



**UNIVERSIDAD PARTICULAR
DE CHICLAYO**



FACULTAD DE DERECHO Y EDUCACIÓN

TEMA:

**“VALORACIÓN EN JUICIO ORAL DE LA PERICIA
PSICOLÓGICA EN VIOLACIÓN SEXUAL DE MENOR DE
EDAD, EN LOS JUZGADOS PENALES DE CHICLAYO EN
LOS AÑOS 2016-2017”**

**TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE
ABOGADO**

BACHILLER:

YOANA ELIZABETH SERRATO CHANAMÉ

ASESOR:

MG. JAVIER DÍAZ DIAZ

Chiclayo – Diciembre 2018

VALORACIÓN EN JUICIO ORAL DE LA PERICIA PSICOLÓGICA EN
VIOLACIÓN SEXUAL DE MENOR DE EDAD, EN EL DISTRITO JUDICIAL
DE LAMBAYEQUE, AÑOS 2016 - 2017.”

Presentado por:

Yoana Elizabeth Serrato Chanamé
Autor

MG. Javier Diaz Diaz
Asesor

Aprobado por Jurado

Dr. Lito Becerra Angulo
Presidente

Mg. Hugo Meza Ponte
Secretario

Mg. Eleo Mitridates Grillo Paico

Vocal

DEDICATORIA

A **Dios** por darme la vida y estar siempre conmigo, guiándome en mi vida.

A mi madre.

Por ser mi pilar fundamental y haberme apoyado incondicionalmente, pese a las adversidades e inconvenientes que se presentaron.

A mi hijo GAEL:

Que siempre será la razón de ser y la fortaleza para seguir luchando y cumpliendo cada meta que se me presenta.

A mis abuelos:

Quienes han sido siempre ejemplo de lucha y perseverancia constante.

AGRADECIMIENTO

A ésta prestigiosa universidad Particular de Chiclayo, Facultad de derecho, por contar con catedráticos de mucho prestigio que ayudan a la formación estudiantil, compartiendo sus experiencias profesionales con sus alumnos.

PRESENTACION

En nuestro país, hemos sido testigos de un proceso de severización de la pena aplicable a los delitos Contra la Libertad Sexual, pues el Estado ha priorizado el aspecto represivo para enfrentar la lucha contra la criminalidad en este ítems de delitos, optando por adherirse a la teoría preventiva general de la pena que prevé que ésta debe tener un mensaje intimidatorio dirigido a la sociedad, a fin que sus miembros se abstengan de cometer hechos delictivos ya que de lo contrario serían objeto de sanción con penas severas.

La Corte Interamericana, ha reconocido que “la violación sexual es un tipo particular de agresión que, en general, se caracteriza por producirse en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor o los agresores” y que dada su naturaleza no puede esperarse la existencia de pruebas gráficas o documentales, por lo que la “declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho”, estableciéndose que la toma de la declaración de la víctima, en el marco de un proceso penal, debe realizarse “en un ambiente cómodo y seguro, que le brinde privacidad y confianza, evitándose la revictimización de la víctima, siendo llevado el proceso de entrevista única en Cámara Gesell; del mismo modo es necesario que se realice inmediatamente un examen médico y psicológico completo y detallado por personal idóneo y capacitado, constituyendo la pericia psicológica de la víctima uno de los principales medios de corroboración.

Debido a la razón explicada, considero entendible debatir sobre la valoración de la pericia psicológica en la etapa de juzgamiento por parte del órgano jurisdiccional, estableciéndose si dicho dictamen pericial es determinante en el criterio del juzgador al momento de emitir sentencia.

ABSTRACT

In our country, we have witnessed a process of severity of punishment applicable to crimes against sexual freedom, as the State has prioritized the repressive aspect to face the fight against crime in this crime item, opting to adhere to the general preventive theory of punishment that provides that it must have an intimidating message addressed to society, so that its members refrain from committing criminal acts because otherwise they would be subject to punishment with severe penalties.

The Inter-American Court has recognized that "rape is a particular type of aggression that, in general, is characterized by occurring in the absence of other persons beyond the victim and the aggressor or the aggressors" and that given its nature can not expect the existence of graphic or documentary evidence, so that the "victim's statement constitutes a fundamental proof of the fact", stating that the victim's statement, in the context of criminal proceedings, must be made "in a comfortable and safe environment, which provides privacy and confidence, avoiding the re-victimization of the victim, being carried out the unique interview process in the Gesell Chamber; in the same way it is necessary that a thorough and detailed medical and psychological examination be carried out immediately by qualified and trained personnel, constituting the psychological expertise of the victim one of the main means of corroboration.

Due to the reason explained, I believe it is understandable to discuss the assessment of psychological expertise at the trial stage by the jurisdictional body, establishing whether said expert opinion is decisive in the judgment of the judge at the time of issuing sentence.

INTRODUCCIÓN

En el desarrollo de un proceso penal, muchas veces la única prueba de cargo resulta ser la manifestación del propio agraviado –que se convierte en único testigo-, con lo que se convierte a la valoración probatoria en una verdadera encrucijada. Delitos, sobre todo contra la libertad sexual –en la modalidad de violación de menor de edad-, son los que con más frecuencia presentan estos problemas, pues el juzgador tiene la difícil tarea de desentrañar este testimonio y determinar si constituye prueba válida, de cara a la condena de un imputado. Como es obvio, este tipo de testimonios deben ser valorados en Juicio Oral (por ventilarse los delitos contra la indemnidad sexual bajo la substanciación del procedimiento penal ordinario), para que se respeten todas las garantías constitucionales y, sobre todo, se tutelen principios como el contradictorio, la publicidad y oralidad. Sin embargo, en la actualidad esto no ocurre en todos los casos.

En la presente tesis se analizará en que momento la pericia psicológica del agraviado menor de edad, por delito de violación sexual, tiene la valoración en juicio oral, en los juzgados penales.

En la presente tesis se analizará la valoración de la Pericia Psicológica actuada en la etapa de juzgamiento por el delito de violación sexual de menor de edad, estableciéndose si dicho dictamen pericial es determinante en el criterio del juzgador al momento de emitir sentencia.

INDICE

DEDICATORIA	iii
AGRADECIMIENTO	iv
PRESENTACION.....	v
ABSTRACT	vi
INTRODUCCIÓN	vi

CAPITULO I

MARCO DE INVESTIGACIÓN

1.1.- REALIDAD PROBLEMÁTICA:.....	13
1.2.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	14
1.3.- FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	15
1.4.- JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA.....	15
1.5.- OBJETIVOS.....	16
1.5.1.- General.....	16
1.5.2.- Específicos.....	16
1.6.- HIPÓTESIS	17
1.7.- VARIABLES.....	17
1.7.1.- Variable independiente.....	17
1.7.2.- Variable dependiente.....	17
1.8.- METODOLOGÍA.....	17
1.8.1.- Método	17
1.8.2.- Tipo y nivel de investigación.....	18
1.8.3.- Diseño de contrastación de hipótesis	18

1.8.4.- Población Y Muestra.....	18
1.8.5.- Técnicas de investigación.....	19

CAPITULO II

LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL PERUANO

2.1.- Introducción.....	21
2.2.- Concepto de prueba.....	22
2.3.- Marco Constitucional.....	23
2.4.- Principios que rigen la actividad probatoria.....	25
2.5.- Conceptos Previos:.....	28
2.6.- Objeto de prueba.....	29
2.7.- La Prueba Pericial.....	30
2.8.- Naturaleza jurídica de la pericia.....	31
2.9.- Los peritos en el proceso penal peruano: requisitos.....	32
2.10.- La importancia del peritaje en la etapa preparatoria y en el juicio oral.....	33
2.10.1.- Los peritos: diferencias con los testigos.....	34

CAPITULO III

PERICIA PSICOLÓGICA

3.1.- Definición.....	36
3.2.- Pruebas proyectivas gráficas.....	37
3.3.- Metodología De La Evaluación Psicológica Forense.....	39
3.3.1. - Técnicas de exploración.....	39
3.3.2.- Estructura del Informe psicológico.....	40
Datos De Filiación:.....	40

3.3.3.- Instrumentos de evaluación psicológica.....	41
3.3.4.- Análisis Fáctico:	42
3.3.5.- Conclusiones Psicológicas Forenses.....	44

CAPITULO IV

LA PRUEBA TESTIMONIAL EN EL PROCESO PENAL

4.1.- Aspectos teóricos de la prueba testimonial	46
4.1.1.- Concepto de “testigo” y “testimonio”	46
4.2.- Evolución histórica	49
4.3.- Naturaleza Jurídica del Testimonio (actividad probatoria, fuentes y medios)	51
4.4.- Principios procesales que informan la prueba testimonial	54
4.4.1- Principio de inmediación:.....	55
4.2.- Principio de contradicción:.....	56
4.4.3.- Principio de oralidad:	58
4.4.4.- Principio de publicidad:.....	61
4.5.- Objeto del testimonio	62
4.6.- Momento en que se adquiere la calidad de testigo	64
4.7.- Etapas de formación del testimonio	68
4.8.- Derechos y deberes de los testigos.....	70
4.8.1.- Capacidad para testificar	70
4.8.2.- Deberes de los testigos	71
4.8.3.- El delito de falso testimonio	76
4.8.4.- Derechos de los testigos	78
4.9.- Trámite procesal de la prueba testimonial.....	80

4.9.1.- Requisitos generales de validez del testimonio	80
4.9.2.- Prueba testimonial en las distintas etapas del proceso	80
a.- Fase preparatoria.....	80
b.- Fase Intermedia.....	81
b.- Fase de Juicio	82
c.- Fase de Casación.....	83
4.10.- Procedimiento de revisión	83
4.11.- Testimonios especiales: Protección a las personas menores de edad	84

CAPITULO V

CAMARA GESELL

5.1.- La Cámara Gesell.....	89
5.2.- Antecedentes.....	91
5.3.- Definición.....	91
5.4.- Importancia.....	92
5.5.- Atención única integral a niños y niñas adolescentes víctimas de abuso sexual. .	92
5.6.- Utilización De La Cámara Gesell	93
5.7.- Funcionamiento	94
5.8.-Tipos De Victimización	94
5.9.- La guía de procedimiento.	96
5.10.- El procedimiento de entrevista única	96
5.11.- función y actuación fiscal.....	96
5.12.- Función y actuación del psicólogo del instituto médico legal	97
5.13.- Función del psicólogo.	97

5.14.- Evaluación médico legal.	97
5.15.- Criterios de exclusión para uso de la sala de entrevista única	98

CAPITULO VI

EL JUICIO ORAL EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL

6.1.- El Derecho Constitucional al Juicio Previo	100
6.2.- La necesidad de contar con la etapa del Juicio Oral en el Proceso Penal.	101
6.3.- Principios del Juicio Oral	104
6.3.1.- Principio de inmediación.....	105
6.3.2.- Principio de Contradicción	109
6.3.3.- Principio de Oralidad	111
6.3.4.- Principio de Publicidad	117
6.4.- Principios que orientan la actividad probatoria	118
6.4.1.- Principio de Legalidad	118
6.4.2.- Principio de Legitimidad	119
6.4.3.- Principio de libertad de la Prueba	119
6.4.3.- Principio de pertinencia de la Prueba.....	119
6.4.5.- Principio de conducencia.....	120
6.4.6.- Principio de utilidad	120
CONCLUSIONES	121
RECOMENDACIONES.....	121
BIBLIOGRAFIA	123

CAPITULO I

MARCO DE INVESTIGACIÓN

1.1.- REALIDAD PROBLEMÁTICA:

La problemática que enfoca de la presente tesis es determinar la valoración de la pericia Psicológica actuada en juicio oral por el delito de Violación sexual de menor de edad, en el criterio del juzgador al momento de emitir sentencia, pues se deben proteger dos de los principales bienes jurídicos como son la libertad e indemnidad sexual. Lo primordial en una víctima de violación sexual resulta establecer de manera no solo testimonial, sino también científica psicológica, lesiones físicas o psicológicas en el cuerpo y su salud; y en efecto, es responsabilidad del perito establecer todo vestigio material que se relacione con este delito, teniendo en cuenta la existencia del Acuerdo Plenario N°04-2015/CIJ-116 02-oct-2015. (La Valoración de la Prueba Pericial).

La pericia psicológica de la víctima, suelen constituir uno de los principales medios de corroboración de la declaración de la agraviada.

El perito psicológico es la o el profesional que valora las repercusiones que el daño ha producido en la víctima, tomando en cuenta su singularidad individual, cultural e histórica así como la vigencia actual de los efectos de la violación a los derechos humanos del sujeto evaluado.

En ese sentido la función del “perito es poder traducir el lenguaje subjetivo de la víctima en uno objetivo que transmita al juez y/o fiscal involucrado en el proceso, la singularidad de la vivencia de la víctima, el impacto del mismo y la forma en la que ésta puede ser reparada.

La interrogante que planteamos a nivel global, sería si los resultados oralizados por el perito psicólogo del Instituto de Medicina Legal al Poder Judicial cumplen este perfil. Los mismos magistrados han reconocido que suelen valorar la pericia psicológica en la medida que “determina la presencia de un estresor sexual o cuando menos, condicionantes traumáticas relacionadas con un problema de violencia sexual.

Considerar que las pruebas periciales en los delitos de violación sexual deben ser evaluadas a través de varios controles y no solo respecto a su pertinencia, conducencia y utilidad, tal como lo señala el artículo 352° del Nuevo Código Procesal Penal, pues este artículo regula la valoración en base al control de legalidad sobre la existencia o no de actividad probatoria lícita; sino que también se debe realizar una valoración en sentido estricto, cuyo objeto es determinar tanto si existen elementos de prueba de cargo o inculpativo y, luego, si tal prueba es suficiente o no para condenar.

1.2.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

Nuestro derecho probatorio en materia penal ha asumido el sistema de crítica en materia de valoración de la prueba que exige, por un lado, que el razonamiento de la decisión se base en las leyes de la ciencia, las reglas de la lógica y las máximas de experiencia; y por otro, que dicho razonamiento sea explicitado y sea capaz de explicar por sí mismo el íter lógico de la decisión judicial.

En los últimos años la jurisprudencia ha realizado aportes dirigidos a establecer pautas que cumplan con la exigencia de motivación de las resoluciones, y también ciertas pautas a manera de reglas para la valoración de la prueba. Como es el Acuerdo Plenario N°04-2015/CIJ-116 02-oct-2015.

Los peritos psicólogos del Instituto de Medicina Legal del distrito Fiscal de Lambayeque, constantemente participan en la realización de Pericias Psicológicas, las cuales son oralizadas y explicadas en la etapa de juicio oral, tanto a través del interrogatorio como del contrainterrogatorio, siendo ello el motivo para determinar si el juzgador al momento de emitir sentencia por el delito de violación sexual de menor de edad ha valorado el dictamen pericial psicológico

Para ésta investigación se ha tenido en consideración los siguientes expedientes judiciales:

- **Expediente 1928-2016**
 - **Imputado:** Salgado Orellana Manuel
 - **Delito:** Violación sexual de menor de edad

- **Expediente 5858-2017.-**
 - Imputado Jiménez Heredia Neybol.
 - **delito:** Violación sexual de menor de edad (mayor de 10 y menor de 14 años de edad)

- **Expediente 04455-2017,**
 - **Imputado: Luis Fernando Colunche Delgado.**
 - Delito Violación sexual de menor de edad.

