simplemente queda al libre entendimiento del juez, quien incluso no se encuentra obligado a fundamentar sus decisiones, puesto que no habría manera de plasmar todo su pensamiento en forma objetiva a fin de que todos lo comprendan. Por tanto, las facultades del juez eran indeterminadas, en razón a que no se encontraba sujeto a normas que permitan determinar los parámetros de valoración de la prueba; lo que, a la larga, acarreó muchas injusticias y juicios subjetivos que llevaban a la arbitrariedad que en un primer momento se quiso evitar.

Conforme se ha visto, si bien en su aspecto positivo este sistema es que el juzgador no se encuentra delimitado o restringido por la norma legal para dar un fallo determinado, también es cierto que, al no exigírsele al juez la motivación del fallo, recaemos en un peligro de la comisión de un acto arbitrario o injusto, toda vez que nos estamos amparando a en subjetividades de los jueces.

### **2.2.3. Sistema de la Sana Crítica**

Se podría decir que este es el sistema más completo, puesto que permite que el juzgador razone sobre las pruebas presentadas, sin llegar a extremos subjetivos, ya que, si bien no se rige a las reglas abstractas de la ley, el juez deberá sustentar sus decisiones en motivaciones racionales, las mismas que deben llevar total concordancia con las pruebas actuadas. “La libre valoración exige la fundamentación o motivación de la decisión, esto es, la expresión de los motivos por los cuales se decide de una u otra manera, y, con ello la mención de los elementos de prueba que fueron tenidos en cuenta para arribar a una decisión”<sup>56</sup>. Este sistema otorga al juzgador mayor libertad total para llegar a determinado fallo, sin embargo, no le otorga un poder absoluto, siendo que el juez está en la obligación de explicar las conclusiones que llevaron a tal toma de decisión, en tanto estas tendrán total concordancia con las pruebas actuadas, en las que deberá apoyarse para motivar su resolución.

Cabe aclarar que, “en este sistema se requiere para que la sentencia declare un hecho como probado, el pleno convencimiento del juez; solo en los hechos de que quede

---

<sup>56</sup> MAIER, Julio. Derecho Procesal Argentino, Tomo I, Vol. B, Buenos Aires, 1989, pp. 593.



efectivamente convencido podrán basarse los efectos jurídicos que el derecho les atribuya, no basta la probabilidad, la verosimilitud o la sospecha”<sup>57</sup>. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua<sup>58</sup> ha dejado sentado que *La sentencia debe basarse en la certeza, es decir, en la convicción razonada y positiva de que los hechos existieron y ocurrieron de cierta manera; la duda o la probabilidad solo se admiten cuando operan a favor del acusado: in dubio pro reo.*

Por tanto, el juzgador se verá limitado a condenar al imputado solo por los hechos que mediante certeza plena ha podido comprobar que efectivamente han sido realizados por su persona, más no por los hechos que si bien fueron denunciados, no fueron comprobados. Entonces “el juez en principio solo puede evaluar auténticas pruebas, legítimamente incorporadas, y debe utilizar criterios de valoración racionales, desestimando por completo las apreciaciones puramente subjetivas o que vulneran las reglas de la lógica, los principios de la experiencia o los conocimientos científicos”<sup>59</sup>.

Este sistema consiste entonces, básicamente en la vinculación existente entre la debida motivación del juez que deberá plasmar en sus resoluciones y la relación que esta deberá tener con las pruebas actuadas; teniendo en cuenta que tal motivación deberá ir en concordancia con el pensamiento y la experiencia común, más no con el criterio subjetivo del juzgador.

Como hemos podido observar, con el paso de los años se han venido presentando diversos sistemas que han sido creados con la finalidad de aprender o, en todo caso, llegar a conocer cómo realizar un buen uso de la prueba y así poder llevar un proceso eficaz, toda vez que si bien se buscaba cumplir con la norma, muchas veces se caía en actos mecánicos por parte de los jueces, lo cual fue cambiando poco a poco toda vez que con el avance del tiempo se llegó a reconocer que importan más los hechos, cómo estos se prueban y principalmente la valoración del juez sobre los hechos y medios de prueba para finalmente conocer la verdad y obtener justicia.

---

<sup>57</sup> CUBAS VILLANUEVA, Víctor. Op. Cit., pp. 277.

<sup>58</sup> SENTENCIA N° 01, Corte Suprema de Justicia, Sala en lo Penal, encontrado el [12-06-2017], obtenido en <http://www.poderjudicial.gob.ni/pjupload/spenal/pdf/cpp05.pdf>.

<sup>59</sup> SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal, Tomo II, 2da Edición, Editorial Grigley, Lima, 2000, pp. 900.

### **2.3. Medios de Prueba**

Los medios de prueba son los que van a ayudar al juez a llegar a la verdad de los hechos, en otras palabras “están constituidos por todos los actos procesales que realiza el operador judicial en búsqueda de la verdad histórica, a fin de imprimir en su resolución final, la decisión que ponga término al conflicto. Son aquellas actividades judiciales complejas de las cuales se vale la autoridad judicial para conocer de la realidad de los hechos que investiga; la existencia de los medios probatorios se encuentra condicionada a la del proceso”<sup>60</sup>. Los medios de prueba son cruciales para la continuación y propia existencia de un proceso, toda vez que estos vendrían a ser los elementos que otorgan las partes al juez para que este pueda conocer a plenitud los hechos y llegar a una decisión acertada y justa respecto de la verdad.

En otras palabras, son los elementos cruciales que permitirán al juzgador familiarizarse con el proceso, conocer los hechos propiamente y tener una idea de lo que llegará a determinar con posterioridad, siempre dentro del marco del debido proceso. “La distinción entre fuente de prueba y medio de prueba radica en que este es la actividad del juez mediante la cual busca la verdad del hecho a probar, en tanto que aquella constituye el hecho del cual se sirve el juez, para deducir la propia verdad”<sup>61</sup>. Como vemos, el medio de prueba es fundamental para la existencia y eficacia de un proceso, por tanto todo medio que las partes consideren necesarios, será idóneo, siempre y cuando se respete el proceso regular.

#### **2.3.1. Confesión**

Empezaremos diciendo que la confesión se encuentra contenida en algo más, que viene a ser la declaración, es decir, en el momento en que el imputado es llamado a rendir su manifestación referente a los hechos denunciados en su contra. El imputado emite pronunciamiento primigeniamente para defenderse toda vez que mediante esta declaración el imputado emite un descargo ante el juez, relatando todos los hechos que para él constituyen pertinentes y necesarios, a fin de que se aclaren los hechos denunciados en su contra.

---

<sup>60</sup> PELÁEZ BARDALES, José A, cit., p. 93.

<sup>61</sup> CARNELUTTI, Francesco. La Prueba. Los grandes temas de Derecho Probatorio, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1979, pp. 70-71

Haciendo referencia a estas manifestaciones, “puede surgir eventualmente una confesión sin que sea correcto asociar ambos conceptos –confesión y manifestación–, aun cuando habitualmente las confesiones sean efectuadas en oportunidad de prestar declaración indagatoria”<sup>62</sup>. Por tanto, no debemos confundir ambos términos, ya que la confesión deberá darse en un ámbito más resguardado, salvaguardando los derechos del imputado en todo momento; igualmente, es preciso señalar que la sola confesión o auto incriminación no conlleva a una condena toda vez que este dicho deberá ser corroborado con otros elementos que sustenten lo señalado por el imputado, logrando así una condena eficaz.

Asimismo, debemos aclarar que la simple auto imputación de los hechos no genera culpabilidad sobre el imputado; sino que, este deberá reconocer su participación (omisión o comisión) en un ilícito penal ante una autoridad jurisdiccional competente, ya sea el juez o el fiscal. Requisito importante también es que el imputado cuente con la presencia de su abogado defensor, quien deberá asistirle con la información referente a los alcances de la imputación y los derechos que le asisten, así como las consecuencias de su colaboración durante todo el proceso.

### **2.3.2. Testimonio**

La prueba testimonial consiste en el apoyo brindado por personas que actúan como *terceras* en el proceso penal y, son los llamados *testigos*. Estas personas son llamadas a brindar declaración testimonial acerca de los hechos, ya sea que vieron, escucharon o presenciaron el delito de una u otra forma. Asimismo, cabe aclarar que el testigo deberá ser una persona física y real, que prestará su manifestación de manera oral o escrita, siendo ofrecida por las partes (imputada o agraviada) dentro de un proceso penal, puesto que su declaración es necesaria y pertinente para dilucidar la verdad de los hechos y, acreditar o no la responsabilidad penal del imputado.

A continuación, presentaremos una clasificación del órgano de prueba<sup>63</sup>:

---

<sup>62</sup> JAUCHEN, Eduardo M. Tratado de la Prueba en Materia Penal, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2006, pp. 231.

<sup>63</sup> Cfr. ANGULO MORALES, Marco A. El Derecho Probatorio en el Nuevo Proceso Penal Peruano, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2012, p. 22.

**a) Testigo presencial, directo o de vista y testigo de oídas, indirecto, referido o de referencias**

El testigo presencial (directo o de vista) es aquel que relata los hechos en los cuales estuvo presente, por haber percibido directamente la comisión del delito. En cambio, el testigo de oídas (indirecto, referido o de referencias) será el que escuchó de los hechos por un tercero o simplemente saca conclusiones según algún dato que le fue aportado, pero no precisamente porque se encontró en el lugar o visualizó algo. La testimonial de oídas no reúne las condiciones necesarias para ser considerada como relevante para sustentar una imputación penal.

**b) Testigo de cargo y de descargo**

El testigo de cargo es el ofrecido por la parte agraviada, para aportar información que sirve para acreditar o sustentar la imputación penal; de otro lado, el testigo de descargo será el ofrecido por la parte de la defensa del imputado, siendo el que tiene como objeto aportar elementos que lleven a desvirtuar lo ofrecido o dicho por el testigo de cargo.

**c) Testigo singular y testigo conteste**

Testigo singular es el que brinda testimonio del hecho objeto de enjuiciamiento en su parte fundamental, sin dar detalles de las circunstancias externas del acontecimiento; el testigo conteste por su parte, declara acerca de los hechos detalladamente, incluyendo cualquier circunstancia accesorio que podría resultar o parecer ordinaria.

**d) Testigo de hechos externos y testigo de hechos internos**

El testigo de hechos externos es el que manifiesta los hechos de acción u omisión que haya realizado (o dejado de realizar) el imputado, centrándose en el actuar desde la perspectiva exterior del sujeto; sin embargo, el testigo de hechos internos es aquel que narra los hechos cometidos desde la perspectiva interna del sujeto, su psiquis (conciencia y voluntad), para lo cual debe –por ejemplo- apoyarse en medios periciales tales como test psicológicos, etc

## **e.- Testigo de testimonio y testigo de ratificación o reconocimiento**

El primero de los mencionados es el que produce lo que pudo percibir acerca de un hecho pasado, con la finalidad de su reconstrucción histórica. Por su parte, el segundo (testigo de ratificación) es quien confirmará la suscripción, autenticidad o validez del documento.

Ahora bien, conviene aclarar en este punto que, no todas las personas se encuentran capacitadas para rendir testimonio, toda vez que las personas que se encuentran inhabilitadas por razones naturales o impedidas por ley no podrán prestar su declaración testimonial. Esto “distintamente de las tachas de las personas que, si bien pueden admitirse y declarar, sus testimonios cuando se comprueba que concurren esas circunstancias particulares, quedan inválidos”<sup>64</sup>. Lo que quiere decir que, si bien una persona puede asistir y prestar su declaración, no obstante, si en el transcurso del proceso se descubre que esta persona no estaba habilitada para brindar manifestación, su declaración será declarada inválida.

### **2.3.3. Prueba Pericial**

En este tipo prueba encontramos un apoyo especial de personal especializado en conocimientos científicos, técnicos, artísticos, o de experiencia calificada, quienes aportan en el proceso su ayuda para descubrir la verdad mediante la valoración de los medios que se llevarán a juicio oral.