1.3.- FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.

¿En qué medida es determinante la valoración de la pericia psicológica en la etapa de juicio oral, en los procesos del delito de violación sexual de menor de edad, en los juzgados penales colegiados de Chiclayo en los años 2016-2017?

1.4.- JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA.

El presente trabajo de investigación se justifica por que busca analizar la valoración de la pericia psicológica en juicio oral por el delito de violación sexual de menor de edad, y la necesidad de que los juzgadores del distrito judicial de Lambayeque le den la importancia al protocolo pericial psicológico y ésta sea una prueba determinante al momento de sentenciar.

La presente Tesis, la considero de importancia porque permitirá al juzgador en base a las conclusiones psicológicas forenses plasmada en el protocolo pericial psicológico puedan emitir sentencias justas.

Aspectos que le dan la importancia de investigación es que también se busca llegar a conclusiones que permitan ampliar conocimientos académicos para la formación de los operadores de derecho, a la vez de generar propuestas ante las instituciones que ejercen la actividad probatoria en los delitos de violación sexual, sino planteando alternativas coherentes respecto a la debida motivación, teniendo en cuenta la importancia las pericias psicológicas y cuál es la óptica desde el punto de vista del abogado defensor en el área penal, así como del titular de la acción penal y del juzgador.

1.5.- OBJETIVOS.

1.5.1.- General.

- Analizar si las sentencias emitidas por los juzgadores en etapa de juicio oral en los delitos de violación sexual de menor de edad ha sido determinante la valoración de la de la pericia psicológica.

1.5.2.- Específicos.

- ❖ Analizar las pericias psicológicas emitidas por los peritos psicólogos del instituto de Medicina Legal del distrito Fiscal de Lambayeque. (anexo 01 y 02)
- ❖ Analizar las Sentencias emitidas por los juzgados Colegiados del Distrito Judicial de Lambayeque. (anexo 03)
- ❖ Examinar la Valoración de la Prueba Pericial conforme al Acuerdo Plenario N°04-2015/CIJ-116.
- ❖ Determinar que partes de la estructura del informe pericial psicológico, el juzgador toma en cuenta al momento de emitir sentencia en el delito de violación sexual de menor de edad.

1.6.- HIPÓTESIS

Si, se brinda la valoración de la pericia psicológica en la etapa de juicio oral, el delito de violación sexual de menor de edad, entonces será determinante para que el juzgador emita sentencia en los juzgados penales de Chiclayo en los años 2016 – 2017.

1.7.- VARIABLES

1.7.1.- Variable independiente

- Valoración de la pericia psicológica
- Juicio Oral

1.7.2.- Variable dependiente.

- Sentencia condenatoria o absolutoria.
- Juzgados Penales de Chiclayo.

1.8.- METODOLOGÍA

1.8.1.- Método

La investigación Científica

Podemos decir que la investigación científica se define como la serie de pasos que conducen a la búsqueda de conocimientos mediante la aplicación de métodos y técnicas y para lograr esto nos basamos en los siguientes, como son los tablas de valoraciones utilizadas por los peritos psicólogos del Ministerio Público.

Exploratoria: por ser una investigación que pretende dar una visión general de tipo aproximativo respecto a una determinada realidad, en éste caso la problemática de la valoración de la pericia psicológica en delito de violación sexual de menor de edad, en Juicio Oral.

Método de la observación científica

La observación científica como método consiste en la percepción directa del objeto de investigación. La observación investigativa es el instrumento universal del científico. La observación permite conocer la realidad mediante la percepción directa de los objetos y fenómenos.

1.8.2.- Tipo y nivel de investigación

Se determina como una investigación descriptiva.

Nivel

El nivel de investigación es intermedio, es decir descriptiva, toda vez que describimos de qué manera la doctrina, la legislación y la jurisprudencia contempla la valoración de la prueba en los delitos contra la libertad sexual - violación sexual de menor, en el derecho comparado.

1.8.3.- Diseño de contrastación de hipótesis

El diseño de la contrastación de la hipótesis la encontramos en la Jurisprudencia conforme al Acuerdo Plenario N°04-2015/CIJ-116 a través de la Valoración de la Prueba Pericial.

1.8.4.- Población Y Muestra

Población:

La población está compuesta por carpetas fiscales, informes pericial psicológico, sentencias las condenatorias y absolutorias por delitos contra la Libertad Sexual dictadas por las Salas Penales del distrito judicial de Lambayeque.

Muestra

Se ha seleccionado 03 expedientes como referencia de estudio.

- Expediente 2145-2017- imputado por el delito de Jiménez Heredia Neybol M. por el delito de Violación sexual de menor de edad.

- Expediente 5858-2017.- Violación sexual de menor de edad (mayor de 10 y menor de 14 años de edad), siendo el imputado Jiménez Heredia Neybol.
- Expediente 3460-2017, Violación sexual de menor de edad, siendo el imputado Jimmy Alejandro Quintos Ñique

1.8.5.- Técnicas de investigación

Fichas.- que se realizaran de la información obtenida bibliográficamente y otras fuentes de información: internet, folletos, expedientes.

MARCO TEÓRICO.

CAPITULO II

LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL PERUANO

2.1.- Introducción

La prueba es una de las instituciones más trascendentes y de mayor apasionamiento en el proceso judicial, ya que, a través de ella, se busca demostrar la verdad y naturalmente constituye un requisito fundamental para la decisión final del juzgador. Siguiendo a Cafferata Ñores podemos afirmar: "son las pruebas, no los jueces, los que condenaría, de ahí que la prueba se constituya en una garantía fundamental ante la posible arbitrariedad de las decisiones judiciales.

Para Mittermaier en toda sentencia hay una parte esencial que decide si se ha cometido el delito, si lo ha sido por el acusado, y que circunstancias de hecho vienen a determinar la penalidad, y si ello se resuelve afirmativamente, la segunda parte de la sentencia viene a ser corolario inmediato de la primera; el Juez ya no tiene que hacer sino aplicar la sanción penal al hecho averiguado. "La sentencia que ha de versar sobre la verdad de los hechos de la acusación, tiene por base la prueba.

La verdad en el proceso penal requiere ser probada, lo que significa, que el hecho delictivo cometido debe encontrarse acreditado con prueba en el proceso y corresponderse con la descripción del tipo penal.

En materia penal, la doctrina separa las dos fases más importantes del proceso penal (investigación y juicio oral) lo que permite a su vez, distinguir en los actos propios de la investigación y los que corresponden al juicio. Y sobre ellos se

resaltan, en términos de Almagro dos mecanismos jurídicos para asegurar tal separación: a) el juicio de acusación, que se reserva a los jueces y permite el juicio oral; y b) el derecho a la presunción de inocencia, que reclama del juez su pleno convencimiento de culpabilidad a través de la prueba para ser destruida. Estos dos conceptos -explica el maestro español- se mueven en planos antitéticos "pues mientras en juicio de acusación pondera la seriedad y, por lo tanto, el fundamento, lo que hace más formal las sospechas o los indicios que recaen sobre la conducta del acusado, la presunción de inocencia obliga a considerarlo no culpable, en tanto, por medio de las pruebas practicadas en el juicio oral no se llegue a forjar una convicción de culpabilidad."¹

2.2.- Concepto de prueba.

La verdad se alcanza con la prueba. Esta es entonces la demostración de una afirmación o de la existencia de un hecho o de una cosa. La prueba es una actividad de sentido lógico y de uso común y general; es la forma natural de demostración de la verdad de una afirmación.

Para el maestro peruano Mixán Máss² la prueba debe ser conceptuada integralmente, es decir, como una actividad finalista, con resultado y consecuencia jurídicas, que le son inherentes; y que procesalmente, "la prueba consiste en una actividad cognoscitiva metódica, selectiva, jurídicamente regulada, legítima y conducida por el funcionario con potestad para descubrir la verdad concreta sobre la imputación o, en su caso, descubrir la falsedad o el error al respecto, que permita un ejercicio correcto y legítimo de la potestad jurisdiccional penal".

¹ALMAGRO NOSETE, José, *Teoría General de la prueba en el proceso penal*, en *La Prueba en el proceso penal*, AAVV. Consejo general del poder Judicial. Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1992, p. 19 y ss.

²MIXÁN MÁSS, F. *Categorías y actividad probatoria en el procedimiento penal*, Ediciones BLG, Trujillo, 1996, p. 303.

La prueba en materia judicial constituye una actividad pre ordenada por la ley, que se encuentra sometida al criterio de la autoridad judicial y mediante la cual se espera descubrir u obtener la verdad de un hecho controvertido. En tal sentido, para Velez Mariconde la prueba es "todo elemento (o dato objetivo) que se introduzca legalmente en el proceso y sea susceptible de producir en el ánimo de los sujetos procesales un conocimiento cierto o probable acerca de los extremos fácticos de la imputación delictiva"³.

Así mismo la actividad probatoria compete a los sujetos procesales. En consecuencia, como enseña Ortells Ramos, la prueba es una actividad procesal de las partes, dirigida por el Juzgador con fin de la formación de su convicción psicológica sobre los datos de hecho probados, la misma que debe estar sometida a una ordenación, que supone establecer limitaciones y condicionamientos, y también la posibilidad de valoraciones positivas o negativas sobre la eficacia jurídica de la actividad realizada, sin que importen solamente unos efectos de un hecho de haber contribuido a la formación de la convicción⁴.

2.3.- Marco Constitucional

La actividad probatoria se encuentra regulada por la Constitución Política del Estado y también por las leyes internacionales que garantizan los derechos fundamentales de la persona. Conforme a la presunción de inocencia, se debe respetar la consideración de no autor o no partícipe de un delito mientras no se

³VELEZ MARICONDE, A. *Derecho Procesal Penal*, T. I, cit. p. 341.

⁴ORTELLS RAMOS. M., *Derecho Jurisdiccional*, T. III. con MONTERO AROCA, cit. p. 322.

halla declarado judicialmente su responsabilidad (Art. 2º inc. 24, ap. e). También se prohíbe la violencia moral o de tratos inhumanos o humillantes; y la afirmación de la carencia de valor de las declaraciones obtenidas por la violencia. El Art. 2º inc. 24 ap. h) de nuestro texto constitucional es muy claro:

"Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes. Cualquiera puede pedir de inmediato el examen Médico de la persona agraviada o de aquélla imposibilitada de recurrir por sí misma a la autoridad. Carecen de valor sus declaraciones obtenidas por la violencia. Quien la emplea incurre en responsabilidad".

En los Pactos y Convenios Internacionales existe mención expresa a los derechos fundamentales y la actividad probatoria:

"Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a ley" (Art. 14.2 Pacto de Nueva York; 8.2 Pacto de San José). "Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable (Art. 14.3 g Pacto de Nueva York; 8.2 g Pacto de San José). "La confesión es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza" (Art. 8.3 Pacto de San José).

El Código Procesal Penal, a diferencia de la regulación anterior, consagra en su título preliminar que "carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación al contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona" (Art. VIII. 2), lo que permite contar con una amplia protección de los derechos fundamentales en materia probatoria.

2.4.- Principios que rigen la actividad probatoria

Los Principios Fundamentales sobre la prueba son del más alto rango constitucional pues tienen sustento en la Constitución y los tratados Internacionales y se reproducen en las leyes ordinarias. Las mismas constitucionales en materia probatoria se interpretan en relación directa a las normas internacionales que tienen plena vigencia en nuestro sistema jurídico. Por ello pueden ser alegadas y aplicadas en los procesos penales.

La actividad probatoria en el proceso penal se rige por determinados principios, basados en la legalidad de la prueba, que la ordenan y deciden su forma, limitaciones que condicionan su obtención, incorporación y valoración en el proceso penal. Dentro de los principios más importantes en materia de prueba podemos citar los siguientes:

- **Legitimidad de la prueba.** - Se refiere a que la obtención, recepción, valoración de la prueba debe realizarse de conformidad con lo establecido por nuestro ordenamiento jurídico. El Art. VIII del Título Preliminar del CPP 2004 acoge este principio al prescribir que todo medio de prueba será valorado solo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo, careciendo de efecto legal las pruebas obtenidas directa o indirectamente con violación al contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona; asimismo, establece que la inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio.

- **La libertad de la prueba.** - Es uno de los principios más invocados en materia probatoria. La libertad de la prueba se sustenta en la regla de que todo se puede probar y por cualquier medio⁵, salvo las prohibiciones y limitaciones que nacen de la Constitución y el respeto a los derechos de la persona que se consagran. En tal sentido, el fiscal y los defensores están en las condiciones de pedir u ofrecer la actuaciones de pruebas que favorezcan sus pretensiones; por ejemplo, para establecer la conducta que se atribuye ilícita o para descartarla; para establecer el grado de responsabilidad del imputado, o de su eximente; de las circunstancias que agravan o atenúan su conducta; o la naturaleza del perjuicio o daños causado; para desvirtuar las pruebas ofrecidas por la parte contraria, etc. El código procesal penal establece que "las pruebas se admiten a solicitud del Ministerio Público o de los demás sujetos procesales" (Art. 155.2), asimismo establece que "Los hechos de prueba pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba permitido por ley. Excepcionalmente. pueden utilizarse, siempre que no vulneren derechos y garantías".

También se posibilita la limitación de la prueba por el Juez cuando aquella resulte manifiestamente excesiva. Así pues, el juez sólo podrá excluir las pruebas que "no sean pertinentes y prohibidas por la Ley. Asimismo, podrá limitar los medios de prueba cuando resulten manifiestamente sobreabundantes o de imposible consecución" (Art. 155.2).

⁵VELEZ MARICONDE, A. *Derecho Procesal Penal*, T. II, cit. p. 198.

- **La inmediación.-** Este principio significa el conocimiento inmediato, directo y simultáneo de la prueba por el juez con intervención de los sujetos procesales. El conocimiento directo de la prueba (objeto u órgano) es fundamental en el proceso penal y en tal sentido la oralidad juega un rol también importante, así como la concentración lo que se evidencia en el examen del imputado, del testigo, de la víctima así como de los objetos materiales del delito. La inmediación, la oralidad y concentración de la actividad probatoria dinamizan el nuevo proceso penal, lo hacen más ágil y permiten mayor seguridad al juzgador.
- **La publicidad del debate.-** La publicidad como principio rige el juicio oral y en tal sentido, comprende la actuación de la prueba con la posibilidad de que la colectividad pueda conocer de su actuación y debate así como la forma en que es valorada en la sentencia por los magistrados. La prueba se analiza y se discute en el juicio de manera pública, salvo los casos exceptuados por la propia ley empero, siempre será pública cuando se trate del juzgamiento de un funcionario público.
- **La pertinencia de la prueba.-** Las pruebas que se soliciten o se ofrezcan o se actúen en el proceso pena! deben guardar pertinencia con los fines del proceso y en especial, con lo que es objeto de prueba. En tal sentido, el juez no admitirá las pruebas que sean impertinentes o como establece la ley "podrá excluir las que no sean pertinentes". Las pruebas deben de conducir a establecer la verdad sobre los hechos investigados.
- **La comunidad de la prueba.** - El esclarecimiento de la verdad en el proceso penal exige que todos los elementos de prueba existentes en la causa penal, sin atender a que sujeto procesal los propuso u ofreció, debe

ser de conocimiento común de todos los sujetos procesales⁶. Ello significa que las pruebas ofrecidas por la defensa del procesado o del Fiscal, no son de conocimiento exclusivo de la autoridad jurisdiccional, sino que también de aquella que no los ha ofrecido.