Si una pericia es ingresada al juicio oral, el especialista en la materia deberá concurrir al mismo, a fin de brindar los detalles y medios científicos valorativos que usó para llegar a determinada conclusión, absolviendo las dudas e interrogantes que surjan sobre los hechos controvertidos que tengan relevancia penal. La participación de estos especialistas peritos en diversas materias, resulta de suma importancia en nuestros tiempos, toda vez que existen muchos temas de diversa índole, los cuales no pueden ser explicados por las personas ilustradas en el derecho, por tanto, los peritos toman un papel fundamental en estos casos.

---

<sup>64</sup> HERRERA AÑEZ, Williams. Apuntes de Derecho Procesal Penal, 2da Edición, Editorial Sirena, La Paz, 1995, pp. 189.

#### **2.3.4. Careo**

Según la legislación en general, el careo constituye una confrontación de suma importancia que se da entre dos personas intervinientes en un proceso penal, de lo cual se infiere evidentemente que ambas personas pertenecen a partes opuestas, desprendiéndose una contradicción entre ambas, contradicción que se da en base a los conceptos valorativos (medios de prueba) que son útiles para conocer la verdad e imputar responsabilidad.

Si bien es cierto el careo constituye un aspecto importante del proceso penal, también lo es que, no necesariamente es el medio único para llegar a la verdad o el esclarecimiento total del caso, ya que “la finalidad del careo, es procurar establecer las razones por las que no existe coincidencia sobre ciertos hechos que pueden obedecer a varios motivos. Por ejemplo, el error, o distorsión de percepción, por olvido, amnesia, interés, afecto de una de las partes, dificultad para narrar lo conocido, etc.

Si a consecuencia del careo, el resultado permite inferir la verdad histórica y, si coincide o no con ella, será objeto de análisis por el juez al momento de dictar sentencia en definitiva, haciendo la crítica general del resultado del careo con las demás pruebas”<sup>65</sup>. Por lo tanto, el careo es el medio utilizado con la finalidad de esclarecer puntos controvertidos que recaerán sobre hechos, medios, dichos que tal vez no quedaron claros y no pueden ser valorados de manera idónea, ante lo cual, las partes se enfrentan cara a cara para poder así dilucidar aspectos ante el juez y que este ilumine su conocimiento respecto del caso para que así llegue a una conclusión más cercana a la verdad.

#### **2.3.5. Prueba Documental**

La prueba documental es el instrumento que contiene la representación de un acto humano, esto es, que la prueba documental es el objeto físico donde se contienen los distintos actos o hechos que determinada persona ha realizado, quedando plasmados en un papel o instrumento; así tenemos que, estas pruebas suelen distinguirse en dos “los documentos que son únicamente representativos –y que no contienen

---

<sup>65</sup> JAUCHEN M, Eduardo. Op. Cit, pp. 446-447.

declaraciones manifiestas del autor, así pueden citarse como ejemplo a los planos, fotografía, etc.. De los documentos explicativos en los cuales es posible advertir un manifiesto contenido; así se consideran dentro de esta división los escritos, los vídeos, etc. No obstante, ambas deben contener una representación del actuar humano”<sup>66</sup>. Los documentos deben haber sido elaborados por personas con todas sus capacidades y asimismo, que conozcan los actos que han realizado y lo que están plasmando en el documento, con lo cual se acreditaría su voluntariedad en la comisión de los hechos.

Es oportuno aclarar que no existe forma de confundir la prueba documental con la prueba testimonial, toda vez que la segunda de las mencionadas versa sobre manifestaciones de voluntad que son estrictamente declarativas y personales y que, además son basadas en hechos reales que ya sucedieron con anterioridad; mientras que, en el caso de la prueba documental no necesariamente puede versar sobre hechos pasados, sino que existe la posibilidad de que los hechos a valorar en el documento presentado sean sobre sucesos futuros no necesariamente provenientes de terceros.

En nuestro sistema y en general el sistema penal cuenta con una diversidad de medios de prueba, los cuales pueden ser usados para poder brindar mayor soporte a las imputaciones hechas en contra de determinado denunciado; sin embargo, cada medio de prueba contiene parámetros para poder ser valorados debidamente, los mismos que deben ser cumplidos a fin de colaborar con los impartidores de justicia. Para que estos logren entender y analizar en cada medio de prueba ofrecido y así que estos se constituyan en pruebas propiamente de dichas, a fin de conseguir dilucidar determinado caso en concreto.

En los delitos de violación de menores (y en general los delitos contra la libertad sexual) los medios de prueba más utilizados son las declaraciones y las confesiones y, asimismo, la prueba pericial, toda vez que al tratarse de un delito clandestino, muchas veces no se cuenta con testigos u otro medio que acredite el hecho, siendo muchas veces determinante (por lo menos para iniciar el proceso) la declaración de

---

<sup>66</sup> ANGULO MORALES, Marco A. El Derecho Probatorio en el Nuevo Proceso Penal Peruano, *ibíd.*, pp. 117.

la víctima que, en el caso que nos ocupa, se da mediante la Cámara Gesell, por tratarse de menores de edad.

## **2.4. PRUEBA ANTICIPADA**

### **2.4.1. Concepto y fundamento**

La Prueba anticipada, tal como su nombre lo dice, es la que se brinda con *anticipación* o *anterioridad* respecto, en este caso, del juicio oral; tal anticipo se sustenta en la imposibilidad de que la prueba presentada –que ostenta suma importancia- se pueda llevar a cabo en la fecha del juicio.

Así, para tener un concepto más cercano a lo que es la Prueba Anticipada, citaremos a MIRANDA ESTRAMPES, quien la define de la siguiente manera: “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, con excepción a la regla general, pero sujeto a las mismas garantías que presiden la práctica de la prueba en este y, por tanto, bajo el principio de inmediación del órgano judicial sentenciador [...]”.

Mediante la prueba anticipada no se realiza una labor instructora de acopio y aseguramiento de fuentes de prueba, sino una auténtica actividad probatoria<sup>67</sup>. Podría decirse entonces que el fundamento de este medio de prueba radica en la importancia del mismo, toda vez que tratándose de algún elemento de convicción que se tiene en el momento (presente) y que, existe posibilidad o certeza de que ya no se tendrá con posterioridad (futuro-llegada al juicio) es fundamental para el esclarecimiento de los hechos que tal elemento se valore con anticipación.

Según JOAN PICO I JUNOY, “el fundamento último de la prueba anticipada no es otro que el de garantizar la mayor eficacia y virtualidad del derecho a la prueba, evitando que las partes litigantes no puedan justificar debidamente las razones o hechos en que apoyan sus respectivas pretensiones [...]”<sup>68</sup>. Por tanto, la prueba anticipada sustenta su importancia en la protección al Derecho Fundamental a la Prueba; toda

---

<sup>67</sup> MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. La mínima Actividad Probatoria en el Proceso Penal, Editorial José María Bosch-JMB, Barcelona, 1997, pp. 337-338.

<sup>68</sup> PICO I JUNOY, Joan. La Prueba Anticipada en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. En: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía, Tomo de Jurisprudencia 7/2001-Madrid, pp. 1518 (D-265)



vez que ante la existencia de determinadas situaciones ajenas a la voluntad de las partes y (menos del juzgador), los medios probatorios podrían perderse o deteriorarse en su contenido esencial, siendo necesario entonces que estos se valoren con anticipación, a fin de que se asegure su llegada al juicio.

De lo antes señalado concluimos en que la prueba anticipada es aquella prueba practicada previa celebración del juicio, donde necesariamente intervendrá el juez dando lugar a la pertinente contradicción para así no dejar de lado el derecho de ninguna de las partes a poder ejercer su derecho de defensa. Lo mencionado se dará solo en los casos en que existe un potencial riesgo de que la prueba no podrá llegar (o esperar) al momento del juicio, por tanto, se lleva a cabo con anticipación para que así no se pierda en el camino.

Asimismo “si la prueba puede repetirse en el acto del juicio oral al haber desaparecido la causa de la irrepitibilidad, se podrá la misma practicar íntegramente, perdiendo como norma, valor probatorio la anticipada, pero puede ser usada para contrastar y, en su caso, sustentar el fallo”<sup>69</sup>. En consecuencia, es de verse que para que la prueba anticipada se constituya como tal es necesario que cumpla ciertos requisitos para su existencia, sin los cuales dejará de revestirse de urgencia su valoración previa al juicio, dejándose sin efecto la posibilidad de que se constituya como “anticipada”.

#### **2.4.2. Requisitos**

Tal como se dijo, la prueba anticipada deberá cumplir con ciertos requisitos para que esta se constituya como tal, los mismos que son<sup>70</sup>:

- Inmediación ante el juez.
- Cumplimiento del Principio de Contradicción.

---

<sup>69</sup> SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal, Lecciones, Editorial INPECCP y CENALES, Lima, 2015, pp. 584.

<sup>70</sup> Cfr. TALAVERA ELGUERA, Pablo. La Prueba en el Nuevo Proceso Penal, Manual del Derecho Probatorio y de la Valoración de las Pruebas, Op. Cit., p. 65.

### **2.4.3. La Cámara Gesell y su importancia en los delitos contra la Indemnidad Sexual**

La Cámara Gesell tiene su origen en los Estados Unidos, siendo concebida por el psicólogo norteamericano Arnold Gesell, de quien proviene efectivamente el nombre. El propósito de este mecanismo de declaración es específicamente observar la conducta de los menores de edad (niños) al momento de rendir su manifestación, sin que esta se vea afectada o influenciada por entes extraños que podrían ocasionar fastidios a los menores evaluados<sup>71</sup>.

En el proceso del interrogatorio, se busca brindar el mayor apoyo y protección para que el menor se sienta con plena seguridad y confianza de que no está exponiendo el supuesto agravio en su contra delante de la multitud de personas, sino que, se hará a manera de charla con un especialista (psicólogo), quien con palabras determinadas logrará obtener la narración de los hechos por parte del menor. En conclusión “el fin de la Cámara Gesell es altamente compatible con el propio fin del proceso penal”<sup>72</sup>.

Es por ello que la entrevista en Cámara Gesell se efectúa de una manera muy singular, ya que se busca en todo momento salvaguardar la integridad tanto de la declaración como del menor. La entrevista se realiza en un ambiente (grande) separado por un vidrio polarizado, encontrándose de un lado el juez, el fiscal, el abogado y las partes intervinientes y, del otro lado (desde donde no se puede ver detrás del vidrio) se encuentra el menor y un psicólogo, quienes “conversarán” acerca de los hechos denunciados de la manera más natural posible, sin hacer sentir a la víctima en la obligación de narrar hechos que le afecten demasiado. Lo obtenido queda grabado para ser ofrecido (si corresponde) como medio de prueba.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que no todas las entrevistas hechas en la Cámara Gessel recaban testimonios verdaderos, siendo que muchas veces los menores son persuadidos/manipulados por su madre (por ejemplo) para así —a manera de venganza de pareja- declarar en contra de su padre (o viceversa), acusando de tocamientos indebidos o hasta una posible violación sexual a alguna de las partes o familiar de ellos. “Para evitar caer en dicha figura por demás injusta, la

---

<sup>71</sup> Cfr. NOGUERA RAMOS, Iván. Op. Cit. pp. 255.

<sup>72</sup> SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal 2da. Edición, Editorial Grijley, Lima, 2003, pp. 809.

entrevista realizada es posteriormente analizada por estudiosos de la psicología, quienes haciendo uso de diversas técnicas llegarán a la conclusión de si es verdad o no lo manifestado por el/la menor<sup>73</sup>. Mediante este ejemplo podemos apreciar un caso más en el que los peritos o estudiosos de determinada materia son colaboradores muy importantes en los procesos penales.

Por lo anterior, la Cámara Gesell tiene vital importancia en la toma de manifestación de las declaraciones de los agraviados en los delitos de violación sexual. Toda vez que incluso se llama a este acto una “entrevista” en la cual los menores a manera de conversación con un especialista en psicología van relatando de manera natural y espontánea cómo fueron víctimas de determinado delito en agravio de su indemnidad sexual.

Del mismo modo, debemos tener en cuenta que esta entrevista es única, en tanto no puede repetirse puesto que, se busca en todo momento salvaguardar la integridad psíquica de la víctima, impidiendo que esta brinde manifestaciones continuas frente a otras autoridades tales como el fiscal, policía, juez, etc., cayendo así en una doble victimización o revictimización, figura que vulnera los derechos fundamentales de la víctima y que, en muchos casos la lleva a desistir del proceso.

---

<sup>73</sup> Cfr. NOGUERA RAMOS, Iván. Op. Cit. pp. 257.

### **CAPÍTULO III:**

## **LA UTILIZACIÓN DE LA CÁMARA GESELL EN EL MARCO DEL ARTÍCULO 242° INCISO D) DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL**

### **CAPITULO III LA UTILIZACIÓN DE LA CÁMARA GESELL EN EL MARCO DEL ARTÍCULO 242° INCISO D) DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL**

*En los capítulos anteriores hemos desarrollado la importancia de la prueba anticipada en los delitos contra la indemnidad sexual de menores de edad, llegando a la conclusión de que la utilización de la prueba anticipada (en el caso de la Cámara Gesell) es determinante para el fiscal, quien busca acreditar la existencia de un delito; pero contrariamente a ello la defensa puede verse vulnerada ya que para la parte imputada el utilizar la Cámara Gesell como prueba anticipada sería una manifestación del Derecho Penal del Enemigo.*

*Es por ello que en el presente capítulo trataremos el tema del Derecho Penal del Enemigo, haciendo mención de su función y sus fines; asimismo, daremos alcances acerca de sus críticas y su relación con la dignidad humana; seguidamente, hablaremos acerca del Derecho de Defensa del Imputado y la Defensa Eficaz en el marco de un debido proceso; y para concluir, estableceremos un test de ponderación entre el Principio de Eficacia y el Derecho de Defensa. Todo ello en el marco del Art. 242 d) del Código Procesal Penal.*

#### **3.1. Historia, definición y fundamento del Derecho Penal del Enemigo**

Hablaremos un poco acerca del Derecho Penal en general, reconociendo que cuando oímos o leemos dicho enunciado, se nos viene a la mente distintos tipos de manifestaciones violentas, relación que no resulta extraña pues el Derecho Penal se encarga del estudio de delitos tales como homicidios, secuestros, violaciones, robos, etc. Esta rama del derecho no solo se encarga de realizar un mero “análisis” sino que *condena* a los responsables con la medida coercitiva más drástica, como es la privación de la libertad (cárcel). Lo cual nos lleva a la conclusión de que si bien en el mundo existe mucha violencia, esta no escapa del estudio del Derecho.

MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, sostienen que “sería mejor o, por lo menos, más agradable, que alguna vez la violencia dejara de gobernar las relaciones humanas. Pero en ningún caso podemos deformar ideológicamente los hechos y confundirlos

con nuestros más o menos buenos o bienintencionados deseos. La violencia está ahí, a la vista de todos y practicada por todos; por los que delinquen y por los que definen y sancionan la delincuencia, por el individuo y por el Estado, por los pobres y por los ricos. Pero no toda la violencia es siempre juzgada o valorada por igual<sup>74</sup>. Porque si bien es cierto todas las personas algunas veces actuamos de manera violenta, existe un límite que hay que sobrepasar para que esta violencia sea relevante para el Derecho Penal, siempre que sea expresada o direccionada en contra de otra persona.

El Derecho Penal es definido como el “conjunto de normas que definen delitos y conminan con pena su comisión. Esto quiere decir, sin mayores reflexiones, que hemos concebido a nuestra rama de la ciencia jurídica, como “*el brazo represor*” del Estado<sup>75</sup>. Esto es así precisamente porque mediante las normas y los procesos penales, de una u otra manera el Derecho penal coadyuva al Estado a resguardar la seguridad de las personas, protegiendo los derechos fundamentales y, asimismo, en medida que estos se vulneran, también existen medidas para condenar a quien sea responsable de incumplir dichas normas, las cuales resguardan derechos de índole constitucional.

Es menester indicar que, “sin control social la existencia no sería posible, ya que es inimaginable un proceso de socialización sin normas de conducta, sin sanciones para caso de incumplimiento de las mismas y sin realización material de la norma y la sanción, es decir, sin control social. Dentro del amplio campo del control social el Derecho Penal llena el sector que se ocupa de los intereses, es decir, de los bienes jurídicos fundamentales y que, por tanto, están expuestos a plantear los conflictos más graves. Precisamente por ello, ninguna otra institución de control social prevé sanciones tan radicales para la infracción normativa<sup>76</sup>; ello explica la importancia del Derecho Penal, toda vez que este ayuda al orden social en cuanto a la seguridad necesaria para llevar una convivencia exitosa, puesto que se ocupa de salvaguardar derechos de índole constitucional, tales como la vida, la integridad sexual, el patrimonio, la salud, etc., los mismos que merecen especial resguardo y sobre todo,

---

<sup>74</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Derecho Penal. Parte General. Editorial Tirant lo Blanch libro, Cuarta Edición, Valencia, España, 2000, p. 29-30.

<sup>75</sup> GONZÁLEZ DE LA VEGA, René. Ciencia Jurídico Penal, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2003, p. 32.

<sup>76</sup> HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco. Introducción a la Criminología y al Derecho Penal, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia España, 1989, pp. 116.

especial pena para las personas que incumplen con respetar dichos derechos fundamentales de otros, quienes deberán ser penados según la gravedad del delito que han cometido; con lo cual se podría inferir la siguiente analogía: si existen normas y penas para el incumplimiento de las mismas, entonces, las personas no cometerían delitos; sin embargo ese es un ideal evidentemente alejado de la realidad.

Después de haber brindado un alcance general acerca de lo que es el Derecho Penal y la importancia e influencia que ejerce en los ciudadanos a fin de que estos actúen de manera diligente, respetando siempre la integridad de los demás. Corresponde analizar el último tema de esta investigación, que es “El Derecho Penal del Enemigo”.

El término “enemigo” viene a ser un término familiar en la actualidad; sin embargo, este término “en sus orígenes tenía un significado considerablemente neutral, pues se refería a todo aquel con quien no se había contraído deuda ni obligación alguna, siendo meramente un no-amigo desligado por completo del dicente, esto es, no ligado con él por atadura alguna”<sup>77</sup>. En el principio de la historia, el llamado enemigo no era precisamente el opresor u oponente, sino que se trataba simplemente de aquellas personas que no tenían relación alguna con otras y que su existencia (por decirlo de alguna manera), era insignificante o irrelevante entre sí ya que no se conocían o no tenían vínculo de amistad o enemistad alguno.

Posteriormente esto cambió y se fue agregando al término “enemigo” nociones de contenido más negativo, tal es el caso que “en algunos ordenamientos jurídicos de la antigüedad la enemistad era un estado que surgía por un agravio privado, como era el haber cometido un delito grave contra la familia de otra persona: el enemigo era aquel sujeto que había dado muerte a alguno de los progenitores, o de los parientes de esa otra persona, hasta el cuarto grado, o había cometido algún delito contra bienes jurídicos de ese clan”<sup>78</sup>. Se corrobora que, con el transcurso del tiempo se ha ido construyendo un concepto de enemigo mucho más específico y categórico, ya que se piensa que este es la persona que ha cometido un hecho delictivo que afectó directamente algún derecho fundamental de otro o, en todo caso, a su familia, razón por la cual no puede ser considerado como una persona más, sino que es un ser

---

<sup>77</sup> POLAINO-ORTS, Miguel. Derecho Penal del Enemigo: Desmitificación de un concepto, Editorial Grigley, Lima, 2006, p. 85.

<sup>78</sup> POLAINO-ORTS, Miguel, op. cit., p. 86.

despreciable por dicho clan (familia) y pasa a ser alguien con quien no se desea mantener relación de convivencia alguna.

Dicho concepto ha ido creciendo y generalizándose, ya que posteriormente se han agregado diversos otros sinónimos tales como *adversario*, término utilizado en los conflictos bélicos para referirse a los enemigos o integrantes del grupo contrario. De esta manera, el término “enemigo”, se ha expandido a lo largo de la historia, utilizándose más a menudo, haciéndose parte del vocablo popular, político y hasta religioso, etc., ya que estas instituciones también señalan a sus opresores o grupos contrarios como enemigos, por ejemplo, existen “enemigos políticos”, “enemigos del islam”, “enemigos bélicos”, etc.

Semánticamente escapa de la Real Academia Española, conceptúa al término enemigo como: Persona que tiene mala voluntad a otra y le desea o hace mal<sup>79</sup>; con dicha acepción de la palabra enemigo, se puede observar que este ha crecido desmesuradamente, llegando a usarse -en la actualidad- en infinidad de escenarios en el curso de la vida cotidiana.

Ahora bien, después de explicar y hacer un breve recuento acerca del uso en el tiempo del término “enemigo”, vamos a inmiscuirnos específicamente en lo que el profesor GÜNTHER JAKOBS manifiesta, el mismo que “opone la noción <<enemigo>> (*Feind*) a la del <<ciudadano>> (*Bürger*) que se siente motivado por la norma, aunque pueda cometer un desliz, una comunicación defectuosa en forma de delito.

El enemigo es, en cambio el sujeto que, siendo especialmente peligroso, no presta la garantía mínima socialmente exigible para que pueda ser tratado como <<persona en Derecho>>, produciendo una *inseguridad cognitiva* en su comportamiento”<sup>80</sup>. Esto nos adentra en el presente tema de estudio puesto que nos da un alcance acerca de la definición del *enemigo* para el Derecho Penal, quien viene a ser la persona que produce un peligro inminente para la sociedad toda vez que se encuentra en potencial estado de comisión delictiva, lo cual lo convierte en un foco de peligrosidad que necesariamente debe ser repelido por el ordenamiento jurídico.

---

<sup>79</sup> Diccionario de la Real Academia Española, 22ª Edición, Editorial Espasa Calpe, Madrid, 2001.

<sup>80</sup> POLAINO-ORTS, Miguel, op. cit., p. 89.



El enemigo no es el ciudadano que cometió un delito y fue tachado socialmente por el simple hecho de haber infringido una norma. Sino que, este ciudadano deberá haberse *ganado* dicha acepción hacia su persona en cuanto viene delinquiendo e infringiendo normas o ha cometido delitos de tal magnitud que lo constituyen en un ser indigno de ser llamado persona, porque no ha mostrado respeto por los otros, ni mucho menos por el ordenamiento jurídico, el cual se impuso a la sociedad para ser cumplido por todos los ciudadanos en aras de lograr el éxito de la convivencia en sociedad.

En dicho panorama, cuando estamos frente a un sujeto que no brinda la seguridad o la confianza de que se reivindicará con la sociedad, corrigiendo su camino y volviendo a respetar el derecho y el sistema jurídico establecido, este sujeto pierde su estatus de persona y es excluido del sistema social ya que no reconoce ni respeta el Derecho, siendo considerado evidentemente como un enemigo. Ya no se considera que su actuar contrario a la norma sea un simple error o desliz personal, sino que se convierte en una fuente de potencial peligrosidad que deberá ser rebatida con una pena que se encargará de desaparecer dicho peligro de la manera más radical posible.