De esta manera se busca el equilibrio o igualdad que debe existir en el proceso penal: las partes deben tener las mismas posibilidades de ataque y defensa, sobre todo, tratándose de las pruebas que se incorporan al proceso; de tal manera que una parte carece de facultad para evitar que la contraria o distinta a ella la conozca y la valore en el proceso pues, precisamente, en ello radica la importancia de la prueba. De este principio se deriva el de la unidad de la prueba, pues la actividad probatoria constituye un todo dentro del proceso, aún cuando se obtenga en distintos momentos. La relación jurídico-procesal es una sola y cualquier actividad postulatoria sobre prueba repercute en la otra parte.

2.5.- Conceptos Previos:

Medios, fuentes y órgano de prueba

En doctrina, no existe un criterio uniforme al momento de definir los conceptos básicos en materia probatorio y, pesar que el Nuevo Código Procesal Penal importa una mejora sustancial en cuanto a la teoría de la prueba penal, no define que debemos entender por fuente, medio y órgano de prueba. Comúnmente estos tres términos suelen confundirse y utilizarse como sinónimos.

Sentís Melendo citando al maestro italiano Carnelutti afirma que: "la fuente de

⁶ DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría General de la Prueba Judicial*, T. I, 4ª edición, Medellín, Colombia, 1993, p. 118.

prueba es el hecho del cual se sirve el juez para deducir la propia verdad, el medio de prueba lo constituye la actividad del Juez desarrollada en el proceso⁷." Medio probatorio es el instrumento o mecanismo a través del cual la fuente de conocimiento se incorpora al proceso; por otro lado, las fuentes son elementos que existen en la realidad, independientemente de la existencia del proceso.

Los medios de prueba 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 encuentran condicionadas a la del proceso. Por su lado, las fuentes de prueba están fuera del proceso, son extraprocesales. Por ejemplo tenemos como medios de prueba: la declaración de parte, la declaración de testigos, las inspecciones judiciales; como fuentes de prueba, está el testimonio en sí mismo, el documento (audio, video, fotografía, etc.).

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

2.6.- Objeto de prueba.

La noción del objeto de prueba responde a las siguientes preguntas ¿Qué puede probarse en el proceso penal? ¿Cuál es la materia sobre la que puede actuar la

⁷CARNELum, citado por SENTÍS MELENDO, Santiago. *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*. Ediciones jurídicas Europa - America, Buenos Aires, 1979, p. 147.

prueba?, en tal sentido, el objeto de prueba es todo aquello que debe ser investigado, analizado y debatido en el proceso.

En el proceso penal el legislador ha definido lo que es objeto de prueba en los siguientes términos: "Son objeto de prueba los hechos que se refieran a la imputación, la punibilidad y la determinación de la pena o medida de seguridad, así como los referidos a la responsabilidad civil derivada del delito." (Art. 156.1) De esta manera amplía lo que es objeto de prueba a ámbitos necesarios en el proceso penal e incluso a aquellas reglas referidas a la responsabilidad civil.

2.7.- La Prueba Pericial

Denominase prueba pericial a aquella en cuya virtud personas ajenas a las partes y a los restantes sujetos del proceso, a raíz de un específico encargo judicial y fundados en los conocimientos científicos, artísticos o técnicos que poseen, comunican al juez o tribunal las comprobaciones, opiniones o deducciones extraídas de los hechos sometidos a su dictamen⁸.

Aunque un importante sector de la doctrina niega a la pericial el carácter de medio probatorio y considera, en cambio, que los peritos sólo son auxiliares del juez en la búsqueda de reglas de experiencia ajenas al específico conocimiento jurídico de aquél, con quien colaboran en la valoración de una prueba o en la dilucidación de una duda, cuadra conferir mayor valor persuasivo a la opinión contraria que, atendiendo a la naturaleza funcional de la pericia, pone de resalto que aun cuando el dictamen de los expertos sustituye la percepción directa del hecho por el juez, incorpora al proceso un dato susceptible de generar la convicción judicial acerca

⁸ SAEZ COMBA, J. M.: "La prueba pericial psiquiátrica en el procedimiento penal", en La prueba en el proceso penal. Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid, 1992, p. 415

de la existencia o inexistencia de los hechos sobre los que versa el proceso, siendo tal circunstancia, la finalidad genérica de la prueba⁹.

Debe entenderse que el art. 172 del NCPP incluye ambas posibilidades en tanto dispone que “el juez podrá ordenar pericias siempre que para conocer o apreciar algún hecho o circunstancia pertinente a la causa, sean necesarios o convenientes conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o técnica”¹⁰. Cuadra añadir que, en ciertos casos, la práctica de la prueba pericial resulta necesaria. Tal lo que ocurre para ordenar la cesación de la reclusión del imputado en un manicomio o el tratamiento de desintoxicación y rehabilitación aplicado al condenado o procesado que dependiere física o psíquicamente de estupefacientes.

2.8.- Naturaleza jurídica de la pericia.

Acaso sea este extremo de la naturaleza -junto con el de la valoración- uno de los más controvertidos a la vez que emblemáticos de la prueba pericial. Centrándome ahora en el primero, debo avanzar que no ha habido ningún estudioso que al ocuparse del técnico no se haya pronunciado sobre el debate posicional, caso en el que además, y significativamente, ha tenido que enfrentarse de modo previo con el concepto de prueba en general.

⁹ En ese sentido ver, entre otros, ALSINA, *Tratado Teórico-Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, t. III, 2ª ed., Buenos Aires, 1960, pág. 473;

¹⁰ Art. 172 – Procedencia.- La pericia procederá siempre que, para la explicación y mejor comprensión de algún hecho, se requiera conocimiento especializado de naturaleza científica, técnica, artística o de experiencia calificada.

2. Se podrá ordenar una pericia cuando corresponda aplicar el artículo 15º del Código Penal. Ésta se pronunciará sobre las pautas culturales de referencia del imputado.

3. No regirán las reglas de la prueba pericial para quien declare sobre hechos o circunstancias que conoció espontáneamente aunque utilice para informar las aptitudes especiales que posee en una ciencia arte o técnica. En este caso regirán las reglas de la prueba testimonial.

Soy consciente de que en el párrafo anterior he apuntado Un haz de temas que son por sí solos merecedores de tratamientos aislados, aunque aquí y ahora me limitaré a esbozarlos no sin concluir esquemáticamente con algunas de las secuelas propias de la asunción de una a otra postura, corriendo no obstante el riesgo de estereotipar extremos sólo separables analíticamente.

2.9.- Los peritos en el proceso penal peruano: requisitos

Subjetivos.- Son sujetos de la prueba pericial el juez (o el fiscal en el sistema de investigación penal preparatoria o tribunal (como destinatarios y eventuales proponentes) las partes (como proponentes) y el perito o peritos que se designen para realizar las correspondientes diligencias, siempre que se encuentren legalmente habilitados para ello y no se hallen afectados por las causales de incapacidad e incompatibilidad que se analizarán más adelante.

Aunque, como regla, sólo pueden ser peritos, las personas físicas, por su nombramiento de acuerdo al inc. 1 art. 173 del NCP, por el inc. 2 del mismo artículo, el juez se halla autorizado a solicitar informes a academias, corporaciones, institutos y entidades públicas o privadas de carácter científico o técnico cuando el dictamen pericial requiriese operaciones o conocimientos de alta especialización.

Objetivos.- Desde el punto de vista de su idoneidad, el objeto de la prueba analizada requiere, por lo pronto, la pertinencia a la causa de los hechos o circunstancias sobre los cuales debe versar el dictamen pericial.

Tales hechos o circunstancias deben, asimismo, ser susceptibles de percepción

directa por los peritos (no, por consiguiente, a través de informes) y adecuarse a la especialidad de quienes son designados en esa calidad. Resulta asimismo inidónea la prueba pericial cuando, pudiendo acreditarse el hecho o hechos a través de otros medios, aquélla debe reputarse inútil o sobreabundante.

Por otra parte, el Art. 173 establece que es el Juez y, durante la Investigación Preparatoria, el Fiscal o el Juez de la Investigación Preparatoria (en los casos de prueba anticipada), quienes son competentes para nombrar un perito. Se escogerán especialistas donde los hubiere y, entre éstos, a quienes se hallen sirviendo al Estado, los que colaborarán con el sistema de justicia penal gratuitamente. En su defecto, lo hará entre los designados o inscritos, según las normas de la Ley Orgánica del Poder Judicial¹¹.

2.10.- La importancia del peritaje en la etapa preparatoria y en el juicio oral.

No obstante las diferencias ya anotadas entre los actos de investigación y de prueba, ambos comparten un elemento en común que es su manera de procesar elementos probatorios. Mientras los actos de investigación tienen por objeto obtener estos elementos, los actos de prueba tienen por objeto incorporarlos al debate contradictorio con el objeto de formar la convicción del tribunal que ha de producir la decisión de absolución o condena.³-Al derecho procesal penal no le es indiferente la forma en que se obtienen y se incorporan los elementos de prueba, porque en un Estado democrático es precisamente esta actividad la que crea mayor riesgo de violación a los derechos fundamentales de las personas. La

¹¹ Sin embargo, se podrá elegir dos o más peritos cuando resulten imprescindibles por la considerable complejidad del asunto o cuando se requiera el concurso de distintos conocimientos en diferentes disciplinas. A estos efectos se tendrá en consideración la propuesta o sugerencia de las partes.

reconocida tensión existente entre estos derechos y las necesidades de la persecución penal surge de la constatación de que los medios generalmente considerados más eficientes para investigar los delitos son precisamente los que afectan en mayor medida los derechos fundamentales.

Dentro de dicho contexto, durante la Investigación Preparatoria, el Juez de la Investigación Preparatoria o el Fiscal, en los casos de prueba anticipada, nombrará un perito. Esta selección que se realiza entre los especialistas se hará única y exclusivamente con el propósito ya señalado de búsqueda de la verdad. A su vez, esta colaboración deberán hacerla gratuitamente (Art. 173 NCPP)¹².

En cuanto a la labor del perito durante el Juicio Oral, de acuerdo al Art. 181 el examen o interrogatorio del perito en la audiencia se orientará a obtener una mejor explicación sobre la comprobación que se haya efectuado respecto al objeto de la pericia, sobre los fundamentos y la conclusión que sostiene. Tratándose de dictámenes periciales emitidos por una entidad especializada, el interrogatorio podrá entenderse con el perito designado por la entidad.

2.10.1.- Los peritos: diferencias con los testigos

Aunque el perito y el testigo se hallan vinculados por la circunstancia de ser ambos órganos de prueba y, como dice FLORIÁN¹³, “personas deponentes”, se diferencian, fundamentalmente, en cuanto:

¹² Al respecto, el mismo Art. 173 del NCPP establece que, en su defecto (la selección de los peritos), lo hará entre los designados o inscritos, según las normas de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Sin embargo, se podrá elegir dos o más peritos cuando resulten imprescindibles por la considerable complejidad del asunto o cuando se requiera el concurso de distintos conocimientos en diferentes disciplinas. A estos efectos se tendrá en consideración la propuesta o sugerencia de las partes

¹³ Citado por CAFFERATA NORES, J. "*La prueba en el proceso penal*", Depalma, Buenos Aires, 1986, Pág. 121.

Mientras el testigo narra, el perito valora.

La declaración testimonial debe versar sobre hechos pasados, y el dictamen pericial, en cambio, puede tener por objeto la comprobación y enjuiciamiento de hechos pasados, presentes y futuros.

En tanto que el testigo declara acerca de hechos percibidos fuera y con independencia del proceso, el perito informa sobre juicios o comprobaciones realizadas con motivo de aquél y a raíz de un específico encargo judicial;

En virtud de la especial relación que generalmente tiene el testigo con los hechos es, como regla, insustituible, al tiempo que el perito es, por el contrario, sustituible o fungible en tanto sus conocimientos son comunes a todas aquellas personas que componen el sector de su especialidad técnica.

Corresponde sin embargo recordar, por un lado, que el testigo puede también declarar sobre las deducciones que ha extraído de los hechos percibidos, las que valen como conclusiones subjetivas; y puntualizar, por otro lado, que si aquél posee además conocimientos técnicos el valor probatorio de su declaración puede inclusive prevalecer sobre el testimonio común en cuanto la capacitación técnica del testigo lo habilita para describir con mayor precisión los hechos de que se trate.

CAPITULO III

PERICIA PSICOLÓGICA.

3.1.- Definición.

Las pericias psicológicas constituyen un elemento clave en el proceso de justicia y reparación. En ese sentido, es importante señalar algunas recomendaciones en cuanto a la metodología que se debe emplear en la elaboración de las mismas, en los casos específicos de mujeres que han sido víctimas de violencia sexual durante el conflicto armado interno.

Al respecto, el Protocolo de Estambul⁷ (Nueva York y Ginebra, 2001) señala: Que “es importante tener en cuenta que no todas las personas que han sido torturadas llegan a padecer una enfermedad mental diagnosticable. Pero muchas víctimas experimentan profundas reacciones emocionales y síntomas psicológicos”.

Más adelante dicho documento refiere: “que las particulares repercusiones culturales, sociales y psicológicas que la tortura tiene influyen sobre su capacidad para hablar de ella y describirla, lo que debe tomarse en cuenta cuando se va a evaluar a un ser humano. La investigación transcultural revela que los métodos fenomenológicos o descriptivos son los más adecuados para tratar de evaluar el impacto en estos casos”.

Por ello, proponemos que un concepto psicológico que nos puede ayudar a evaluar el impacto que tiene la violencia sexual en conflicto armado en las mujeres víctimas de la misma es el “proyecto de vida”.

El objetivo general de un peritaje psicológico en casos de violencia sexual en conflicto armado interno debería ser: Explorar la afectación en el proyecto de vida de las mujeres que fueron víctimas de violencia sexual durante conflicto armado interno.

D'Angelo (2000)

Refiere que el “proyecto de vida” es un constructo que hace referencia a una categoría que articula la identidad personal-social de las personas en las perspectivas de su dinámica temporal y posibilidades de desarrollo futuro.

Según este autor, el proyecto de vida es un modelo ideal sobre lo que el individuo espera o quiere ser y hacer, que toma forma concreta en la disposición real y sus posibilidades internas y externas de lograrlo, definiendo su relación hacia el mundo y hacia su sí mismo, su razón de ser como individuo en un contexto y tipo de sociedad determinada.