BUSTOS RAMÍREZ refiere que, “el Derecho Penal conoce dos polos o tendencias de sus regulaciones, por un lado, el trato con el ciudadano, en el que se espera que este exteriorice su hecho para reaccionar, con el fin de confirmar la estructura normativa de la sociedad, y por otro, el trato con el enemigo, que es interceptado muy pronto en el estadio previo de su peligrosidad”<sup>81</sup>. Lo cual quiere decir que para el Derecho Penal la sociedad se divide en dos grupos, el primero podrá (potencialmente) cometer un delito, tal es el caso por ejemplo de una persona que estafa a su mejor amigo con la finalidad de obtener provecho del dinero que este ostenta, dicho delito si bien causa una afectación a uno de los sujetos, sin embargo, no tiene relevancia más allá de ambos amigos, no causa peligro para el resto de la sociedad.

Ahora bien, en el segundo grupo encontramos a una persona que comete un delito de alta peligrosidad o gravedad (tal como terrorismo, lesa humanidad, asesinatos o violaciones en serie, etc.), los segundos son sujetos que ya no son perseguidos por

---

<sup>81</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. y HORMAZÁBAL MALAREÉ, Hernán. Lecciones de Derecho Penal. Parte General, Segunda Edición, Editorial Trotta, Madrid, 2006, p. 27.

el hecho específico que habrían cometido, sino por su peligrosidad latente para la sociedad, puesto que no hay esperanza de que reconduzcan su vida de manera idónea. En consecuencia, el delincuente se convierte en un “enemigo” perdiendo de esta manera su estatus de ciudadano.

En algunas ocasiones este enemigo es reprimido y hasta limitado de sus garantías procesales, porque en un primer momento cometió un delito y, ante esta violación a la norma penal, ha quedado sin estatus de persona (porque vulneró los derechos de otras personas) siendo un peligro para el Estado y la sociedad. Con ello es de verse que el punto de referencia para definir a una persona ya no es el hecho cometido en la actualidad, sino la proyección de los hechos que eventualmente está determinado a cometer en el futuro.

Bajo el supuesto antes señalado, el enemigo es aquel individuo que no demuestra contar con el mínimo de razón y entendimiento para ser considerado –mucho menos tratado- como persona; por tanto, a este “ser” se le excluye de la sociedad, ya que ha quebrantado las normas del Derecho. En conclusión, si una persona respeta y actúa conforme a derecho o comete un delito menos gravoso que no afecta o repercute en pluralidad de víctimas, entonces conserva su titularidad para ser tratado como tal (persona) pero, si este individuo transgrede alguna norma que altere la seguridad y convivencia, entonces pierde dicha titularidad y en consecuencia, merece la autoexclusión del ámbito normativo, siendo llamado “enemigo”.

### **3.2. Características del Derecho Penal del Enemigo**

El Derecho Penal del enemigo conlleva a la pérdida del imputado de su condición de persona, siendo que este es tratado como un ser que no cuenta con dignidad ni mucho menos estatus para ser considerado como tal. Por tanto, “en el Derecho Penal del enemigo se renuncia a las garantías materiales y procesales del Derecho penal de la normalidad”<sup>82</sup>. La finalidad es que el “enemigo” ya no cuente con los mecanismos para su defensa y así se pueda evitar que continúe causando peligro para la sociedad. Así las cosas, podemos concluir diciendo que existen algunas características que nos

---

<sup>82</sup> GARCÍA MARTIN, Luis. Modernización del Derecho Penal y Derecho Penal del Enemigo”, Editorial Idemnsa, Lima, 2007, pp. 206.

permitirán saber cuándo estamos frente a un Derecho Penal del Enemigo, las cuales son las siguientes:

- Criminalizar una conducta que es previa al hecho ilícito (por ejemplo: los actos preparatorios).
- Existencia de penas desproporcionales a los hechos realizados.
- Inmiscuir diversidad de hechos como delitos (penalizar indiscriminadamente).
- Restricción de garantías y derechos para los imputados dentro del proceso penal.
- Limitar o restringir los beneficios penitenciarios así como los requisitos establecidos para la obtención de la libertad condicional.

### **3.3. Una comparación entre el Derecho Penal del Enemigo y la Política Criminal del Enemigo**

ROXIN, admite que «la cuestión de cómo debe tratarse a las personas que atentan contra las reglas básicas de la convivencia social y con ello lesionan o ponen en peligro al individuo o a la comunidad constituye el objeto principal de la Política Criminal. La Política Criminal adopta una singular posición intermedia entre ciencia y configuración social, entre teoría y práctica.

Por un lado, se basa como ciencia en el conocimiento objetivo del delito en sus formas de aparición jurídicas y empíricas; por otro lado, pretende, como clase de política, llevar a cabo ideas o intereses concretos. Como teoría, intenta desarrollar una estrategia decidida de lucha contra el delito; pero como también ocurre por lo demás en la política, la realización práctica depende a menudo más de las realidades preexistentes que de la concepción ideológica...»<sup>83</sup>.

Hasta aquí colegimos que, no se tiene un concepto claro acerca de la definición exacta de la Política criminal, toda vez que esta se encuentra vinculada con otros factores sociales, políticos, etc. Citando a DELMAS-MARTY, señala “puede ser que la Política Criminal no sea más que palabras vacías o demasiado llenas de pluralidades de

---

<sup>83</sup> BORJA JIMÉNEZ, Emiliano (2003). Sobre el concepto de política criminal, una aproximación a su significado desde la obra de Claus Roxin. Anuario de derecho penal y ciencias penales, Vol. LVI, Tomo 56, N° 0210-3001, p. 120

significado”<sup>84</sup>, esto en razón a que el estudio de la misma resulta un tanto abstracto y un poco difícil de entender, lo que sí se tiene claro es que “la Política Criminal no es una disciplina independiente, sino una actividad del Derecho Penal que ha de irse adaptando a las transformaciones del presente y futuro inmediato”<sup>85</sup>.

Dicho en otras palabras, el medio por el cual se conoce en la Ciencia Penal es a través de la positivización del mismo mediante de normas, incluyéndose la disciplina que estudia el provecho que pueda obtenerse de dicho medio, dicho provecho o utilidad llamaremos Política Criminal. Comparando este concepto con las otras facultades del Estado podemos ver que este implementa Políticas diversas para poder así mantener un estado social de democracia, tales como Políticas educativas, sanitarias, de inclusión social, etc., por tanto, “no otra cosa es la *Política criminal* que una selección de las prioridades del Estado en esa materia”<sup>86</sup>. En conclusión, podríamos decir que la política criminal constituye la actividad mediante leyes, reformas, etc., que permitan combatir la criminalidad.

En fin, si bien en un Estado de Derecho se podrían implementar medidas de Derecho Penal del Enemigo, es preciso también señalar que el hecho de que se implementen normas penales contra “enemigos” no significa que se haya desvirtuado o viciado la Política criminal ya que existen normas legales e incluso constitucionales que dentro de un Estado de Democrático de Derecho condenan a los imputados desde la perspectiva de un enemigo, tal es el caso de los delitos de terrorismo por ejemplo; sin embargo, mientras no sean llevados por el camino de señalar como enemigos a todos los individuos en general no podría hablarse de una Política Criminal del Enemigo propiamente dicha.

#### **3.4. Crítica al Derecho Penal del Enemigo en la actualidad**

En primer lugar, debe considerarse que el Derecho Penal del Enemigo (tal como lo explicamos anteriormente) desemboca en la “despersonalización” de la persona. Dicho de otra forma, termina quitando el estatus de persona a un individuo, el mismo

---

<sup>84</sup> DELMAS-MARTY, Mireille. Modelos Actuales de Política Criminal, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Madrid, 1986, p. 19.

<sup>85</sup> LÓPEZ-REY ARROJO, Manuel. Compendio de Criminología y Política Criminal, Editorial Temis, Madrid, 1985, p. 148.

<sup>86</sup> POLAINO-ORTS, Miguel, op. cit., pp.256.

que deja de formar parte de la sociedad, siendo rechazado por esta por tratarse de un ser indigno.

Teniendo en cuenta esta conclusión, apoyamos la opinión de GARCÍA MARTÍN, quien refiere retóricamente que: “si el Derecho penal del enemigo se constituye a partir del reconocimiento de sus destinatarios como *no-personas*, entonces parece que habría que partir de la existencia de esta especie de no-personas ya en la realidad previa del Derecho penal del enemigo, pues de lo contrario sería el propio Derecho penal del enemigo el que construiría dicho concepto de un modo completamente autorreferente y, por ello, circular”<sup>87</sup>.

En otras palabras, quiere decir que si para el Derecho Penal del Enemigo la persona que incumple de manera sistemática reglas del ordenamiento jurídico se convierte automáticamente en una no-persona en vista de que no tiene la capacidad cognitiva suficiente como para aportar a la sociedad un actuar diligente y ordenado, cooperando con el resto en el cuidado y respaldo encaminado al bien común. Por el contrario, se trata de un ser que no tiene dicha capacidad, por tanto, infringe la norma reiteradamente; teniendo en cuenta dicha característica del individuo, tendríamos que creer o señalar que previamente a la denominación de no-persona esta persona ya era una no-persona porque no tenía la capacidad para acomodarse al Derecho, ya que en repetidas oportunidades actúa en contra del sistema normativo impuesto.

Sin embargo, es menester precisar que para que una norma sea infringida esta debe ser necesariamente resquebrajada por una persona. Toda vez que el Derecho está compuesto (entre otros) por normas destinadas a seres con inteligencia y voluntad, características que –evidentemente- solo pertenecen a las personas y no a ninguna otra especie sobre la tierra.

Por tanto, el Derecho solo podrá ser infringido por los ciudadanos, quienes son los destinatarios de las normas, tal como lo explica la Teoría del Derecho Penal del enemigo cuando refiere que el Derecho solo podrá ser infringido por las personas. Entonces, cuando hablamos de infracción reiterada de una norma estamos haciendo

---

<sup>87</sup> GARCÍA MARTÍN, Luis. *Modernización del Derecho Penal y Derecho Penal del Enemigo*, Editorial Idemsa, Lima, 2007, p. 280.

alusión también que es un ciudadano (persona) quien la está infringiendo y, por tanto, deberá ser procesado y posteriormente condenado pero, siguiendo evidentemente un procedimiento que es preparado para personas o sea, ciudadanos y no para “no personas”.

Entonces, cuando un sujeto es procesado y juzgado conforme al procedimiento destinado a los ciudadanos, consecuentemente, si sus actos son comprobados, recaerá sobre él consecuencias jurídicas destinadas (obviamente) a ciudadanos. Es evidente que no existe un proceso o un derecho penal restringido para los “enemigos” o “no personas”, toda vez que si bien se podría hablar de una restricción de derechos del imputado, esto es evidentemente inconstitucional y denunciabile por quien se sienta afectado, toda vez que siempre el proceso deberá seguir el camino estipulado tanto en la normativa como en la jurisprudencia penal.

### **3.5. Derecho de Defensa**

El Derecho de Defensa es esencial en el Derecho Penal, sin embargo, no es algo que ha formado parte de este desde el inicio, sino que se ha ido construyendo con el transcurrir del tiempo. Concordamos con MINGARRO, quien sustenta que, “El derecho de defensa responde a una construcción histórica paulatina, acumulativa y sedimental en base a la cual, después de siglos de poderes absolutos, tiranías y anarquías, se ha ido abriendo paso el reconocimiento a unos límites básicos que aseguren que se administra la justicia en términos ajustados al progreso de nuestra civilización”<sup>88</sup>.

Por tanto, es de verse que este Derecho no ha existido desde siempre, sino que ha venido construyéndose a lo largo del tiempo disolviendo los poderes de monarcas y gobernantes que abusando de su cargo o posición mostraban total olvido de los derechos fundamentales de las personas, tal es el caso del Derecho de Defensa que con el transcurrir de los siglos ha ido fortaleciéndose e integrándose en los marcos jurídicos y procesales referentes a la comisión de infracciones normativas.

---

<sup>88</sup> MARTÍ MINGARRO, Luis. Crisis del Derecho de Defensa, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 22.

A través del derecho de defensa se garantiza al imputado el respeto de su derecho para pronunciarse acerca de las imputaciones recaídas en su contra, razón por la cual este tiene la oportunidad de presentar medios de prueba que le permitan acreditar su inocencia o desvirtuar su culpabilidad. Así pues, “la clave y al propio tiempo el límite que no puede traspasarse es el de la indefensión”<sup>89</sup> el mismo que debe estar por encima del imperio del poder que muchas veces se busca usar en contra de los derechos de los ciudadanos a los que se les atribuye la comisión de algún delito.

El Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia ha precisado que el Derecho de Defensa tiene una doble dimensión: Una **material**, referida al derecho del imputado de ejercer su propia defensa desde el mismo instante en que toma conocimiento de que se le atribuye a comisión de determinado hecho delictivo; y otra **formal**, que supone el derecho a una defensa técnica, esto es, al asesoramiento y patrocinio de un abogado defensor de su elección desde que la persona es citada o detenida por la autoridad y durante todo el tiempo que dure la investigación preliminar o el proceso mismo. En ambos casos se garantiza el derecho de no ser postrado a un estado de indefensión en cualquier etapa del proceso, inclusive, como ya se dijo, en la etapa preliminar<sup>90</sup>.

En otros términos, los jueces Constitucionales han brindado dos formas mediante las cuales se ejerce el derecho de defensa, la primera de ellas es cuando el mismo imputado al momento de tomar conocimiento ejerce la defensa de sus propios derechos y la segunda viene a darse cuando el imputado busca el apoyo o respaldo de una defensa técnica, esto es, de una persona especializada en la materia, a fin de poder garantizar una mayor eficacia de la defensa de sus derechos, esta persona vendría a ser evidentemente un abogado, el mismo que se encargará (según lo pactado) de participar en todas o por lo menos una etapa de la investigación.

Consecuentemente, como se ha podido observar, el Derecho de Defensa es sumamente importante, toda vez que ninguna persona puede ni debe quedar desprotegida o indefensa ante cualquier situación de imputación de un delito penal.

---

<sup>89</sup> MARTÍ MINGARRO, Luis, op. Cit, p. 21.

<sup>90</sup> Sentencia del 24 de mayo del 2011, EXP. N| 00910-2011-PHC/TC, HUÁNUCO, Anacleto Eugenio Huarauya Justiniano y otros.

Máxime si se trata de la supuesta infracción de un derecho protegido constitucionalmente, toda vez que la propia Carta Magna señala que “*toda persona 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*” (Artículo 139° inciso 14 de la Constitución Política del Perú). En conclusión, el Derecho de Defensa es un derecho de rango constitucional, lo cual le brinda una importancia superior a muchos otros derechos regulados en nuestro ordenamiento jurídico.

En atención a ello cabe precisar que dentro de nuestro sistema penal existen diversas normas y medidas coercitivas que son clara manifestación del Derecho Penal del Enemigo, tal es el caso de –por ejemplo- el aumento por el máximo legal de penas en casos de reincidencia. En estos casos, los imputados son juzgados en base o con sustento en hechos anteriores a la comisión del delito, que, si bien son también infracciones normativas, es un hecho que el imputado ya pugnó una condena por dichos actos, por tanto, no debería ser castigado de manera extrema con penas superiores a las que le corresponderían normalmente. Es un hecho que en este caso se da una clara expresión del Derecho Penal del Enemigo.

Por otro lado, respecto del artículo 242° inciso d) del Código Procesal Penal, nos encontramos frente a una interrogante que posteriormente será estudiada y explicada, toda vez que tratándose de casos en los que se admitirá facultativamente la declaración de la víctima como Prueba Anticipada deberemos profundizar y determinar si este actuar de los administradores de justicia al restringir el Derecho de Defensa del imputado quien –muchas veces- no cuenta con el tiempo suficiente para formular una defensa eficaz, prima sobre la eficacia del proceso, la misma que se manifiesta en el cumplimiento de los parámetros establecidos por la norma.

### **3.6. Defensa eficaz y debido proceso**

Cuando hablamos de defensa eficaz estamos evidentemente frente a un proceso en el cual se cumple con las medidas constitucionales para brindar protección al imputado, esto es, respetar su derecho a ser escuchado, contar con un defensor, etc. Además, el Derecho de Defensa es un derecho protegido internacionalmente, toda vez que La Convención Americana de Derechos Humanos reconoce en su Artículo 8



inciso 2. d) el *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.*

El derecho de defensa es un derecho imprescindible y debe ser respetado y aplicado a los ciudadanos de una manera eficaz. Toda persona que se encuentre inmersa en un proceso penal (cualquiera sea la etapa) deberá contar con la garantía procesal de que su defensa es llevada eficientemente, evitando su indefensión o la imposibilidad de ser atendido por un letrado que resguarde sus derechos. Entonces, podemos manifestar que: La defensa eficaz exige que al imputado se le garantice en el proceso penal, entre otros, los siguientes derechos<sup>91</sup>:

1. Derecho a ser asistido por un defensor de confianza o de oficio.
2. Derecho a un defensor con los conocimientos jurídicos y experiencia que exige el caso.
3. Derecho a presentar los argumentos que forman parte de la defensa técnica.

Con lo antes descrito, se evidencia que para que un proceso sea llevado con eficacia y respetando el derecho de defensa del imputado, este debe contar con un abogado de su elección (siendo el caso que cuente con los medios suficientes para solventarlo). En tanto, si no cuenta con posibilidades de conseguirlo, el Estado se encuentra en la obligación de proporcionarle uno, el mismo que deberá estar especializado en la materia que defenderá, con la finalidad de brindar una defensa eficaz.

Es importante reconocer que el imputado en todo momento tiene derecho de involucrarse con la defensa presentada por su abogado. En otras palabras, el imputado puede presentar los argumentos que permitan una mayor garantía de la defensa técnica, existiendo entre él y su defensor confianza y comunicación constante, a fin de lograr la eficacia de la defensa. En conclusión, teniendo en cuenta que mediante el derecho al debido proceso (y por ende a la tutela jurisdiccional efectiva): “Se persigue garantizar que cuando una persona pretenda la defensa de sus derechos, la solución de un conflicto jurídico o la aclaración de una incertidumbre

---

<sup>91</sup> HERNÁNDEZ RENGIFO, Freddy (19 de setiembre del 2012), El Derecho de Defensa. Recuperado de <http://freddyhernandezrengifo.blogspot.pe/2012/09/el-derecho-de-defensa-y-la-defensa.html>

jurídica sea atendida por un órgano jurisdiccional mediante un proceso dotado de un conjunto de garantías mínimas”.<sup>92</sup>

Entonces, podemos afirmar que el debido proceso y la defensa eficaz son dos ramas de un mismo árbol que se sostienen entre sí, toda vez que solo cuando un proceso penal es llevado ejerciendo una defensa eficaz, respetando y haciendo valer los derechos del imputado, hablamos de un debido proceso, el cual se lleva a cabo respetando las garantías mínimas que asegurarán un resultado o un juicio justo.

### **3.7. Aplicación del Test de Ponderación al Artículo 242° inciso d): (Principio de Eficacia vs. Derecho de Defensa)**

Mediante una de las últimas reformas al Código Procesal Penal, se estableció en el artículo 242° d) la posibilidad de que la declaración de la víctima (menor de edad) de violación sexual se reciba mediante Prueba Anticipada, ello con la finalidad precisamente de evitar que esta sea nuevamente citada a Juicio Oral a repetir lo sucedido, lo cual puede implicar distintas problemáticas tales como: la revictimización, su desistimiento de continuar con el proceso o su cambio de versión al transcurrir el tiempo. Así tenemos que el supuesto quedó de la siguiente manera:

*Artículo 242°.- Supuestos de prueba anticipada 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: [...]*

*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.*

---

<sup>92</sup> GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás. Nuevo Orden Jurídico y Jurisprudencia Penal, Constitucional Penal y Procesal Penal, Tomo II, editorial ideas, Lima, 2015, p. 748.

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

Ahora bien, para tener una idea de lo que se pretende explicar en el presente apartado, daremos un alcance breve acerca del Principio de Eficacia Procesal, que no más que el cumplimiento de la justicia; esto es, lograr lo que se espera de un proceso, para de esta manera obtener una sentencia justa. Por tanto, debe prevalecer la transparencia y la verdad, pilares fundamentales para que todas las personas que cuentan con capacidad para desenvolverse en el ámbito jurídico y –mucho más- de servicio público sientan que existe una necesidad de obedecer los patrones establecidos por las instituciones jurídicas del Estado, toda vez que su función es averiguar siempre la verdad.

Entonces, para lograr que un proceso sea eficaz debemos tener en cuenta que este debe ser imparcial, sin admitir arbitrariedad, toda vez que de ser el caso, se estaría cayendo en el mero abuso de poder; y, por otro lado, es necesario que el proceso (en todas sus etapas) sea eficaz, porque si en el transcurso de este uno o varios de los operadores de justicia falla, no tiene sentido todo el trabajo hecho anteriormente y, consecuentemente, no logrará con el objetivo final que es obtener orden y paz social.

Teniendo en cuenta que dentro de un proceso existe un conflicto (por el cual se ha llegado a una instancia judicial) en el cual dos partes contrarias entre sí tienen intereses distintos pero a la vez ambos direccionados en ganarle a la otra parte; por tanto, el juez, el fiscal y todos los colaboradores judiciales y procesales están en la obligación de hacer que este procedimiento sea eficaz y no se quiebre en el transcurso del tiempo. Dicho en otras palabras, cada etapa del proceso debe estar dotada de claridad, transparencia y celeridad, solo entonces estaremos hablando de eficacia procesal.

Si bien para las personas inmersas en el proceso las perspectivas pueden ser opuestas, toda vez que la parte favorecida efectivamente se llevará el concepto de que –en razón a una sentencia favorable- el proceso fue eficaz y óptimo; sin embargo, la parte contraria –que no ganó el proceso- se llevará consigo la idea de que no hubo eficacia procesal; sin embargo, dichas posiciones no generan mayor relevancia si es

que el proceso se efectuó respetando todo lo explicado en los párrafos anteriores, toda vez que es perfectamente entendible el conflicto de intereses dentro de un litigio. Sin importar cuál de las partes termina ganando, sino, que el proceso sea llevado con las garantías que la ley establece.

En este punto daremos un breve alcance acerca del segundo aspecto a ponderar en el presente acápite, que viene a ser el Derecho de Defensa que, tal como ya se explicó anteriormente, consiste en el derecho que tienen ambas partes para presentarse a un proceso y ser escuchadas por los órganos impartidores de justicia, en condiciones de igualdad para expresarse y defenderse, debiendo aportar a la parte imputada los medios –en el caso que no los tenga- necesarios para que pueda contar con una defensa eficaz desde el inicio del proceso hasta su culminación.

Dicho en otras palabras, desde el momento en que una persona es detenida al imputársele la comisión de un delito, cuenta con el derecho de ser asesorado legalmente por un letrado (o sea, un abogado), quien le brindará asesoría a fin de resguardar sus derechos en todas las etapas de proceso. Cabe precisar que, por tratarse de un derecho constitucionalmente protegido, si el imputado (en un proceso penal) no cuenta con los recursos económicos para contratar un abogado privado, el Estado está en la obligación de proporcionarle uno de manera gratuita, a fin de lograr una defensa eficaz y un debido proceso.