3.2.- Pruebas proyectivas gráficas

Las pruebas proyectivas tienen una ventaja significativa en relación al resto de pruebas psicológicas y es que no están intermediadas por el lenguaje, a diferencia, por ejemplo, de los cuestionarios. Por esta razón, habría una mayor apertura a la variable cultural en su construcción, en tanto se plantea como consigna que la persona evaluada realice un dibujo. Luego de ello, se le pide que escriba una historia en relación al dibujo realizado, lo que en casos como éstos debe ser adaptado, pidiéndole a la mujer víctima que narre una historia y será el o la evaluadora quien tome nota de la misma.

Es importante tener en cuenta que la interpretación de la información tiene que hacerse a la luz de la variable intercultural y de género, pudiendo encontrarse en el dibujo elementos que no sean comunes a los dibujos de personas que provienen de un contexto occidental. Los gráficos que consideramos que aportan información, siempre y cuando sean evaluados teniendo en cuenta los enfoques señalados, son:

- ❖ **Figura Humana de Machover:** Esta prueba gráfica nos permite hacer una evaluación de la imagen corporal que la persona tiene de sí misma. Asimismo, es importante tomar en cuenta que en los casos de violencia sexual, la imagen corporal se verá afectada en la mayoría de los casos; por lo tanto, esta prueba y el relato que haga la mujer acerca del dibujo serán claves.
- ❖ **Figura Humana Bajo la Lluvia:** Esta prueba permite evaluar los recursos y fortalezas de la persona, a la vez que hacer un análisis de cómo responde y cómo se protege ante situaciones de crisis. Nos brinda la imagen corporal que tiene la persona de sí misma bajo condiciones ambientales desagradables y sus estrategias de afrontamiento (Negrón, O. et al., 2004)¹⁴.
- ❖ **Figura del Árbol:** Esta prueba, al igual que la figura humana bajo la lluvia, permite evaluar el funcionamiento de la persona evaluada, la relación con el medio que la rodea y sus recursos y fortalezas. Puede aportar información que sume a lo registrado a través de la Figura Bajo la Lluvia.

¹⁴ NEGRÓN, O., DE JOHNG, S. y PARODI, D. (2004). Análisis Psicométrico de indicadores de estrés. En: Revista Venezolana de Psicología Comunitaria. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.

- ❖ **Test de las Dos Personas:** Esta prueba nos permitirá evaluar la afectación de la persona en el nivel de los vínculos interpersonales. Provee mucha información acerca de la posibilidad de relacionarse de forma saludable, de recibir gratificaciones o no, a través de las relaciones interpersonales.

3.3.- Metodología De La Evaluación Psicológica Forense.

3.3.1. - Técnicas de exploración.

a) Observación de conducta. Es la descripción objetiva de la apariencia física y de las manifestaciones conductuales que expresa el evaluado a través de los signos observables, para lo cual se tendrá en cuenta cambios fisiológicos (inflexiones de voz, movimientos corporales, postura, temblor de las manos, etc.) así como actitud (defensiva, hermética, entre otras) presentadas durante la evaluación.

b) Entrevista clínico forense. Se propone una entrevista de tipo semiestructurada que permite la narrativa libre, las aclaraciones propias de la investigación, evaluar la presencia de indicadores de afectación emocional, proporcionar información sobre la dinámica del evento violento, así como la existencia de condiciones de vulnerabilidad del evaluado.

Según Arce y Fariña (2005) la entrevista clínico forense es la “entrevista llevada a cabo por un entrevistador entrenado y con conocimientos de psico-patología, consiste en pedir a los sujetos que relaten en un discurso narrativo libre los síntomas, conductas y pensamientos que tienen en el

momento presente en comparación con el estado anterior al delito. [...] Es por ello que la entrevista no es en formato de interrogatorio, sino no directiva y orientada a la reinstauración de contextos”.

c) Instrumentos de evaluación psicológica. Constituyen un conjunto de herramientas auxiliares que sirven para evaluar cualitativa y cuantitativamente las diferentes áreas de la persona evaluada.

3.3.2.- Estructura del Informe psicológico

La evaluación se realiza respetando la siguiente estructura:

Datos De Filiación:

Se consignan los datos de identificación del evaluado.

MOTIVO DE EVALUACIÓN:

a. Relato:

Se consigna en este apartado, la solicitud de evaluación que se indica en el oficio (perfil de personalidad, maltrato psicológico, estado emocional, etc.).

b. Historia Personal:

c.- Antecedentes Patológicos:

- Enfermedades: Significativas que han requerido tratamiento u hospitalización.

- Tratamiento psicológico o psiquiátrico. Consumo de medicamentos. Autolesiones (edad, motivos),
- Accidentes: Significativos con pérdida de conocimiento o lesiones graves.
- Operaciones: Las que refiera.

d.- Historial de denuncias:

Solicitud de garantías personales (Gobernación), denuncias (Defensorías Municipales del Niño y Adolescentes-DEMUNA, Centro Emergencia Mujer-CEM), denuncias policiales, denuncias fiscales, procesos judiciales, entre otros, en calidad de víctima o de agresor.

3.3.3.- Instrumentos de evaluación psicológica.

Considerando las diferencias individuales, culturales y la naturaleza del caso a investigar, así como la diversidad de instrumentos y pruebas psicológicas que existen en la actualidad, el psicólogo elegirá a su criterio el instrumento a utilizar.

Dentro de los instrumentos de evaluación se considerarán de acuerdo a áreas, las siguientes:

Organicidad: Determina indicadores de probable lesión orgánica cerebral y/o madurez perceptual.

Inteligencia: Evalúa capacidades cognitivas y su funcionamiento. En

caso se presuma de retraso mental, aplicar el instrumento psicométrico pertinente para conocer el coeficiente intelectual y áreas en déficit.

Personalidad: Evalúa los rasgos y mecanismos psicológicos, aspectos del carácter y de la personalidad de un individuo.

Estado emocional: Considera manifestaciones de la ira, capacidad de afronte y adaptación. Estados de ansiedad y/o depresión. Sesgos cognitivos.

Dinámica familiar; Determina relaciones interpersonales entre los integrantes de la familia, involucra aspectos de comunicación, interacción, estructura y organización de la familia, grado de control que ejercen unos miembros sobre los otros.

3.3.4.- Análisis Fáctico:

Descripción del evento violento (Manifestación de maltrato): características, contexto, presencia o persistencia del estresor (episodio único, agudo, crónico, recurrente).

Determinar la repercusión o impacto: sobre la salud mental del niño, niña o adolescente examinado, sintomatología, reacciones psicológicas (por ejemplo: rabia, desánimo, deseo de venganza, sensación de desamparo, insensibilidad, miedo, aislamiento, entre otras) o indicadores de afectación emocional encontrados.

Propensión a la vulnerabilidad y condiciones de riesgo: Habilidades sociales y factores socioculturales condicionantes que influyan actualmente en el evaluado.

Dinámica Familiar: Tipo de familia y análisis de la dinámica (Apego. Relación con figuras parentales. Estilos de crianza. Aceptación de los métodos disciplinarios).

En casos de DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL, también consignar:

En caso de adultos y adultos mayores:

- **AREA SEXUAL:** Identificación con su género y rol de asignación. Señalar la presencia de indicadores de alteración (disfuncionalidad sexual, inestabilidad en su interacción con el sexo opuesto, etc.).

En caso de niños, niñas, adolescentes:

- **ÁREA SEXUAL:** Identificación con su género de asignación. Reconocimiento de esquema corporal. Conocimientos acordes a su edad. Diferencias entre caricias y toques negativos. Señalar la presencia de indicadores de alteración.

3.3.5.- Conclusiones Psicológicas Forenses.

La Guía propone las siguientes conclusiones:

En casos de adultos y adultos mayores:

1. **Diagnóstico.** Signos y síntomas actuales de la presunta víctima relacionada con el evento violento: Diagnóstico clínico forense (Ver anexo 5). CIE 10: Clasificación diagnóstica códigos Z (Ver anexo 8).
2. **Evento violento.** Hecho o conjunto de situaciones que han sido denunciados como violencia y que son motivo de investigación. Ejemplo: evento único de agresión, conflictos de pareja, conflictos de intereses, dinámica de violencia familiar, entre otros.
3. **Personalidad.** Describir los rasgos, aspectos del carácter y de la personalidad de un individuo. Considerar los criterios del CIE 10.
4. **Vulnerabilidad o riesgo.** Identificar la existencia de una condición de vulnerabilidad o ausencia de la misma así también determinar los factores de riesgo si lo hubiera (Ver anexo 6d),
5. **Respuesta a los requerimientos de los operadores de justicia.** A pedido de los jueces, fiscales y policías como por ejemplo: perfil de personalidad, coeficiente intelectual, grado de peligrosidad, entre

otros.

No es posible determinar valoración del daño psíquico en niños, niñas y adolescentes con la guía de valoración del Daño Psíquico en personas adultas víctimas de violencia intencional del Instituto de medicina Legal y ciencias forenses, la cual ha sido diseñado sólo para adultos.

6. **Recomendaciones.** Lo pertinente acorde al caso evaluado (terapia psicológica, evaluación psiquiátrica, evaluación social, entre otros).

CAPITULO IV

LA PRUEBA TESTIMONIAL EN EL PROCESO PENAL

4.1.- Aspectos teóricos de la prueba testimonial

4.1.1.- Concepto de “testigo” y “testimonio”.

En su tratado de Derecho procesal penal explica el profesor Roxin que un “testigo” es aquella persona que, sin estar excluida de esa posición por un papel procesal de otro tipo (v. gr. víctima y actor civil), debe dar a conocer sus percepciones sobre los hechos al juez por medio de una declaración¹⁵.

Como bien apunta Irigorri Díez, la prueba testimonial es un medio probatorio importante que ha resistido las críticas que se le han formulado a través de muchos años, teniendo vigencia en la actualidad dentro de los procedimientos acusatorios¹⁶. Este mismo autor ensaya una definición de “testimonio”, indicando que por éste se entiende aquella relación libre y meditada que una persona hace ante el juez, acerca de los hechos antecedentes, coetáneos o subsiguientes a los acontecimientos delictuosos, por lo que puede hablarse de testigos ante facto, in facto y ex post facto¹⁷.

Por su parte Devis Echandía propone dos definiciones de “testimonio”, una en sentido estricto y una en sentido amplio: en la primera, el testimonio es un medio

¹⁵ ROXIN, Claus. Derecho Procesal Penal. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001, p. 219.

¹⁶ Sin duda alguna en el sistema procesal penal costarricense, aún y cuando se ha constatado un importante avance en las ciencias forenses y en la práctica de pruebas periciales complejas que permiten esclarecer hechos que hasta hace apenas unos pocos años hubiere resultado imposible, la prueba de testigos continúa ostentando importancia trascendental en la determinación de las afirmaciones de las partes.

¹⁷ IRAGORRI DÍEZ, Benjamín. Curso de Pruebas Penales. Bogotá, Editorial Temis, 1983, pp. 67-68.

de prueba que consiste en la declaración representativa que una persona -que no es parte en el proceso en que se aduce- hace a un juez con fines procesales, sobre lo que sabe con respecto a un hecho de cualquier naturaleza. En sentido amplio, es testimonio también esa declaración, cuando proviene de quien es parte en el proceso en que se aduce como prueba, siempre que no perjudique su situación jurídica en ese proceso, porque entonces sería confesión¹⁸.

Para Cafferata Nores el testimonio es la declaración de una persona física, recibida en el curso del proceso penal, acerca de lo que pueda conocer por la percepción de sus sentidos sobre los hechos investigados, con el propósito de contribuir a la reconstrucción conceptual de éstos. Para este autor, el concepto de testimonio requiere algunas precisiones:

- El testigo debe tratarse de una persona real, pues sólo éstas pueden percibir y transmitir percepciones, en tanto que las personas jurídicas se comunican a través de sus representantes.
- Se excluye la declaración del sospechoso de haber participado en el delito, cuya versión no puede ser considerada testimonio; en cambio se incluye a la víctima y al actor civil en el campo de los testigos¹⁹.
- El testigo por lo general debe ser citado a participar en el proceso penal, aunque se admite que éste pueda presentarse de manera espontánea.
- Al declarar, el testigo realiza una manifestación de conocimiento: por lo general lo hará oralmente, respondiendo de viva voz al interrogatorio,

¹⁸ DEVIS ECHANDÍA, ob. cit., pp. 33-34

¹⁹ La Sala Tercera, empero, ha señalado que no existe impedimento para que un imputado sentenciado declare como testigo en un juicio oral seguido contra otro coimputado, siempre y cuando su declaración sea voluntaria (Cf. Voto 2005.1341 del 23 de noviembre de 2005)

salvo que tenga algún impedimento físico que no se lo permite (en cuyo caso debe recurrirse a varios métodos para facilitarle la comunicación).

- Le declaración debe realizarse dentro del procedimiento
- El testigo debe declarar sobre lo que conozca y que tenga relación con los hechos investigados, es decir: i).- al hecho delictivo, a las circunstancias que lo agraven y al daño ocasionado; ii).- a los posibles autores, cómplices o instigadores del delito, a las condiciones sociales de éstos y los motivos que pudieron determinarlos a delinquir.
- El conocimiento que puede tener el testigo sobre los hechos investigados deberá haberlo adquirido antes de ser llamado y por percepción sensorial: expresará lo que vió, oyó, olió, gustó o tocó.
- Al testigo se le escucha porque se espera obtener de él algún dato útil para descubrir la verdad, es decir, idóneo para proporcionar conocimiento sobre los hechos investigados y lograr su reconstrucción conceptual²⁰.

Nuestro Código Procesal Penal no contiene una definición de “testigo”, a diferencia de otras figuras procesales como la víctima (art. 70 CPP), indicando el legislador que ésta a su vez puede tener la doble condición, pues no solamente se le reconocen sus derechos procesales como afectado por el delito, sino también puede ser llamado a rendir declaración como testigo de los hechos (art. 71 CPP). Igualmente nuestro ensaya una definición de perito, como aquella persona que posee conocimientos especiales sobre una técnica, ciencia o arte y que puede

²⁰ CAFFERATA NORES, ob. cit., pp. 94-96.

prestar servicio a la administración de justicia aportando sus conocimientos al Juez de manera que pueda éste apreciar adecuadamente el contenido de un elemento de prueba cuyo análisis requiere conocimientos especiales (arts. 213 y 214 CPP).

Tratándose claramente de un concepto procesal normativo, que por su naturaleza requiere la precisión a través de juicios de carácter ético-social-normativo, el legislador ha preferido dejar al juzgador la responsabilidad de precisar, en cada caso concreto, cual sujeto que es traído al proceso a reproducir sus percepciones sobre los hechos objeto del thema probandum, puede ser considerado testigo.