### **3.8.- Aplicación del Test de Ponderación al Artículo 242° inciso d): (Principio de Eficacia Procesal vs. Derecho de Defensa) en sentido estricto.**

Antes de realizar la comparación y ponderación de los dos puntos antes mencionados, explicaremos de qué se trata el principio de Ponderación o Proporcionalidad. Este Principio ha sido estudiado por basta jurisprudencia nacional, tal es el caso de la STC 0045-2004-AI/TC y STC 00579-2008-PA/TC en las que el Tribunal Constitucional ha brindado parámetros de medición para establecer la ponderación cuando existe conflicto de Principios o Derechos, aplicándose el Test de Proporcionalidad:

En consecuencia, es válido cuestionarnos si el literal d) del artículo 242° del Código Procesal Penal cumple con el Test de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

### **A.- Análisis de idoneidad.**

*La idoneidad consiste en la relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado, a través de la intervención legislativa, y el fin propuesto por el legislador. Se trata del análisis de una relación medio-fin.*

El establecimiento de una norma que permite al fiscal para que este (de manera facultativa) valore la declaración de un menor (supuestamente) víctima de violación sexual como prueba anticipada con la participación del Juez y el Abogado Defensor “a fin de no vulnerar el Derecho de Defensa” no constituye un medio adecuado para lograr el *objetivo*. Se produce inevitablemente la suspensión temporal y potencial de la garantía procesal del imputado frente al proceso, toda vez que este no cuenta con el tiempo suficiente para preparar una defensa eficaz (teoría del caso).

La defensa depende de la primera declaración del supuesto agraviado o agraviada, la misma que resulta siendo –muchas veces- determinante para el Proceso Penal y, por ende, la ejecución de una resolución condenatoria para el imputado. En efecto, una medida tan drástica y hasta –en algunos casos- extremista tiene un impacto en la ejecución del debido proceso penal, toda vez que se estaría visualizando en el imputado a un culpable desde la simple sindicación de la víctima.

Si bien al investigado se le brinda el derecho de contar con un abogado, al tratarse de un proceso rápido, se vulnera el derecho de defensa eficaz, toda vez, que se le acortan los plazos para fijar su estrategia o teoría del caso; por tanto, tal medida es arbitraria y desmesurada, actuándose en el marco de un potencial Derecho Penal del Enemigo, el mismo que prejuzga a la parte imputada en razón a la comisión de un ilícito que (en el caso que nos ocupa) aun ni siquiera se ha comprobado su comisión, por tanto, tal medida es extrema y un tanto desproporcional.

Tal como se ha podido observar, a primera vista, podemos decir que estamos frente a una norma ***inidónea***; sin embargo, para tener un criterio más concienzudo acerca de esta facultad otorgada al Fiscal, continuaremos analizando los demás criterios del test de ponderación.

### **B.- Análisis de necesidad.**

*Bajo este test ha de analizarse si existen medios alternativos al optado por el legislador que no sean gravosos o, al menos, que lo sean en menor intensidad. Se trata del análisis de una relación medio-medio, esto es, de una comparación entre medios.*

Dado que se está analizando una norma que trata acerca de la Prueba Anticipada en un delito de tan alto impacto debemos tener presente que la pena igualmente es alta. Por tanto, el iniciar un proceso haciendo uso de un medio que desde el primer momento se constituye como prueba, estamos frente a un caso en el que el imputado pasa a tener un mayor estado de vulnerabilidad, restringiéndose o limitándose aún más la posibilidad de que este pueda defenderse de manera idónea.

El examen según el Principio de Necesidad importa el análisis de dos aspectos: **(1) la detección de si hay medios hipotéticos alternativos idóneos** y **(2) la determinación de,** (2.1) si tales medios -idóneos- no intervienen en la prohibición de discriminación, o, (2.2) si, interviniéndolo, tal intervención reviste menor intensidad.

En consecuencia, si del análisis resulta que (1) existe al menos un medio hipotético igualmente idóneo que (2.1) no interviene en la prohibición de discriminación o que (2.2), interviniendo, tal intervención es de menor intensidad que la adoptada por el legislador, entonces, la ley habrá infringido el principio-derecho de defensa y será inconstitucional.

Aplicando al caso concreto, debemos determinar si el uso de la medida tomada en el literal d) del artículo 242º del Código Procesal Penal resulta eficaz (Principio de Eficacia Procesal), frente a la limitación del Derecho de Defensa (Principio de Defensa Eficaz).

En este punto, consideramos que si bien la Eficacia Procesal es fundamental para un debido proceso, sin embargo, esta no debe vulnerar las garantías o instituciones procesales que el Derecho Penal ha establecido en un Estado de Democrático de Derecho.

Entonces, concluimos que no es necesaria la norma porque esta impone una obligatoriedad que implica un menoscabo al Derecho de Instituciones procesales que fundamentan todo el sistema penal. En consecuencia, no es necesaria la existencia de la norma (art. 242° d) del Código Procesal Penal) tal cual se encuentra en el ordenamiento procesal, máxime si tenemos en cuenta de todos modos, (haciendo uso o no de dicha norma) se llegará a un resultado, ya sea condenatorio o absolutorio.

***C.- Análisis de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto.***

***El tercer paso del test de proporcionalidad consiste en establecer el peso o importancia de los principios jurídicos en conflicto. Dicha operación debe hacerse aquí siguiendo la ley de la ponderación conforme a la cual, “Cuanto mayor sea la afectación en el ámbito del derecho a la ejecución de las sentencias, mayor debe ser el grado de satisfacción o cumplimiento de los objetivos constitucionales propuestos con la ley.***

En este punto, en sentido estricto o ponderación, proyectada al análisis de la Defensa Eficaz, haremos una comparación entre el grado de realización u optimización del fin constitucional y la intensidad de la intervención en el Debido Proceso. La comparación de estas dos variables ha de efectuarse según la denominada ley de ponderación. Conforme a ésta: ***“Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.***

Como se aprecia, hay dos elementos: la afectación –o no realización– de un principio y la satisfacción -o realización- del otro. En el caso del Derecho de Defensa es este el principio-derecho afectado o intervenido, mientras que el principio, derecho o bien constitucional a cuya consecución se orienta el debido proceso –art. 242° inciso d)- es el fin constitucional. Por esto, la ponderación en el presente caso supone la colisión entre el principio-derecho de defensa y el fin constitucional del debido proceso.

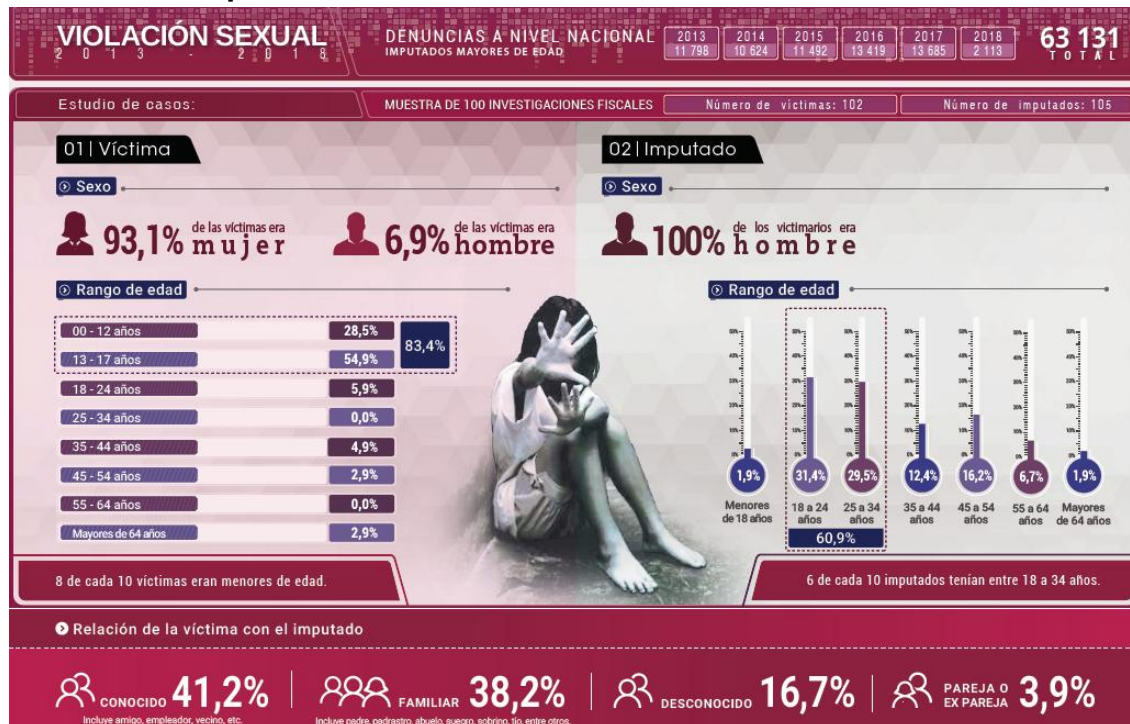
Hemos llegado a la conclusión de que efectivamente el uso desmesurado del artículo 242° inciso d) del Código Procesal Penal afecta el derecho de Defensa del imputado, toda vez que restringe y vulnera el referido derecho en razón a permitir que la declaración de las víctimas sean tomadas como prueba anticipada. Lo cual expone al imputado en razón de que este es visto como un “enemigo” estigmatizando su persona desde el principio del proceso.

Tal es el caso que, si el Estado faculta al Fiscal para que este pueda presentar la declaración de los menores supuestas víctimas de violación sexual, estamos vulnerando el Derecho de Defensa del investigado, quien muchas veces no tiene tiempo para escoger un abogado defensor de su libre elección (imponiéndosele un Defensor Público) con la finalidad de ejercer una defensa eficaz; desarrollar un interrogatorio preparado (contradictorio); por ende, no cuenta con el tiempo suficiente para desarrollar una estrategia de defensa (buscar testigos u otras pruebas para contradecir la declaración de la víctima, etc.), lo cual, a nuestro parecer si bien no constituye una manifiesta expresión del Derecho Penal del Enemigo propiamente dicha, sin embargo, sí se restringen las garantías mínimas del Derecho de Defensa y por ende, se afecta el Debido Proceso. ***En suma, pesa más el Derecho de Defensa frente a la eficacia procesal, es decir, esta última se subyuga al primero, porque en efecto, una autentica eficacia procesal implica un irrestricto respeto a los derechos del imputado, especialmente, de su defensa eficaz.***

### **3.9. La aplicación de la prueba anticipada en delitos de violación sexual de menor en el distrito fiscal de Lambayeque.**



# 1.- Denuncias por delitos de violación sexual a nivel nacional: 2013-2018.



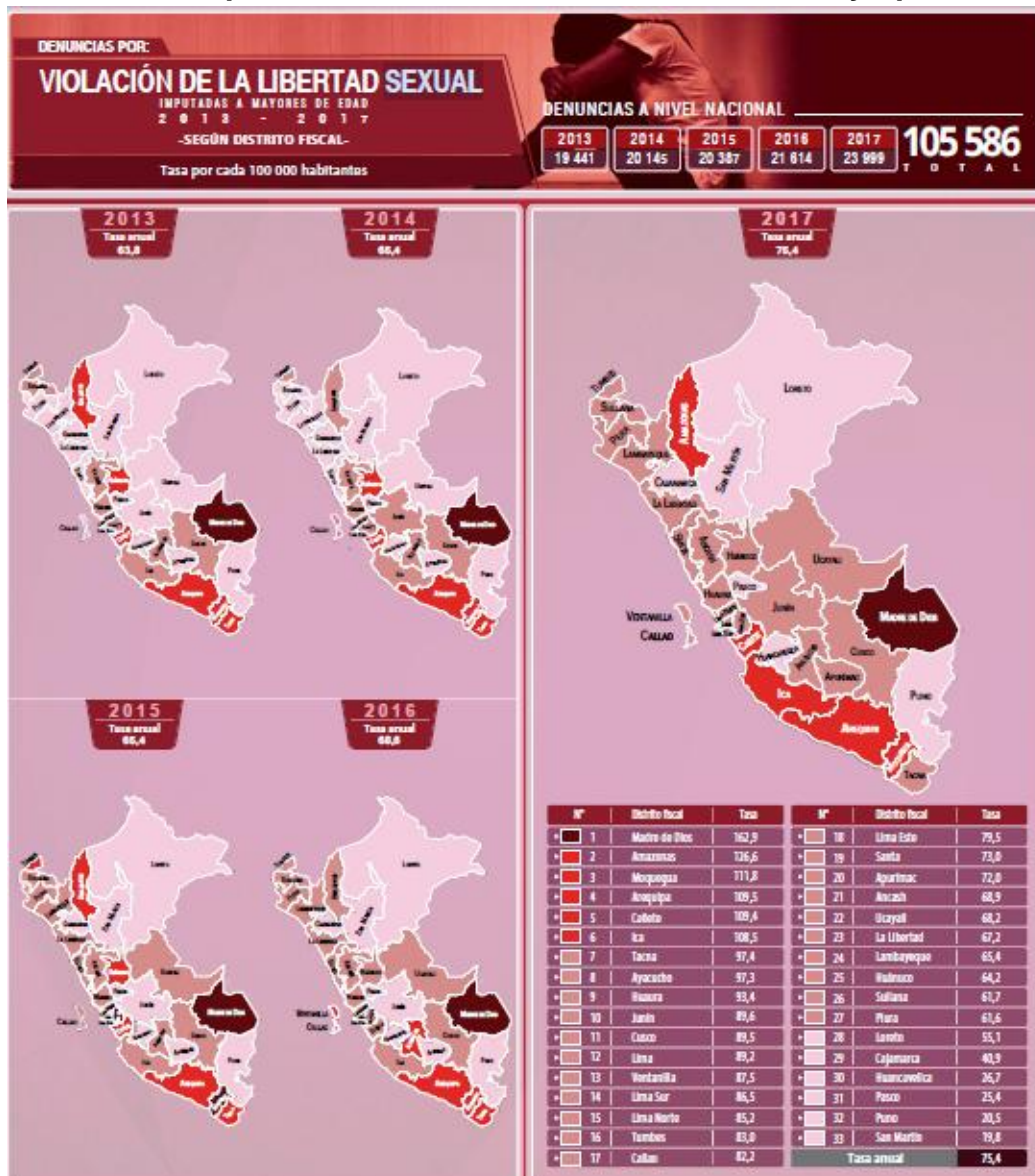
Fuente: Observatorio de Criminalidad del Ministerio Público.