4.2.- Evolución histórica

Señala Florián que la prueba por testigos no surgió al mismo tiempo que el proceso penal; se requirió cierto desarrollo de éste para diferenciarse un tanto del proceso civil, de manera tal que las partes no fueran factores predominantes de prueba, y que el formalismo cediera terreno como criterio dominante, como método prevaleciente, es decir, se hizo necesario cierto sentimiento de confianza en el prójimo, siendo que una vez superadas las primeras fases del proceso penal, la prueba por testigos se infiltra en él, se introduce poco a poco en su desarrollo, lo acompaña en todas sus vicisitudes, se convierte en elemento integrante del proceso y refleja, en su estructura, su cambiante expresión²¹.

²¹ FLORIÁN, ob. cit., pp. 72-73.

Siguiendo la exposición sintética que realiza el autor Yesid Reyes Alvarado en su trabajo sobre la prueba testimonial, se puede decir que la evolución histórica de esta última se estudia con base en la construcción de tres grandes etapas:

a).- La etapa de la presunción de veracidad: Las primeras referencias a la prueba testimonial pueden encontrarse en el Código de Manú (12 siglos AC), que estatuye reglas que posteriormente fueron acogidas por los romanos. Esta primera fase del desarrollo histórico se caracteriza por la confianza plena en la prueba testimonial, pues en aquella época se partía de la presunción de que el hombre siempre decía la verdad. Sin embargo, se establecían algunas limitaciones en cuanto a quienes podían ser admitidos como testigos (v. gr. se excluían los esclavos, impúberes e incluso a las mujeres), limitación que tenía un trasfondo social y político, pues las declaraciones de los nobles eran preferidas sobre los que no fueran considerados “moralmente aptos”, estimación que dependía de la clase social, trabajo y títulos de cada persona. En la antigua Roma se utilizó una fórmula mucho más sencilla para limitar la recepción de testimonios de quienes no se estimaban dignos de credibilidad, prohibiendo la declaración de los que no tenían status de ciudadanos romanos. Posteriormente, en la Edad Media, por la influencia de los derechos romano y canónico fueron catalogados como “sospechosos” los testigos respecto de quienes existían razones para desconfiar.

b).- La etapa de desconfianza: Superada la fase mística, surgen los primeros escritos dedicados al análisis de las circunstancias que rodean la recepción y valoración del testimonio, que mostraron las enormes imprecisiones que suele contener una declaración judicial y los autores se preocuparon más por señalar inconvenientes que por señalar formas de evitarlos y disminuirlos, lo que

generó la edición de catálogos de “defectos” que contribuyeron a mermar la credibilidad del testimonio; se abandonó la presunción de veracidad por una de “mendacidad”, para de esta forma centrarse en el análisis de pruebas –técnicas- que por no ser personales ofrecían mayor posibilidad de confiabilidad para la reconstrucción del hecho.

c).- Etapa científica: Con el desarrollo del derecho procesal se dio una revisión más detenida de los medios probatorios, empezando por las dificultades propias de la prueba testimonial; se acudió entonces a otras disciplinas científicas, como la psicología y la lógica judicial que facilitaron el planteamiento de verdaderas reglas para la recepción y valoración de la prueba testimonial, de manera que su estudio dejó de depender de consideraciones puramente empíricas, pasando su valor a depender del análisis lógico y psicológico que hagan de las diferentes circunstancias que rodean cada declaración individualmente considerada y no de una arbitraria presunción²².

4.3.- Naturaleza Jurídica del Testimonio (actividad probatoria, fuentes y medios)

Tal como apunta Alemañ Cano, la prueba puede definirse como la actividad procesal cuyo fin es concordar las afirmaciones fácticas con los hechos y circunstancias realmente acaecidos; la actividad probatoria proyectada sobre dichas afirmaciones introducidas en el proceso, han de posibilitar al órgano decisorio la obtención de un determinado grado de convicción con respecto a éstas. Señala este mismo autor que las fuentes de prueba son los elementos existentes en la realidad anterior y extraña al proceso, y existen independientemente a éste. Por otro lado, los medios de prueba se constituyen

²² REYES ALVARADO, Yesid. *La prueba testimonial*. Bogotá, Ediciones Reyes Echandía y Abogados Ltda., 1988, pp. 5-6.

como la exteriorización procesal de esas fuentes; éstas, para fijarse en el proceso, necesitan un instrumento adecuado: los medios de prueba establecidos en la ley procesal.

En este orden de ideas, el testigo conoce los hechos aún antes de generarse el proceso –la fuente--; pero sólo repercutirá en aquel si logra penetrar en el proceso como medio –prueba testifical—por lo que el testigo considerado como fuente de prueba ha de ser necesariamente una persona física y su declaración vertida en el proceso (testimonio, prueba por excelencia), medio de prueba personal y de carácter instrumental²³.

De esta forma, como medio de prueba el testimonio constituye una declaración de ciencia o conocimiento referida a hechos o circunstancias que no persigue determinados efectos jurídicos, siendo que esta declaración bien puede corresponderse o no con la verdad de los hechos y en ese caso se obtendrá, o no, una determinada eficacia, pero en ambos supuestos se estará ante la presencia de un testimonio, de manera tal que puede afirmarse que el verdadero presupuesto de éste se encuentra constituido por la representación de un hecho y no por su percepción, ni la realidad del hecho representado, que bien puede faltar, sin que por eso deje de ser un testimonio²⁴.

Nuestra Sala de Casación se ha pronunciado indicando que testimonio es aquél que se produce en juicio, en la inmediación de las partes, con el contradictorio, de manera que la prueba se origina frente a los interesados, que pueden lograr la información necesaria gracias al interrogatorio y al contacto directo con el

²³ ALEMAÑ CANO, Jaime. *La prueba de testigos en el proceso penal*. Publicaciones de la Universidad de Alicante, 2002, pp. 26-27.

²⁴ VARELA, ob. cit., p. 162.

deponente, reiterando a su vez que la denuncia no es un testimonio, si más bien la noticia del hecho, con la información que las autoridades lograron –y discriminaron- de la víctima o denunciante. Su interés procesal es fungir como un dato histórico cronológico de su interposición, en espera de que la información esencial del suceso se mantenga y coincida con la narración en juicio, aún cuando en este último escenario puede ser mucho más amplia, detallada o incluso podría suceder que en debate por el transcurso del tiempo algunos detalles se hayan olvidado y de allí que pueda hacerse uso de la información de la denuncia para el interrogatorio, razón por la cual no procede, comparar al mismo nivel ambas, pues una es registro escrito de información y la denuncia como tal constituye prueba testimonial²⁵.

De acuerdo con lo expuesto hasta acá, podemos entonces sintetizar los elementos que integran la naturaleza jurídica del testimonio, siguiendo a Devis Echandía, de la siguiente forma:

- ❖ Es un acto jurídico conscientemente ejecutado
- ❖ Es un acto procesal
- ❖ Es un medio de prueba judicial
- ❖ Es una prueba indirecta, personal, representativa e histórica
- ❖ Consiste en una narración de hechos relacionados con el thema probandum de la causa penal

²⁵ Cf. Voto N° 2007-01479 de las diez horas del catorce de diciembre del dos mil siete.

- Es una declaración específica (una especie del género amplio de las declaraciones)
- Es una declaración de ciencia de carácter representativo, lo que significa que cuando el juez percibe el hecho del testimonio, necesariamente se determina en él la idea de otro hecho, el representado, sea que exista o no, ya que puede suceder que no corresponda a la realidad, como cuando el testimonio es falso o equivocado, por lo que el verdadero presupuesto del testimonio es la representación de un hecho y no su percepción o la realidad del hecho representado, el cual puede faltar sin que por ello deje de ser testimonio²⁶.

4.4.- Principios procesales que informan la prueba testimonial

Apunta Climent Durán²⁷ que las pruebas testimoniales deben sujetarse a una serie de principios básicos, que deben ser respetados porque constituyen la garantía de que la declaración testifical se ha hecho ante la presencia de un Tribunal, de las demás partes interesadas y del público en general —con las excepciones previstas por la misma ley— y que las partes han podido preguntar y repreguntar a los testigos declarantes, en defensa de sus respectivos intereses. Estos principios son tan importantes que su vulneración puede ser determinante de la nulidad de la declaración testimonial, con la consecuente imposibilidad de tomar en consideración o valorar el contenido de dicha declaración:

²⁶ DEVIS ECHANDÍA, ob. cit., pp. 36-38.

²⁷ CLIMENT DURAN, ob. cit., pp. 113-141

4.4.1- Principio de inmediación:

En circunstancias normales, la prueba testifical ha de practicarse, siempre que sea posible, ante la presencia del tribunal sentenciador, esto porque la verdadera fuerza o valor probatorio que tiene la prueba testifical radica en el hecho de que se procede ante la presencia inmediata de los jueces, siendo que la observancia de este principio tiene una decisiva influencia a la hora de conformar el convencimiento judicial, como determinante que es del pronunciamiento hecho por el tribunal sentenciador, sea condenatorio o absolutorio.

En nuestro sistema procesal penal se considera que el Principio de Inmediación es propio de la fase de debate (art. 293 CPP), de acuerdo con el cual el debate debe realizarse de manera ininterrumpida con la presencia de todas las partes, de manera que la prueba debe evacuarse en frente del Tribunal para que éste pueda apreciarla y valorarla directamente (arts. 328, 351 y 352 CPP)

Ahora bien, los numerales 71, 234 y 293 CPP establecen la posibilidad de la recepción de la prueba testimonial a través de medios tecnológicos como la videoconferencia a distancia, en la que por sistemas electrónicos se entrevista a una persona que se encuentra en un sitio distinto al asiento del Tribunal. Sobre este punto la Sala Tercera se ha pronunciado indicando que el artículo 234 del Código Procesal Penal permite la videoconferencia como herramienta para recibir una declaración, pues, su uso no conlleva la eliminación de garantías o facultades de las partes, ni mucho menos afectan el sistema institucional. Igualmente, el artículo 6 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial permite la utilización de estas herramientas tecnológicas para la transmisión de actos

judiciales, aunado al hecho de que la video conferencia permite observar “en vivo” a quien declara y permite la interacción de las partes con esa persona, siendo entonces posible realizar un verdadero interrogatorio, a la luz de los demás elementos debatidos en juicio. Es decir, hace posible la recepción directa en juicio de la declaración, independientemente de dónde se halle el declarante, en cambio, el anticipo jurisdiccional de prueba: constituye una excepción a la oralidad, que sólo permite la inclusión en debate de una pieza documental, la cual, si bien es cierto se levanta en una diligencia regida por el principio de oralidad, no permite una óptima relación con quien rinde la declaración. Además, el anticipo jurisdiccional está previsto para supuestos en que el declarante no va a estar presente en juicio, que olvidará aspectos esenciales o que mediará algún obstáculo difícil de superar (como por ejemplo la coacción o amenaza a un testigo) que incidirían sobre la declaración. En ese sentido, la videoconferencia resulta más beneficiosa que el anticipo jurisdiccional de prueba para el amplio ejercicio del derecho de defensa²⁸.

4.2.- Principio de contradicción:

La prueba testifical ha de producirse contradictoriamente, esto es, ante la presencia física del imputado, quien a través de su abogado defensor ha de poder interrogar a los testigos comparecidos a petición del mismo, y también ha de poder conainterrogar a los testigos de cargo comparecidos a petición de la acusación pública o particular

Excepciones

²⁸ Voto N° 2007-00682 de las nueve horas quince minutos del veintinueve de junio de dos mil siete

- Testigos protegidos: De acuerdo con lo establecen los numerales 71 y 204 bis CPP, cuando su conocimiento represente un riesgo para su vida o su integridad física del testigo y/o la de sus familiares, con motivo de su denuncia o intervención en el proceso, éste tendrá derecho a que se reserven sus datos de identificación, como nombre, cédula y domicilio, números de teléfono o lugar de trabajo y que no consten en la documentación del proceso; además tendrá derecho a mantener reserva de sus características físicas individualizantes, cuando, por la naturaleza del hecho, estas no sean conocidas por el imputado u otras personas relacionadas con él, sin perjuicio del derecho de defensa. Ya propiamente en la fase de debate, dispone el numeral 351 CPP que para la recepción del testimonio de una víctima o de un testigo protegido, el tribunal dispondrá que se haga en las condiciones y por los medios tecnológicos que garanticen la protección acordada, en especial cuando sea necesario mantener reserva de las características físicas individualizantes del declarante, como su rostro o su voz, garantizando siempre el interrogatorio de las partes.
- Testigos especiales: El numeral 212 CPP dispone que cuando deba recibirse la declaración de personas menores de edad víctimas o testigos, deberá considerarse su interés superior a la hora de su recepción; para ello el Ministerio Público, el juez o tribunal de juicio que conozca de la causa y según la etapa procesal en la que se encuentre, adoptarán las medidas necesarias

para que se reduzcan los trámites y se reciba el testimonio en las condiciones especiales que se requieran, disponiendo su recepción en privado o mediante el uso de cámaras especiales para evitar el contacto del menor con las partes. Con respecto a éstos, dispone el numeral 351 CPP que para garantizar los derechos del menor, el tribunal podrá disponer que se reciba su testimonio en una sala especial, o con el uso de cámaras especiales o de los medios tecnológicos disponibles, que faciliten a la persona menor de edad el relato, sin el contacto con las partes, cuando ello sea recomendado.

Nuestra Sala Tercera ha avalado la actuación de Tribunales que acuerdan, a solicitud del Ministerio Público y con el propósito de disminuir los efectos de la revictimización, permitir la recepción de testimonios de víctimas menores de edad sin la presencia de los encartados en la sala de debates, atendiendo a que, precisamente, se investigaban graves hechos de violencia ejecutados contra ellas por el justiciable, considerando la Sala que dicha medida posee pleno asidero jurídico en instrumentos internacionales que ordenan a las autoridades públicas luchar contra la violencia sobre las mujeres y ajustar sus actuaciones para limitar la revictimización y evitar que el proceso penal sea el escenario de una nueva forma de violencia o signifique la perpetuación o reiteración de la ya sufrida²⁹.

4.4.3.- Principio de oralidad:

Se satisface mediante la comparecencia personal de los testigos durante el acto del juicio oral, contestando a viva voz a las preguntas de las partes

²⁹ Cf. Voto N° 2008-41 de las 9:25 hrs. Del 25 de enero de 2008.

acusadoras o acusadas les hagan, todo lo cual es oído por el Tribunal sentenciador, como el destinatario final que es la declaración testifical.

Este principio se encuentra consagrado en el numeral 333 CPP, de acuerdo con el cual la audiencia será oral; de esa forma deberán declarar el imputado y las demás personas que participen en ella. Quienes no puedan hablar o no puedan hacerlo de manera inteligible en español, formularán sus preguntas o contestaciones por escrito o por medio de intérpretes, leyendo o traduciendo las preguntas o las contestaciones. Nuestra Sala de Casación ha señalado del respeto a este principio deviene la necesidad de la declaración efectiva del testigo para someterlo a los principios que rigen el debate³⁰.

³⁰ En el voto N° 2005-1252 del 7 de noviembre del 2005 se indica lo siguiente: “...Esta Sala tiene claro que, conforme se indicó líneas atrás, el juicio oral es la fase principal del debate, de donde la decisión que se llegue a adoptar dependerá esencialmente de los elementos probatorios que en el mismo se lleguen a evacuar con plenas garantías de participación y contradictorio, todo lo cual se dejaría de lado si se admite la tesis que aquí sostiene la fiscal recurrente. Si bien la jurisprudencia de esta Sala ha admitido la posibilidad de incorporar por lectura la denuncia, pues conforme al artículo 334 del Código Procesal Penal ésta es una de varias excepciones a la oralidad del juicio, no puede perderse de vista que tal elemento documental no constituye sustento principal y decisivo del fallo, sino como uno adicional que puede llegar a valorarse en conjunto con otros recibidos y ponderados en debate, todo ello en la medida en que no se cause perjuicio grave e irrazonable a los intereses del imputado, porque el citado procedimiento no se puede emplear para violentar la protección debida al encausado, principalmente en lo que atañe a su derecho de defensa: “...esta Sala no advierte ningún vicio por el hecho de que en este asunto, como una excepción a la oralidad, se procediera a incorporar por lectura -y a valorar- la denuncia que en su oportunidad presentara el menor ofendido MSM, ello a pesar de que el mismo no pudo hacerse comparecer al juicio (cfr. folio 139, línea 16 en adelante), pues tal facultad viene autorizada por el artículo 334 del Código Procesal Penal. Éste incluso ha sido el criterio reiterado que sobre el tema ha mantenido la Sala Constitucional, al señalar que: “... ya esta Sala ha indicado en oportunidades anteriores que la posibilidad que establece el numeral 334 del Código Procesal Penal (más restrictivo aún que el artículo 384 del Código de Procedimientos Penales anterior) de incorporar por lectura prueba al debate, debe entenderse como un procedimiento excepcional que se admite únicamente cuando se da alguno de los casos establecidos taxativamente en los incisos del citado artículo. Dicho trámite debe admitirse únicamente cuando sea indispensable para resolver el caso sometido a conocimiento del tribunal, **en la medida en que no se cause perjuicio grave e irrazonable a los intereses del imputado, porque el citado procedimiento no se puede emplear para violentar la protección debida al encausado, principalmente en lo que atañe a su derecho de defensa**, así como tampoco se puede coartar la posibilidad de participación del interesado en rendir declaración en el debate. Dentro de este marco debe examinarse el valor de la prueba incorporada por lectura al debate y su incidencia a la hora de dictar el fallo condenatorio, a efecto de establecer, a la luz de los principios enunciados, si en el caso concreto ha existido quebranto a la garantía del debido proceso, por haberse tomado en consideración para resolver, prueba no aportada legalmente o

Excepciones:

- Anticipo jurisdiccional de prueba: Dispone el numeral 293 CPP que cuando sea necesaria la práctica de un acto definitivo e irreproducible, que afecte derechos fundamentales, o cuando deba recibirse una declaración que, por algún obstáculo difícil de superar, se presuma que no podrá recibirse durante el juicio, o bien, cuando por la complejidad del asunto, exista probabilidad de que el testigo olvide circunstancias esenciales sobre lo que conoce o cuando se trate de personas que deben abandonar el país, el Ministerio Público o cualquiera de las partes podrá requerir al juez que la realice o reciba. Cuando se trate de un testigo o una víctima cuya seguridad, vida o integridad física corran riesgo con motivo de su participación en el proceso y se presuma, razonablemente, que su declaración en juicio no será posible, pues el riesgo no se reducirá o podría aumentar, el Ministerio Público, el querellante o la defensa, solicitarán al juez que ordene la recepción anticipada de su testimonio. Dicha prueba, conforme lo establece el numeral 327 CPP, también puede solicitarse durante la fase de debate, en el que el tribunal podrá ordenar que se reciba cualquier prueba que sea urgente o

no incorporada de forma idónea al debate" (sentencia número 2000-10816 de las catorce horas cuarenta y nueve minutos del seis de diciembre del dos mil) ...", Voto N° 232-01, de las 14:34 horas del 10 de enero de 2001 ..." (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto N° 757-04 de las 11:16 horas del 25 de junio de 2004.) Con base en las razones se expuestas, se declara sin lugar en todos sus extremos el recurso de casación que por vicios de forma que interpone la representante del Ministerio Público".

que, por algún obstáculo difícil de superar, se presume que no podrá recibirse en el debate³¹.

- El art. 334 CPP establece que los testimonios recibidos conforme a las reglas del anticipo jurisdiccional de prueba se incorporarán por lectura durante el debate, sin perjuicio de que las partes o el tribunal exijan la reproducción, cuando sea posible. Se incorporará el anticipo que se haya hecho por la existencia de un riesgo para la vida o la integridad física de la víctima o el testigo, si ese riesgo no ha disminuido o si ha aumentado con motivo de la celebración del juicio y no existen condiciones para garantizar la recepción del testimonio en el debate.

4.4.4.- Principio de publicidad:

Esta exigencia se basa en que la presencia del público constituye una manera eficaz de controlar lo ocurrido durante el proceso oral³².

³¹ Sin embargo, deba aclararse aquí que la Sala Tercera se pronunció en el sentido de que, en observancia al Principio de Oralidad, existe el deber de recibir el testimonio oralmente en debate si es practicable, y a pesar de que se haya realizado un anticipo jurisdiccional de prueba. De esta forma, en caso de que el testigo comparezca al debate y exprese su deseo de declarar, resultaría arbitraria la decisión del Tribunal de no recibir su testimonio e incorporar, en vez de él, el que se había obtenido mediante anticipo jurisdiccional de prueba (Cf. Voto N° 2001-483 de las 9:15 hrs. Del 25 de mayo de 2001).

³² Sostiene Flamarino Dei Malatesta que el convencimiento judicial debe ser **razonado**, o sea, que las razones del juez deben ser de tal naturaleza que puedan originar el convencimiento en cualquier otro ser humano racional. A esto le llama Malatesta "*carácter social del convencimiento*". Para dicho autor, el convencimiento es el punto culminante de la certeza en un juicio penal. Como la certeza del juez responde a ese carácter social del convencimiento, considera indispensable la **motivación** de la sentencia como medio para que la sociedad haga control mediante examen posterior. De esta forma, la motivación obliga a una convicción con base razonada, y hace posible el factor de control de la convicción. El medio que hace posible el control de la sociedad mediante juicio directo y simultáneo del juez, es la **publicidad** del debate. Por lo anterior, para Malatesta la motivación y la publicidad son dos consecuencias de la calidad de social de la convicción (cf. FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola. *Lógica de las pruebas en materia criminal*. Bogotá, Editorial Temis, Volumen I, 1973).

Este principio está contemplado en el numeral 330 CPP el cual, no obstante, establece que el Tribunal, mediante auto fundado, puede disponer que el debate se realice en forma total o parcialmente privada, cuando: a).- Se afecte directamente el pudor, la vida privada o la integridad física de alguno de los intervinientes; b).- Afecte gravemente la seguridad del Estado o los intereses de la justicia; c).- Peligre un secreto oficial, particular, comercial o industrial, cuya revelación indebida sea punible; d).- Esté previsto en una norma específica; e).- Se le reciba declaración a una persona menor de edad y el tribunal estime inconveniente la publicidad, en atención a su interés superior; f).- Se reciba el testimonio de víctimas y testigos de la trata de personas; g).- Se reciba el testimonio de víctimas o de testigos protegidos procesalmente.

4.5.- Objeto del testimonio

En términos generales la doctrina coincide en que el testimonio recae sobre hechos que han llegado al conocimiento del testigo, y el deber de testimoniar tiene por objeto el conocimiento que sobre ellos se tiene³³. Se considera preciso, además, que el testigo deponga sobre un hecho pasado aún cuando subsista durante la tramitación del proceso y ocurrido fuera del proceso en el cual declara³⁴.

Sin perjuicio de lo anterior, la doctrina reconoce dos posiciones con respecto al objeto del testimonio. Por un lado, autores clásicos como Guerrero, Gorphe y Mittermaier sostenían que el testigo debía limitarse a relatar el conocimiento que sobre los hechos le consta o ha podido apreciar, reservándose al Juez y a las partes, emitir un juicio valorativo sobre esta declaración, considerando que

³³ VARELA, ob. cit., p. 164.

³⁴ JAUCHEN, ob. cit., p. 109.

también emiten juicios de valor los peritos, quienes son llamados al proceso precisamente por su conocimiento técnico. Estos autores se muestran críticos con el hecho de que un testigo pueda, al momento de rendir testimonio, emitir juicios de valor acerca de la existencia de los hechos y de la responsabilidad del encausado en los hechos denunciados.

La segunda posición admite en los juicios de valor en la formación del testimonio. A manera de ejemplo, Cafferata Nores admite como parte del testimonio las opiniones y conclusiones que completen la narración de sus percepciones o inherentes a éstas, o que constituyan juicios de comparación³⁵.

Davis Echandía, por su parte, sostiene que no basta la sola percepción de un hecho para que exista un testimonio, puesto que el testigo puede narrar hechos realizados por él, lo mismo que hechos deducidos por él de sus propias percepciones y que ofrece a la apreciación del juez, como parte de su testimonio, en cuyo caso, objeto del testimonio es el hecho deducido y no su deducción, porque ésta —al igual que la percepción— son sus fuentes y no su objeto. En virtud de lo anterior, concluye que tanto los hechos percibidos, como los deducidos de éstos, sus juicios u opiniones sobre los mismos, incluyendo su calificación jurídica, y los realizados por el declarante, pueden ser objeto del testimonio de terceros y, con mayor razón, del testimonio de la parte³⁶.

En este mismo orden, explica Reyes Alvarado que como proceso interno de elaboración de ideas, toda narración de hechos percibidos supone la emisión de un juicio de valor como interpretación que se ha hecho de una realidad exterior, de manera que cuando una persona rinde testimonio puede decirse que, a pesar de

³⁵ CAFFERATA NORES, ob. cit., p. 96.

³⁶ DEVIS ECHANDÍA, ob. cit., pp. 65-66

que objetivamente está limitándose a narrar los hechos percibidos, subjetivamente está transmitiendo un juicio de valor elaborado respecto de los hechos externos captados. Lo importante, entonces, no es discutir la admisibilidad de ese juicio de valor que siempre está contenido en la narración de los hechos, sino en la posibilidad de permitir al testigo que con fundamento en lo percibido pueda emitir juicios de valor sobre las causas o consecuencias de lo apreciado. Este mismo autor indica que cuando se admite que toda deposición supone necesariamente un juicio de valor, con ello se hace referencia a la narración de lo directamente percibido (que obviamente es “pura”). En consecuencia, se puede admitir el juicio de valor, siempre y cuando éste no suponga una valoración de los hechos que se hace de manera independiente a su narración “pura” para señalar, por ejemplo, posibles causas o consecuencias de lo sucedido, como tampoco es admisible que se otorgue al testigo la libertad de valoración propia de los peritos y jueces, ni es admisible que éste emita un juicio sobre la responsabilidad del imputado³⁷.

4.6.- Momento en que se adquiere la calidad de testigo

La mayor parte de la doctrina señala que la condición de testigo se adquiere desde el momento en que la autoridad judicial ordena la recepción de la declaración, o desde que se presenta espontáneamente a expresar su relato, por lo que formalmente no sólo es testigo aquel que relata el conocimiento de los hechos sobre los cuales es interrogado, sino aquel que es citado para esos fines con absoluta prescindencia de que conozca los extremos sobre los cuales debió deponer, que diga la verdad o que su declaración sea insuficiente³⁸.

³⁷ REYES ALVARADO, ob. cit., pp. 29-30.

³⁸ JAUCHEN, ob. cit., p. 109. En el mismo sentido DEVIS ECHANDÍA, ob. cit., pp. 43-44.

Sobre este punto, explica Yesid Reyes que como nadie adquiere una determinada condición sino a partir del momento que puedan serle exigibles las obligaciones inherentes a ella, una persona sólo puede ser considerada testigo desde el instante en que la autoridad competente se lo comunica para que cumpla –voluntaria o forzosamente—con las respectivas obligaciones, siendo aún más exacto decir que la calidad de testigo se adquiere desde el momento en que una persona es notificada de su deber de rendir testimonio³⁹.

En el sistema costarricense, el Código Procesal Penal no establece un momento determinado a partir del cual puede interpretarse que una persona adquiere la condición de testigo de un hecho, como tampoco establece requisitos o presupuestos para reunir esa condición⁴⁰. En todo caso, la parte general del Código establece que a partir del momento en que se tenga noticia de la existencia de un delito, tanto el Ministerio Público como la Policía Judicial deben darse a la tarea de investigar y reunir todos los elementos de prueba necesarios para determinar la existencia del hecho y la identidad de sus responsables, o bien para disponer la desestimación o sobreseimiento de la causa.

El legislador utiliza el término “testigo” para designar –en forma genérica- tanto a las personas que durante la fase de preparatoria del proceso son identificados como posibles fuentes de información acerca de los hechos, y en esa condición sin entrevistados son entrevistados por el investigador judicial (cf. art. CPP) o bien

³⁹ REYES ALVARADO, ob. cit., p. 21.

⁴⁰ De hecho, el numeral 204 del Código Procesal Penal únicamente se establece que: “...salvo disposición en contrario, toda persona tendrá la obligación de concurrir al llamamiento judicial y de declarar la verdad de cuanto conozca y le sea preguntado; asimismo, no deberá ocultar hechos, circunstancias ni elementos, sin perjuicio de la facultad del juez para valorar el testimonio de acuerdo con las reglas de la sana crítica. El testigo no estará en la obligación de declarar sobre hechos que le puedan deparar responsabilidad penal.”

directamente por el Fiscal (cf. arts. 291 y 291 CPP), como también a las personas que son convocadas a rendir su declaración a debate.

Durante la fase de investigación, según lo dispuesto por el numeral 207 CPP, para el examen de testigos se libraré una orden de citación, pero en los casos de urgencia podrán ser citados verbalmente o por teléfono, lo cual se hará constar. Además, el testigo podrá presentarse a declarar espontáneamente. Si el testigo reside en un lugar lejano al asiento de la oficina judicial y carece de medios económicos para trasladarse, se dispondrá lo necesario para asegurar la comparecencia.

Ahora bien, nuestro Código si establece una distinción en cuanto a la naturaleza y efectos jurídicos de ambos tipos de declaraciones: Las entrevistas efectuadas durante la fase de investigación no tienen la condición de “prueba” en el sentido que aquí se le ha dado. No pueden incorporarse en el proceso y ser utilizado por el Tribunal como elementos de convicción acerca de la veracidad de las afirmaciones de las partes. Para que puedan producir dicho efecto, es necesario que los testigos rindan su declaración directamente ante el Tribunal de Juicio, bajo los principios de inmediación, oralidad y publicidad que informa esta fase del proceso. Este principio es denominado en doctrina como judicialidad del testimonio, mismo que se puede enunciar como el imperativo de que la declaración del testigo, para ser válida a los fines de fundar la sentencia, debe ser hecha ante el juez de la causa, no siendo formalmente un testimonio la declaración rendida ante cualquier otra autoridad⁴¹.