Del gráfico se observa que la comisión de los delitos de violación sexual se ha venido incrementando progresivamente; así, se tiene que las víctimas menores de edad son las más afectadas, pues los delitos cometidos en agravio menores entre 0 a 12 años, constituyen el 28.5% y los agraviados entre 13 a 17 años constituyen el 28.5%, sumando un total de 83.4% del total, cifra que es por demás alarmante.

Por otro lado, el 79.4% de los imputados son personas conocidas o que pertenecen al entorno familiar de la víctima.

Un dato no menos importante es que si bien la mayoría de víctimas de la comisión de este delito son mujeres, también se ha podido observar que el 60% de varones son menores de edad

## 2.- Denuncias por delitos de violación sexual en Lambayeque: 2013-2017.

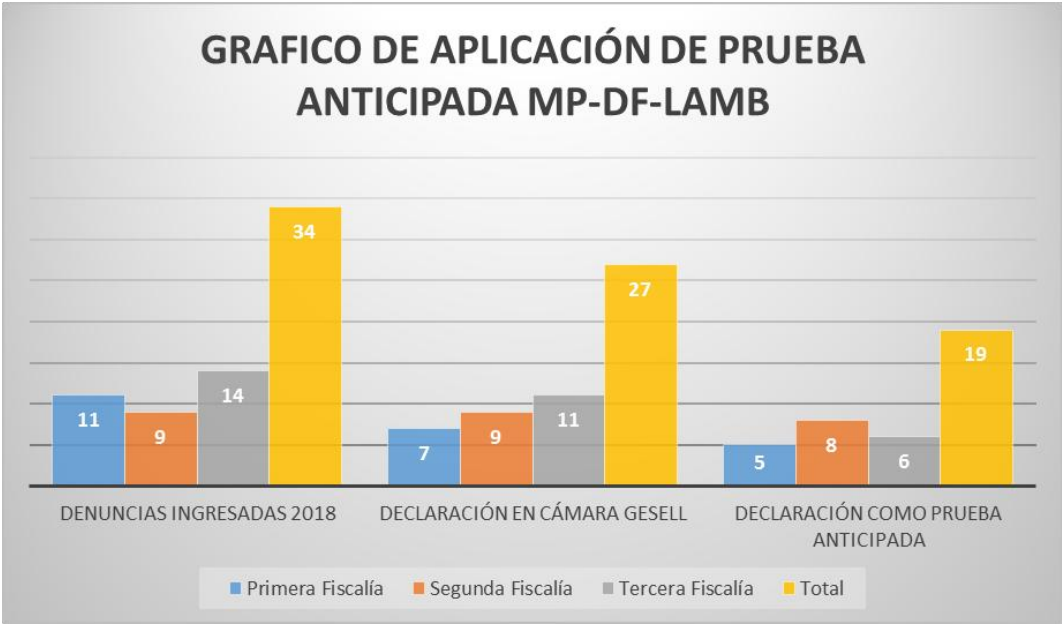


Fuente: Observatorio de Criminalidad del Ministerio Público.

Del gráfico se puede observar que en la región Lambayeque se el número de víctimas de violación sexual constituye al 65.4 % de una muestra de 100 000 habitantes.

**3.- Declaración de menor de edad en el delito de violación sexual como prueba anticipada, aplicada en las Fiscalías Penales Corporativas del Distrito Fiscal de Lambayeque.**

Distrito Fiscal de Lambayeque-Fiscalías Penales				
Delito de violación de menores	Primera Fiscalía	Segunda Fiscalía	Tercera Fiscalía	Total
denuncias ingresadas 2018	11	9	14	34
Declaración en Cámara Gesell	7	9	11	27
Declaración como Prueba Anticipada	5	8	6	19



**Fuente:** muestra aplicada a 35 fiscales del Distrito Fiscal de Lambayeque

En esta muestra se advierte que en el año 2018, a las tres Fiscalías Penales Corporativas ingresó un total de 34 denuncias por el Delito de Violación Sexual de menor de edad. De dicha cantidad, en 27 de los casos ingresados se tomó la declaración de los menores en Cámara Gesell. Finalmente, se observa que 19 declaraciones fueron ofrecidas por el Fiscal, como Prueba Anticipada.

## CONCLUSIONES

- ❖ La declaración de las víctimas menores de edad en los casos de delitos de violación sexual como Prueba Anticipada no es una manifestación del Derecho Penal del Enemigo, propiamente dicha. Sin embargo, no deberá facultarse al Fiscal para ofrecerla como tal en todos los casos, toda vez que se estaría llevando al imputado a una potencial desventaja, restringiendo sus derechos a la Defensa Eficaz y el Debido Proceso, vulnerando potencialmente la presunción de inocencia.
  
- ❖ Si bien la facultad otorgada al Fiscal mediante el Artículo 242° d) del Código Procesal Penal, para ofrecer la declaración de la víctima de violación sexual (menor de edad) como Prueba Anticipada, no resulta de obligatorio cumplimiento, sin embargo, mediante la aplicación de esta norma en todos los casos, se está vulnerando el Derecho de Defensa de los imputados y por ende al Debido Proceso; por tanto, deberán establecerse parámetros para su aplicación, limitando el uso del poder punitivo del Estado y de esta manera se salvaguarden los derechos del imputado.
  
- ❖ El proceso penal es una construcción democrática. Una de sus manifestaciones es el Derecho a Probar. Y en merito a ello *en un Estado democrático de derecho, incluso cuando se trata de deliberar las decisiones acerca de los derechos fundamentales de la persona, como ocurre a menudo en las decisiones relativas al proceso penal, es evidente la necesidad de la participación de la persona en cuestión, ya sea por el requisito de ejercicio contradictorio, ya sea en el ejercicio de lectura amplia, pero esencialmente por medio de argumentos válidos para componer los fundamentos de la decisión judicial.* Es decir, si se va ejercer la acción penal en contra de un individuo y en aras de fortalecer los principios democráticos, debe atenderse en primer lugar al individuo en cuanto fin del Estado y de la sociedad. No podría legitimarse una restricción de la libertad, si esta no es consecuencia del cumplimiento de mínimas garantías como el derecho a probar.

- ❖ En vista de que en nuestro ordenamiento jurídico el único medio para salvaguardar la declaración de las menores víctimas de violación sexual es la Cámara Gesell, podemos concluir que mientras no se implementen otros mecanismos más modernos que la reemplacen, debe utilizarse para el juzgamiento de los delitos de violación sexual en menor de edad, pues de lo contrario se llegaría a colaborar con la impunidad, la misma que debe ser erradicada. En todo caso, es actualmente, necesario su uso, pero bajo ningún supuesto debe ser arbitrario, pues se estaría llegando a lindar con el concepto del Derecho Penal del Enemigo.

### **RECOMENDACIÓN DEL AUTOR**

Al haber concluido en que la norma contenida en el Art. 242° d) del Código Procesal Penal [en adelante CPP] es desproporcional; a su vez, no podemos negar que por ahora, los delitos cometidos en agravio de menores de edad (específicamente violación sexual), requieren del uso de ciertos mecanismos, con la finalidad de no caer en la impunidad, lo cual habría sido pretexto del legislador para impartir el artículo en cuestión.

En este sentido, es viable que para que la aplicación del Art. 242° d) del CPP no se haga de manera indiscriminada y desproporcional, se establezcan parámetros para su aplicación, esto es, solo en ciertos casos el Fiscal estará facultado para solicitar que la declaración de las víctimas de violación sexual (solo en delitos de violación sexual) sea ofrecida como Prueba Anticipada; para lo cual, consideramos conveniente proponer los siguientes parámetros:

**i) El imputado es el padre o madre de la víctima o pariente hasta el tercer grado de consanguinidad;** toda vez que en este caso sí se podría esperar que por factores puramente familiares se opte por “tapar” este problema, abandonando el proceso en el transcurso del tiempo.

**ii) Cuando el imputado ostenta una posición superior a la de la madre o padre de la víctima;** tal es el caso, de tratarse del empleador de alguno

de los padres de esta; en este caso también existe un riesgo de cambio de testimonio toda vez que al tratarse de una persona que tiene un grado superior y que de una u otra forma genera una dependencia laboral con los progenitores de la víctima quienes muchas veces cuentan con escasos recursos, entonces podrían optar por dejarse manipular y desistir del proceso.

**iii) Cuando el imputado es el sustento económico de la familia de la víctima;** en este caso, se puede apreciar que igualmente estos imputados tienen una especie de “poder” sobre la familia, toda vez que al ser quienes mantienen y aportan para los gastos familiares se sentirían superiores, pudiendo así manipular una futura manifestación.

Mientras la norma se encuentre vigente, deberá hacerse uso de estos parámetros para su aplicación, de esta manera no se afectará a la totalidad de imputados, sino que sería especialmente en casos concretos en los que sí se evidencia una potencial revictimización y más aún, un potencial cambio en la declaración de la víctima. Como es el caso de los delitos cometidos por los empleadores de alguno de los padres, el padre propiamente o algún tío o primo y, finalmente también las personas que sostienen económicamente el hogar de la víctima, aportando dinero.

Que, si bien la declaración en la Cámara Gesell como Prueba Anticipada en los delitos de violación sexual en agravio de menores de edad no es un mecanismo de todo eficaz, sin embargo, es el único elemento con el que cuenta el Ministerio Público pueda conseguir condenas en la comisión de los delitos sexuales de menor de edad. Por tanto, este uso no puede ser indiscriminado.