Así lo ha interpretado la Sala Tercera, indicando que el “testimonio”, como tal, es aquel que se produce durante la celebración del debate: [...] Es claro cómo el

⁴¹ JAUCHEN, ob. cit., p. 112.

impugnante no comparte las conclusiones de la sentencia, sin embargo, para evidenciar un vicio como el que se reclama, no es suficiente que se dé la propia opinión o versión de cómo debió valorarse la prueba –es decir, sustituir una valoración por otra- sino que es necesario que se alegue y fundamente la existencia de los defectos u errores, lo que no sucede en la especie. No es posible comparar como si se tratara de pruebas de la misma naturaleza, la denuncia y su contenido, con la declaración testimonial rendida en debate. Testimonio solamente es aquél que se produce en juicio, en la inmediación de las partes, con el contradictorio, de manera que la prueba se origina frente a los interesados, que pueden lograr la información necesaria gracias al interrogatorio y al contacto directo con el deponente. Como se ha reiterado en la jurisprudencia de esta Sala, la denuncia no es por supuesto un testimonio, es el dato de la noticia del hecho, con la información que las autoridades lograron –y discriminaron- de la víctima o denunciante. Interesa como dato histórico cronológico de su interposición y se esperaría que en general la información esencial del suceso se mantenga y sea al menos coincidente con la narración en juicio, aún cuando en este último escenario puede ser mucho más amplia, detallada o incluso podría suceder que en debate por el transcurso del tiempo algunos detalles se hayan olvidado y de allí que pueda hacerse uso de la información de la denuncia para el interrogatorio. Sin embargo, comparar al mismo nivel ambas es improcedente, pues una es registro escrito de información y la otra prueba testimonial [...]⁴²

⁴² Voto N° 2007-01479 de las diez horas del catorce de diciembre del dos mil siete.

4.7.- Etapas de formación del testimonio

Bien señala Gorphe que el testimonio es un dato complejo, un producto psicológico que interesa analizar para comprobar si se ha formado correctamente, por lo que el Juez, a fin de apreciar debidamente un testimonio, necesita colocarse mentalmente en las condiciones en que se encontraba el testigo. Este autor señala como principales elementos psicológicos del testimonio los siguientes:

- La percepción visible de la cosa o del hecho, que difiere según los individuos y las condiciones en que se encuentran, pues por lo general los testigos se encuentran en una posición desfavorable dado que su conocimiento se produce por casualidad, involuntariamente, sin preparación y sin interés, lo que origina una percepción más o menos incompleta, fragmentaria y desviada. Por ello las cualidades de la percepción dependen mucho de las condiciones subjetivas en que se encuentra el individuo con respecto al suceso (estado de ánimo, interés, etc.) y las condiciones objetivas en las que dicho objeto se presenta (luz, distancia, movilidad, etc.)
- La memoria, un proceso complejo que comprende varias operaciones: la conservación de las impresiones sensibles, la reproducción de los recuerdos, su evocación y localización en el tiempo. El reconocimiento de los recuerdos requiere un trabajo de selección, de coordinación y de interpretación, que difiere según el sentido crítico de cada sujeto.
- La deposición o comunicación de los recuerdos a la autoridad encargada de recogerlos, que es la operación final destinada a informar al juez directa o

indirectamente. En la deposición del testigo intervienen a su vez dos factores: de un parte, la capacidad de expresar con mayor o menor claridad las percepciones reales recibidas y, de otra, la voluntad de reproducirlas fiel y francamente, factores que varían según las personas y de acuerdo con las condiciones de la declaración⁴³.

Resulta también muy útil el desarrollo elaborado por el autor Cardozo Isaza, de acuerdo con el cual la formación del testimonio atraviesa por cinco etapas:

- **La percepción:** Es un proceso físico y no mental, como algunos creen, porque la imagen que se crea por la percepción ocurre por un estímulo primeramente físico.
- **La fijación:** Una vez recibida la información y que el sujeto la ha percibido de acuerdo a diversos factores físicos y emocionales, puede fijarla en el consciente o inconsciente, de acuerdo a valoraciones de orden psicológico.
- **La conservación:** La información recibida puede fijarse en el consciente o inconsciente, y dependiendo del tiempo transcurrido y de factores tales como la edad del sujeto, el tiempo que transcurra desde la percepción de los hechos hasta la declaración, pueden afectar esta conservación, ocurriendo que muchas veces, alguna información conservada en el plano del inconsciente es fácilmente llevada al consciente y relatada debido a estímulos emocionales surgidos en forma espontánea.

⁴³ GORPHE, ob. cit., pp. 294-294.

- **La evocación:** Cuando el hecho que se pretende relatar es evocado, se produce la llamada catarsis, que responde al proceso de evocar los recuerdos previamente fijados y conservados llamado catexis.
- **La declaración:** En esta etapa el testigo, si así lo quiere, debería emitir el relato del cual hizo la percepción, fijación, conservación y evocación, pero sucede también que si en este proceso hubo errores en alguna o varias de estas etapas, el relato del testigo, a pesar de ser sincero, no resulta veraz de acuerdo a los hechos que pretende probarse⁴⁴.

4.8.- Derechos y deberes de los testigos

4.8.1.- Capacidad para testificar

Señala Roxin que toda persona tiene capacidad para testificar, lo que incluye a los menores de edad y enfermos mentales, del mismo modo que los parientes o allegados del imputado, personas que son sus amigos o enemigos, o que dependen de él económicamente (v. gr. subalternos) y, finalmente, las personas que tienen mala reputación o hasta que han sido condenadas por falso perjurio⁴⁵.

Y es que precisamente porque el testigo, medio de prueba, resulta insustituible, es preferible que toda persona pueda rendir declaración (sin la existencia de incapacidades legales y judiciales), para que con posterioridad sea el Juez quien decida sobre el valor probatorio de cada declaración, con una única excepción: el caso de las personas que hayan perdido totalmente la capacidad de comunicarse con sus semejantes a través de un lenguaje comprensible, esto, que sean

⁴⁴ CARDOZO ISAZA, Jorge. *Pruebas Judiciales*. Bogotá, Ediciones Librería del profesional, 1986, pp. 218-227.

⁴⁵ ROXIN, ob. cit., pp. 219-220.

absolutamente incapaces de transmitir sus conocimientos y experiencias, pues ello haría imposible la práctica de la prueba testimonial⁴⁶.

Ya vimos que el numeral 204 del Código Procesal Penal establece que “toda persona” –lo que implica una amplísima gama de posibilidades—puede ser llamada a comparecer como testigo a un proceso. Sobre este punto, explica el profesor Llobet Rodríguez que en el medio procesal costarricense toda persona, sin importar su ocupación, edad, posición social, sexo, etc., tiene capacidad para atestiguar, debiendo el juez valorar su credibilidad de acuerdo con las reglas de la sana crítica racional⁴⁷.

Incluso nuestra jurisprudencia de Casación se ha pronunciado de manera indicando que nuestro sistema procesal penal acoge el principio de libertad probatoria según el cual, el dictado de una sentencia condenatoria puede basarse en la declaración de un único testigo, siempre y cuando el Tribunal plasme las razones por las cuales le merece credibilidad y que dichas razones se ajusten a las reglas del correcto entendimiento humano⁴⁸.

4.8.2.- Deberes de los testigos

La doctrina coincide en señalar la existencia de algunos deberes que atañen a los testigos del proceso penal

2.1.- Deber de comparecer al proceso: Dado que el proceso penal constituye un servicio tendiente a lograr la realización del derecho, y con ello la armonía y paz social, los componentes de la sociedad tienen el deber jurídico de

⁴⁶ REYES ALVARADO, ob. cit., p. 45

⁴⁷ LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. *Proceso Penal Comentado*, San José, Editorial Jurídica Continental, 4ª edición, 2009, p. 343

⁴⁸ Cf. Sala Tercera, voto N° 2007-1305 de las catorce horas cincuenta minutos del treinta y uno de octubre del dos mil siete

colaborar con el Estado para una mejor realización de la justicia. Por lo anterior, dicho deber es de carácter público y recae sobre todas las personas que están sometidas a la jurisdicción nacional, sean nacionales o extranjeras⁴⁹.

Además, como bien apunta Jauchen, la obligación de cooperar viene en virtud de que la circunstancia de haber percibido un hecho de relevancia para determinada causa penal torna a su requerida actividad en un servicio indispensable para la comunidad. Por su propia naturaleza, entonces, el testigo es insustituible, pues evidentemente no puede deponer otra persona en su lugar, ni puede hacerlo tampoco por intermedio de mandatario ni aún con poder especial⁵⁰.

La incomparecencia de los testigos es uno de los grandes inconvenientes a la hora de proceder a una mejor aplicación de la justicia, dado que el justiciable o la sociedad pueden ver frustradas sus respectivas pretensiones como consecuencia de la falta de comparecencia de un determinado testigo⁵¹.

El artículo 204 CPP dispone que toda persona tendrá la obligación de concurrir al llamamiento judicial. Para tal efecto, de acuerdo con lo que establece el numeral 165 CPP, cuando resulte necesaria la comparecencia de un testigo para que rinda declaración, la autoridad que conoce del asunto deberá ordenar su citación, mediante carta certificada, telegrama con aviso de entrega, teléfono o cualquier medio de comunicación que garantice la autenticidad del mensaje.

Durante la fase preparatoria, según lo establece el numeral 208 CPP, si el testigo no se presenta a la primera citación, se le hará comparecer por medio de la fuerza pública. Propiamente durante la celebración del debate, establece el

⁴⁹ VARELA, ob. cit., p. 163.

⁵⁰ JAUCHEN, ob. cit., p. 114.

⁵¹ ALEMAÑ CANO, ob. cit., p. 29.

numeral 353 CPP que cuando el testigo, oportunamente citado, no haya comparecido, quien preside ordenará que sea conducido por medio de la fuerza pública y solicitará a quien lo propuso que colabore con la diligencia, pero si el testigo no puede ser localizado para su conducción por la fuerza pública, el juicio continuará con prescindencia de esa prueba⁵².

Incluso el numeral 210 CPP faculta tanto al tribunal como al Ministerio Público para ordenar la aprehensión de un testigo cuando haya temor fundado de que se oculte o se fugue. Esta medida durará el tiempo indispensable para recibir la declaración y no podrá exceder de veinticuatro horas, en caso de que la orden sea emanada directamente por el tribunal, en tanto que el Ministerio Público podrá ordenar la aprehensión del testigo por el plazo máximo de seis horas, para gestionar la orden judicial. Como explica el profesor Llobet Rodríguez, se trata

⁵² Téngase en cuenta, no obstante que sobre este tema ha señalado la Sala Tercera: "...el Juez debe examinar "racionalmente" la admisibilidad, pertinencia, utilidad e incidencia de la prueba ofrecida por las partes principales del proceso penal, en atención al interés del caso concreto, sin rechazarla arbitrariamente. Sobre el tema, se sigue antecedentes jurisprudenciales contenidos en la Resolución 2007-00004 a las 9:10 horas de 19 de enero de 2007, y número 2007-00017 de las 10:50 horas de esa misma fecha, que en lo relevante señalan: "...se debe aclarar como el artículo 353 del Código Procesal Penal al que hacen referencia los juzgadores, dispone: Cuando el perito o testigo, oportunamente citado, no haya comparecido, **quien preside ordenará que sea conducido por medio de la fuerza pública** y solicitará a quien lo propuso **que colabore con la diligencia...** **Si el testigo no puede ser localizado para su conducción por la fuerza pública, el juicio continuará con prescindencia de esa prueba...**". En el caso en estudio, de oficio el A-quem, señala que nos encontramos ante un grave error, consistente en preterición de prueba esencial, por cuanto uno de los testigos admitidos para el juicio, ofrecido por la Fiscalía y quien, según se informó en la etapa procesal correspondiente, conocía detalles del homicidio investigado por haberlo escuchado de los acusados, no fue recibido durante el contradictorio en virtud de una decisión incorrecta adoptada por el órgano sentenciador. Así, constató en el acta de debate, en que la decisión de los Juzgadores devino, a todas luces, en arbitraria pues sin que conste imposibilidad para no acceder a lo peticionado por el ente fiscal, (a saber la suspensión del juicio, al haber ubicado al testigo y tener expectativas de su vinculación a estrados judiciales), optó simplemente por prescindir del deponente, por lo que obviaron su responsabilidad de citar al deponente" (Cf. Voto N° 2007-811 de las diez horas cincuenta y cinco minutos del diez de agosto de dos mil siete)-.

de una medida preventiva que incluso autoriza que se proceda a la aprehensión del testigo sin que previamente se haya dispuesto su citación⁵³.

Ahora bien, en el caso de los testigos que residen en el extranjero, el numeral 209 CPP dispone que se procederá conforme a las reglas nacionales o del Derecho Internacional para el auxilio judicial. Sin embargo, podrá requerirse la autorización del Estado en el cual se encuentre, para que sea interrogado por el representante consular, por un juez o por un representante del Ministerio Público, según sea la fase del procedimiento y la naturaleza del acto de que se trate.

2.2.- Deber de declarar: Quienes han sido encargados de la función de administrar la justicia no están en capacidad de percibir por sí mismos todos los hechos que han de ser sometidos a su estudio, por lo que es evidente que se requiere la ayuda de todos aquellos que de alguna manera pueden colaborar con el funcionario en la reconstrucción de los hechos; por eso, en desarrollo de esa obligación general que se tiene en el sentido de colaborar con dicha función pública (esencial para el mantenimiento de la armonía social), se ha establecido que toda persona tiene el deber de rendir la declaración que le sea solicitada por las autoridades competentes⁵⁴.

Lo anterior implica que el testigo tiene el deber de comparecer y de contestar en forma expresa y no evasiva las preguntas que se le formulen, para cuyo cumplimiento el funcionario puede recurrir a los mecanismos coercitivos o sanciones establecidas en la ley, pero debe gozar de absoluta libertad respecto al contenido de su testimonio, con la única limitación de que debe responder de

⁵³ LLOBET RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 354.

⁵⁴ REYES ALVARADO, ob. cit., pp. 61-62.

manera franca y expresa, sin evasivas, así sea para decir simplemente que nada le consta o que nada sabe con respecto al hecho consultado⁵⁵.

En ese tanto, el numeral 204 CPP establece la obligación de cualquier persona de declarar la verdad de cuanto conozca y le sea preguntado, así como de no ocultar hechos, circunstancias ni elementos. No obstante lo anterior, la doctrina reconoce excepciones a este deber, que se fundan en la necesidad de amparar la paz del hogar, o en el respeto que se merece el secreto profesional, cuya violación puede comprometer seriamente la causa que el profesional patrocina, como también en la dignidad personal⁵⁶.

Efectivamente, nuestro sistema prevé excepciones al deber de declarar. En primer lugar, el mismo numeral 204 CPP exime al testigo de obligación de declarar sobre hechos que puedan depararle responsabilidad penal⁵⁷. El numeral 205 CPP dispone que el cónyuge o conviviente, con más de dos años de vida en común, del imputado y sus ascendientes, descendientes o parientes colaterales, hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad o afinidad, se les concede la facultad de abstenerse de declarar, siendo un deber de las autoridades informar a estas personas acerca de dicha facultad antes de que rindan testimonio, la cual puede ser ejercida aún durante su declaración, incluso en el momento de responder determinadas preguntas.