## BIBLIOGRAFÍA

### LIBROS

1. AMBO, Kai. Fundamentos y Ensayos Críticos de Derecho Penal y Procesal Penal, Lima, 2010, p. 103.
2. ANGULO MORALES, Marco A. El Derecho Probatorio en el Nuevo Proceso Penal Peruano, Lima, 2012.
3. ANGULO MORALES, Marco A. El Derecho Probatorio en el Nuevo Proceso Penal Peruano, Lima, 2012.
4. ARCE GALLEGOS, Miguel. El Delito de Violación Sexual. Análisis Dogmático, Jurídico, Sustantivo y Adjetivo, Arequipa, 2010.
5. ASCENCIO MELLADO, José M. Prueba Prohibida y Prueba Preconstituida en el Proceso Penal, Lima, 2008.
6. ÁVALOS RODRÍGUEZ, Constante y ROBLES BRICEÑO, Mery. Modernas Tendencias Dogmáticas en la Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema, Lima, 2005.
7. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel y otros. Manual de Derecho Penal Parte Especial, Tercera Edición, Madrid, 1995.
8. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. Manual de Derecho Penal. Madrid, 1991.
9. BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis y GARCÍA CANTIZANO, María. Manual de Derecho Penal Parte Especial, Lima, 2006.
10. BUOMPADRE, Jorge. Derecho Penal Parte Especial, Tomo I, Argentina, 2000.
11. BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. y HORMAZÁBAL MALAREÉ, Hernán. Lecciones de Derecho Penal. Parte General, Segunda Edición, Madrid, 2006.
12. CARNELUTTI, Francesco. La Prueba. Los grandes temas de Derecho Probatorio, Buenos Aires, 1979.
13. CASTILLO ALVA, José Luis. Jurisprudencia Vinculante Penal, Procesal Penal y de Ejecución Penal Tomo I, Lima, 2016.
14. CASTILLO ALVA, José Luis. Tratado de los Delitos Contra la Libertad e Indemnidad Sexuales. Lima, 2002.

15. Código Procesal Penal Peruano 2004.
16. COLOMO CORREA, Rodrigo. Panorama General de la Prueba en el Juicio Chileno, en La Prueba en el Nuevo Proceso Penal Oral, Santiago de Chile, 2003.
17. Constitución Política del Perú (1993).
18. CUBAS VILLANUEVA, Víctor. El Proceso Penal, Teoría y Práctica, Lima, 2003.
19. CUELLO CALÓN, Eugenio. Derecho Penal, Tomo II, Vol. II, 4ta Edición, España, 1980.
20. DELMAS-MARTY, Mireille. Modelos Actuales de Política Criminal, Madrid, 1986.
21. DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial, Tomo I, 5ta Edición, Bogotá, 1995.
22. Diccionario de la Real Academia Española, 22° Edición, Editorial Espasa Calpe, Madrid, 2001.
23. DONNA, Edgardo. Derecho Penal. Parte Especial, Tomo I, Buenos Aires, 2002.
24. ESPINOZA VÁSQUEZ, Manuel. Delitos Sexuales, Trujillo, 1983.
25. FALCÓN M., Enrique. Tratado de la Prueba, Tomo I, Argentina, 2003.
26. GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás. Nuevo Orden Jurídico y Jurisprudencia Penal, Constitucional Penal y Procesal Penal, Tomo II, Lima, 2015.
27. GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho Penal Parte General, Tomo I, Lima, 2012.
28. GARCÍA MARTIN, Luis. Modernización del Derecho Penal y Derecho Penal del Enemigo, Lima, 2007.
29. GARCÍA RADA, Domingo. Manual de Derecho Procesal Penal, 8va. Edición, Lima, 1984.
30. GONZÁLEZ DE LA VEGA, René. Ciencia Jurídico Penal, México, 2003.
31. HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco. Introducción a la Criminología y al Derecho Penal, Valencia, 1989.
32. HERRERA AÑEZ, Williams. Apuntes de Derecho Procesal Penal, 2da Edición, La Paz, 1995.



33. HURTADO POZO, José. Derecho Penal y Discriminación de la Mujer, Anuario de Derecho Penal, Lima, 1999-2000.
34. JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel. Derecho Penal del Enemigo. Madrid, 2003.
35. JAUCHEN, Eduardo M. Tratado de la Prueba en Materia Penal, Buenos Aires, 2006.
36. LINO ENRIQUE, Palacio. La Prueba en el Proceso Penal Oral, Santiago de Chile, 2003.
37. LÓPEZ-REY ARROJO, Manuel. Compendio de Criminología y Política Criminal, Madrid, 1985.
38. MAIER, Julio. Derecho Procesal Argentino, Tomo I, Vol. B, Buenos Aires, 1989.
39. MARTÍ MINGARRO, Luis. Crisis del Derecho de Defensa, Madrid, 2010.
40. MARTÍNEZ-BASTIDA, Eduardo. Derecho Penal del Enemigo, entre la Seguridad Pública y la Seguridad Nacional, México, 2013.
41. MEZGER, Edmund. Derecho Penal. Parte General, Buenos Aires, 1958.
42. MIRANDA ESTAPRES, Manuel. La mínima Actividad Probatoria en el Proceso Penal, Barcelona, 1997.
43. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. La mínima Actividad Probatoria en el Proceso Penal, Barcelona, 1997.
44. MIXÁN MASS, Florencio. Cuestiones Epistemológicas de la Investigación y de la Prueba, Trujillo, 2005.
45. MONTERO AROCA, Juan. Procedimiento Probatorio (La grandeza a la sumisión de la Ley Procesal), Madrid, 2000.
46. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Derecho Penal. Parte General. Cuarta Edición, Valencia, 2000.
47. MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal Parte Especial, España, 1990.
48. NEYRA FLORES, José Antonio. Manual del Nuevo Proceso Penal & de Litigación Oral, Lima, 2010.
49. NINO, Carlos Santiago. Ética y derechos humanos. Buenos Aires, 1989.
50. NOGUERA RAMOS, Iván. Violación de la Libertad e Indemnidad Sexual, Lima, 2011.

51. NOGUERA RAMOS, Iván. Violación de la Libertad e Indemnidad Sexual, Lima, 2015.
52. NÚÑEZ PÉREZ, Fernando. La Problemática de los Delitos Sexuales en el Derecho Penal, Lima, 2015.
53. NUÑEZ, Ricardo. Derecho Penal Argentino, Tomo IV, Argentina, 1964.
54. PELÁEZ BARDALES, José A. La Prueba Penal, Lima, 2014.
55. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R. Derecho Penal Parte Especial, Segunda Edición, tomo I, Lima, 2014.
56. PEÑA GONZÁLES, Oscar y ALMANZA ALTAMIRANO, Frank. Teoría del Delito: Manual Práctico para su Aplicación en la Teoría del Delito, Lima, 2010.
57. POLAINO-ORTS, Miguel. Derecho Penal del Enemigo: Desmitificación de un Concepto, Lima, 2006.
58. REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. Manual de Derecho Penal Parte Especial, Primera Edición, 2015.
59. REYNA ALFARO, Luis. Los Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexual. Enfoque Dogmático y Jurisprudencial, Lima, 2005.
60. REYNA ALFARO, Luis. Estudio Final: La Víctima en el Sistema Penal. Dogmática, Proceso y Política Criminal, Lima, 2006.
61. ROCCO, Ugo. Tratado de Derecho Procesal Civil, Parte Especial Proceso Cautelar, Tomo V, Bogotá, 1977.
62. ROXIN, Claus, Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito, 2008.
63. SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos de Acceso Carnal Sexual, Lima, 2005.
64. SALINAS SICCHA, Ramiro. Derecho Penal Parte Especial, 3° Edición, Lima, 2008.
65. SALINAS SICCHA, Ramiro. Derecho Penal Parte Especial, 6ta Edición, Volumen 2, Editorial, Lima, 2015.
66. SALINAS SICCHA, Ramiro. Los Delitos de Carácter Sexual en el Código Penal Peruano, 2da Edición, 2008.
67. SAN MARTÍN CASTRO, César y CARO CORIA, Dino. Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexuales, Aspectos Penales y Procesales, 1° Edición, Lima, 2000.

68. SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal 2da. Edición, Lima, 2003.
69. SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal, Lecciones, Lima, 2015.
70. SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal, Tomo II, 2da Edición, Editorial Grigley, Lima, 2000, pp. 900.
71. SEGURA SALAS, Celinda y VILLALTA INFANTE, Marcos, Repertorio de Jurisprudencia Penal, Lima, 2004.
72. SERRANO GÓMEZ, Alfonso. Derecho Penal. Parte Especial, Delitos Contra las Personas, Madrid, 1996.
73. SILVA RAMOS, Jesús María y otros. Lecciones de Derecho Penal Parte Especial, Barcelona, 2011.
74. TALAVERA ELGUERA, Pablo. La Prueba en el Nuevo Proceso Penal, Manual del Derecho Probatorio y de la Valoración de las Pruebas, Edición Cooperación Alemana de Desarrollo GTZ, Lima, 2009.
75. TOMÉ GARCÍA, José A. Derecho Procesal Penal, 2da Edición, Madrid, 1995.
76. VELEZ MARICONDE, Alfredo. Derecho Procesal Penal, Buenos Aires, 1986.

## **REVISTAS**

1. BORJA JIMÉNEZ, Emiliano (2003). Sobre el concepto de política criminal, una aproximación a su significado desde la obra de Claus Roxin. Anuario de derecho penal y ciencias penales, Vol. LVI, Tomo 56, N° 0210-3001.
2. DIEZ-RIPOLLÉS, José Luis. El Objeto de Protección del Nuevo Derecho Penal Sexual, Revista de Derecho Penal y Criminología, Segunda Época, N° 6, 2000.
3. GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, “La presunción de inocencia. Del proceso penal al proceso civil” (Revista Latinoamericana de Derecho, Año III, N° 6, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F.).

4. HURTADO REYES, Martín. Prueba Anticipada, VLex-76591856 [en línea], Versión generada por el campus USAT, 2016, [fecha de consulta: 03 setiembre 2016]. Disponible en: <<http://vlex.com/vid/prueba-anticipada-76591856>>.
5. MONGE FERNÁNDEZ, Antonia. Consideraciones Dogmáticas sobre los tipos penales de agresiones sexuales violentas y análisis de la doctrina nacional”, Revista Peruana de Ciencias Penales, N° 14, Lima, julio 2004.
6. PEÑA LABRIN, Daniel Ernesto. Delitos Informáticos contra la indemnidad y libertades sexuales: Ley N° 30096, Revista Actualidad Penal, Volumen 8, Febrero 2015.
7. PICO I JUNOY, Joan. La Prueba Anticipada en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. En: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía, Tomo de Jurisprudencia 7/2001-Madrid.
8. PIORNO GARCELL, Marien. Derecho Penal del Enemigo ¿Solución o caos?, Revista Aletheia Cuadernos Críticos del Derecho, Número 2-2010.
9. SENDRA GIMENO, Vicente. “La prueba preconstituida de la Policía Judicial”, Revista Catalana de Seguretat Pública”, mayo, 2010.

## **JURISPRUDENCIA**

1. Acuerdo Plenario 1-2011/CJ-116,
2. Acuerdo Plenario N° 1-2011, Fundamento Jurídico 6. Desarrollo del Segundo Tema: Declaración de la Víctima. VII Pleno Jurisdiccional de Las Salas Penales Permanente y Transitoria, Lima, 2011.
3. ACUERDO PLENARIO N° 4-2008/CJ-116 (del 18/07/2008).
4. R.N. N° 2077-2009-Madre de Dios, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República (del 20/08/2009).
5. Sentencia del 24 de mayo del 2011, EXP. N° 00910-2011-PHC/TC, HUÁNUCO, Anacleta Eugenio Huarauya Justiniano y otros.
6. Sentencia del Tribunal Constitucional N° 000-2005-PI/TC del 9 de Agosto de 2006.

7. SENTENCIA N° 01, Corte Suprema de Justicia, Sala en lo Penal, encontrado el [12-06-2017], obtenido en <http://www.poderjudicial.gob.ni/pjupload/spenal/pdf/cpp05.pdf>.

## 8. LINKCOGRAFÍA

9. HERNÁNDEZ RENGIFO, Freddy (19 de setiembre del 2012), El Derecho de Defensa. Recuperado de <http://freddyhernandezrengifo.blogspot.pe/2012/09/el-derecho-de-defensa-y-la-defensa.html>