⁵⁵ DEVIS ECHANDÍA, ob. cit., p. 54.

⁵⁶ IRAGORRI DÍEZ, ob. cit., pp. 72-73.

⁵⁷ Ha dicho la Sala Tercera que la facultad constitucionalmente afianzada de poder abstenerse de declarar en las causas penales en que se es imputado, existe para que nadie tenga la obligación de hacer manifestaciones que le pueden acarrear responsabilidad penal o agravar su situación. Esto no es susceptible de ocurrir si a favor del testigo ya hay una sentencia de sobreseimiento o absolutoria en firme, pues en su tutela hay una cosa juzgada que le protege contra ulteriores persecuciones represivas (Cf. Voto N° 2006-158 de las diez horas treinta minutos del veinticuatro de febrero de dos mil seis).

Por su parte, el numeral 206 CPP instituye un deber de abstención sobre hechos secretos que hayan llegado a su conocimiento en razón del propio estado, oficio o profesión, a los ministros religiosos, abogados y notarios, médicos, psicólogos, farmacéuticos, enfermeros y demás auxiliares de las ciencias médicas, así como los funcionarios públicos sobre secretos de Estado. No obstante, el Código establece que estas personas, con excepción de los ministros religiosos, no podrán negar su testimonio cuando sean liberadas por el interesado del deber de guardar secreto, siendo además que en caso de ser citadas, estas personas deberán comparecer y explicar las razones de su abstención. Ahora bien, este mismo numeral también dispone que si el tribunal estima que el testigo invoca erróneamente la facultad de abstenerse o la reserva del secreto, ordenará su declaración mediante resolución fundada.

Ahora bien, como explica el profesor Llobet Rodríguez, la simple invocación del secreto profesional no hace que se impida necesariamente la deposición del testigo, ya que es perfectamente posible de que el desconocimiento teórico de lo que es jurídicamente secreto profesional, induzca equivocadamente a invocar ese deber a quien no corresponda, siendo que el Juez, al no autorizar la abstención del testigo, necesita tener la certeza de que éste invocó erróneamente el secreto profesional⁵⁸.

4.8.3.- El delito de falso testimonio

El ciudadano que comparece a rendir una declaración está obligado a decir la verdad con respecto a lo que supiere y le fuere preguntado, lo que implica que el testigo debe decir “toda” la verdad, manifestando la totalidad de lo que recuerde y

⁵⁸ LLOBET RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 353.

dando la razón de sus dichos, de manera que la esencialidad de la falsedad no radica en la contradicción objetiva, entre una realidad de hecho y lo que sobre ella dice el testigo, sino en la discrepancia entre lo que el testigo sabe y lo que calla, niega o afirma⁵⁹.

Este deber se fundamenta, al igual que los demás, en el deber general de colaborar con la administración de justicia, pues si se permitiera legalmente que los testigos pudieran hacer manifestaciones contrarias a la forma como sabe que ocurrieron, estaría corriéndose el riesgo de que las investigaciones fracasaran por estar edificadas sobre informaciones falsas⁶⁰.

En virtud de lo anterior, el numeral 316 del Código Penal que será reprimido con prisión de uno a cinco años, el testigo, perito, intérprete o traductor que afirmare una falsedad o negare o callare la verdad, en todo o en parte, en su deposición, informe, interpretación o traducción, hecha ante la autoridad competente. Si el falso testimonio fuere cometido en una causa criminal, en perjuicio del inculpado, la pena será de dos a ocho años de prisión.

Explica el profesor Castillo González que el testigo ejerce una función pública de carácter judicial, que tiene su fundamento en la necesidad de la sociedad de obligar a los individuos a ceder parte de su libertad en beneficio del grupo social, siendo entonces que dicha carga comunitaria que pesa sobre el testigo para que declare y diga la verdad, constituye una limitación a la libertad de expresión establecida en el artículo 28 de la Constitución Política⁶¹.

⁵⁹ JAUCHEN, ob. cit., pp. 118-119

⁶⁰ REYES ALVARADO, ob. cit., p. 92.

⁶¹ CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco. *El delito de Falso Testimonio*. San José, Editorial Juricentro S.A., 1982, p. 57.

Para que se configure el delito, de acuerdo con este mismo autor, es necesaria la concurrencia de dos elementos: la existencia de una deposición y la falsedad de ésta. La deposición testimonial es una declaración del testigo sobre su percepción de los hechos, es decir, sobre acontecimientos pasados o presentes, sobre circunstancias del mundo exterior o sobre circunstancias pertenecientes a la interioridad de las personas. Con base en lo anterior, existirá una deposición falsa cuando ella no concuerda con lo sabido por el agente, de manera que si el testigo afirma una cosa verdadera, queriendo afirmar una falsedad existiría falso testimonio y, por el contrario, no habría delito a falta de un elemento del tipo penal, si el agente declara lo que sabe, aunque no concuerde con lo acaecido⁶².

Concluye señalando el profesor Castillo que dado que las obligaciones del testigo son impuestas por el ordenamiento procesal, éste debe contribuir con la búsqueda de la verdad en el proceso, mediante la declaración de aquello que saben sobre el tema probatorio por propia vivencia. En este sentido, afirmar una falsedad o negar una verdad son expresiones lógicamente equivalentes, de manera que una declaración constituye un falso testimonio en la medida que haya contradicción entre lo sabido y lo expresado por el testigo⁶³.

4.8.4.- Derechos de los testigos

Revisando los criterios emitidos por la doctrina, como las disposiciones específicas de nuestra legislación procesal penal, pueden establecerse en forma sintética los siguientes:

⁶² CASTILLO GONZÁLEZ, ob. cit., p. 48.

⁶³ CASTILLO GONZÁLEZ, ob. cit., p. 50.

- Derecho a hacer una exposición completa y coherente sobre el objeto del interrogatorio⁶⁴. En ese tanto el numeral 352 CPP establece que quien preside moderará el interrogatorio y evitará que el declarante conteste preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes, procurará que el interrogatorio se conduzca sin presiones indebidas y sin ofender la dignidad de las personas.
- Derecho a recibir el trato digno, mismo que corresponde a cualquier ciudadano de acuerdo con lo establecido por la Constitución Política y las convenciones internacionales en derechos humanos⁶⁵, sin perjuicio de la aplicación de medidas coercitivas para asegurar su comparecencia al proceso.
- Derecho a licencia con goce de salario por parte de su patrono, público o privado, cuando tenga que asistir a diligencias judiciales, pericias o comparecer ante el llamamiento judicial y por el tiempo necesario para ello (art. 204 CPP).
- Derecho a que el Ministerio Público o el tribunal adopten las medidas necesarias para evitar que el testigo sea sometido a múltiples citaciones o comparecencias; además, cuando sea posible, deberán programarse las audiencias, para que se rinda el testimonio, a la brevedad posible y no se haga uso abusivo de la licencia concedida (art. 204 CPP).
- Derecho a recibir protección extraprocésal y procesal de acuerdo con los supuestos previstos en el numeral 204 bis CPP

⁶⁴ ROXIN, ob. cit., p. 236

⁶⁵ ALEMAÑ CANO, ob. cit., pp. 99-100

4.9.- Trámite procesal de la prueba testimonial

4.9.1.- Requisitos generales de validez del testimonio

Como punto de partida para esta sección, adoptaremos el sumario elaborado por Varera, para quien la validez de la prueba testimonial debe cumplir con tres requisitos básicos:

- Admisión de la prueba testimonial en el proceso: la declaración testimonial debe ir precedida de la admisión formulada en legal forma a dicha prueba en el proceso, y recibida dentro de la etapa procesal pertinente.
- Recepción del testimonio: ha de ser efectuada con las formalidades que establece la ley procesal
- El testigo debe poseer capacidad jurídica para rendir su declaración⁶⁶.

4.9.2.- Prueba testimonial en las distintas etapas del proceso

a.- Fase preparatoria

Durante la fase preparatoria el ejercicio de la acción penal se encuentra en manos del Ministerio Público, con el auxilio de la Policía Judicial. Para ello, deben llevar a cabo todos los actos de investigación necesarios para determinar las circunstancias del hecho y la responsabilidad de los partícipes.

De esta forma, el numeral 286 CPP dispone que una de las atribuciones de la policía judicial es la de entrevistar a los testigos presumiblemente útiles para descubrir la verdad. Igualmente, el numeral 291 CPP dispone que el Ministerio Público podrá realizar las diligencias que permitan asegurar los elementos de prueba esenciales sobre el hecho punible y determinar a sus autores y partícipes,

⁶⁶ VARELA, ob. cit., p. 170

aun cuando se haya suspendido el proceso a prueba o se haya aplicado un criterio de oportunidad. Lo anterior implica la identificación y entrevista de testigos, para lo cual levantará un acta que guarda en el legajo paralelo del expediente principal.

Sin embargo, este tipo de entrevistas no poseen aún naturaleza jurídica de prueba, sino que su valor se limita a brindarle al Ministerio Público el grado de probabilidad suficiente para fundamentar una solicitud de apertura a juicio, debiendo ofrecer junto con la ocasión a los testigos identificados a fin de que se reciban sus declaraciones en debate (arts. 303 y 304 CPP). Es precisamente al final de la etapa preparatoria cuando el Ministerio Público o el querellante le solicitarán al juez que adopte las medidas necesarias para la protección procesal del testigo o la víctima, según el caso, o bien, que se continúe con la protección ya acordada, hasta sentencia firme. El fiscal a cargo del caso será el encargado de citar al testigo o la víctima objeto de protección procesal

b.- Fase Intermedia.

En esta fase corresponde al Juez de la Etapa Intermedia examinar el fundamento de la acusación, así como la utilidad y pertinencia de la prueba ofrecida por las partes.

No obstante, el numeral 318 CPP dispone que cuando el tribunal lo considere estrictamente necesario para su resolución, dispondrá la producción de prueba, salvo que esta deba ser recibida en el juicio oral, lo que deja abierta la posibilidad de recibir prueba testimonial durante la audiencia preliminar.

b.- Fase de Juicio

Tal como lo indicamos en anteriores capítulos, es durante esta etapa procesal donde se puede hablar de recepción de prueba testimonial, dado que por los principios de oralidad, inmediación y publicidad propios del contradictorio. Será ante el Tribunal de Juicio, cuando el testigo rinda su deposición acerca de los hechos y circunstancias que le constan y que le fue solicitado declarar. Tal como indica el profesor Llobet, los testigos deben declarar en el juicio oral y público a viva voz, por lo que no procede la incorporación por lectura de las entrevistas que se efectuaron durante la fase preparatoria, con la excepción de la recibida mediante anticipo jurisdiccional de prueba⁶⁷.

De acuerdo con lo establece el numeral 351 CPP, quien preside el debate llamará a los testigos, comenzando por los que haya ofrecido el Ministerio Público; continuando con los propuestos por el querellante y las partes civiles, y concluirá con los del imputado.

Para la recepción del testimonio de personas menores de edad, el tribunal tomará las medidas necesarias en atención a su interés superior y en aras de evitar o reducir la revictimización. Podrá auxiliarse de peritos o de expertos en el tema, que acompañen al menor en su relato o lo auxilien en caso necesario. Para garantizar los derechos del menor, el tribunal podrá disponer que se reciba su testimonio en una sala especial, o con el uso de cámaras especiales o de los medios tecnológicos disponibles, que faciliten a la persona menor de edad el relato, sin el contacto con las partes, cuando ello sea recomendado. En igual

⁶⁷ LLOBET RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 511.

forma, para la recepción del testimonio de una víctima o de un testigo protegido, el tribunal dispondrá que se haga en las condiciones y por los medios tecnológicos que garanticen la protección acordada, en especial cuando sea necesario mantener reserva de las características físicas individualizantes del declarante, como su rostro o su voz, garantizando siempre el interrogatorio de las partes.

c.- Fase de Casación

De acuerdo con lo dispuesto por el numeral 464 CPP, es posible admitir prueba testimonial propuesta por el imputado o en su favor, incluso la relacionada con la determinación de los hechos que se discuten, cuando sea indispensable para sustentar el reclamo que se formula y en los casos en que se autoriza en el procedimiento de revisión. También el Ministerio Público, el querellante y el actor civil podrán ofrecer prueba esencial para resolver el fondo del reclamo, solo cuando antes haya sido rechazada, no haya sido conocida con anterioridad o esté relacionada con hechos nuevos.

Incluso, de acuerdo con lo establecido por esta misma norma, la designación del perito puede hacerse de oficio por parte del órgano encargado para resolver.

4.10.- Procedimiento de revisión

De acuerdo con el numeral 408 CPP procede solicitar la revisión de una sentencia condenatoria firme, cuando después de la condena sobrevengan o se descubran nuevos hechos o nuevos elementos de prueba que solos o unidos a los ya examinados en el proceso, evidencien que el hecho no existió, que el condenado no lo cometió o que el hecho cometido encuadra en una norma más favorable.

En caso de tratarse de prueba testimonial, ésta debe ofrecerse junto con el escrito de demanda (art. 411 CPP), y en caso de ser admitida deberá señalarse una hora y fecha para su recepción (art. 414 CPP), para la cual regirán las mismas reglas de interrogatorio para los testigos recibidos en debate.

4.11.- Testimonios especiales: Protección a las personas menores de edad

Como explica Gimeno Jubero la victimización secundaria tiene una especial relevancia en el caso de personas menores de edad. Señala este autor que es muy frecuente que el contacto de la víctima con la policía y con la administración de justicia sea valorado por ésta como muy negativo, dado que el proceso penal no es la solución a los conflictos personales y sociales pues parte de construcciones abstractas, ajenos por completo a los sufrimientos de la víctima, siendo que las frustraciones que ésta experimenta, el temor, y el verse obligada a declarar sobre cuestiones íntimas o especialmente dolorosas, condicionan negativamente su actitud. Cuando la víctima es un niño, y particularmente cuando lo es de delitos de malos tratos y de agresiones o de abusos sexuales, esa victimización secundaria cobra mayor importancia, tanto por su mayor vulnerabilidad como por el plus de atención y protección que requiere y se le reconoce legalmente, pues en el caso de las víctimas menores no resulta exagerado hablar de “maltrato institucional”⁶⁸.

A partir de la entrada en vigencia de Código Procesal Penal en 1998, el legislador estableció una serie de pautas para la protección de los menores de edad que comparecieran al proceso penal, en aras de brindar protección de la privacidad y estabilidad emocional de la personas menores de edad, y reducir su victimización, medidas que fueron ampliadas por la Ley de Protección a

⁶⁸ GIMENO JUBERO, Miguel Ángel. “El Testimonio de Niños”. Madrid, En *La Prueba en el Proceso Penal*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2002, pp. 156-157.

Víctimas, Testigos y demás intervinientes en el Proceso Penal N° 8720 de 4 de marzo de 2009

De esta forma, el numeral 212 CPP establece que cuando deba recibirse la declaración de personas menores de edad víctimas o testigos, deberá considerarse su interés superior a la hora de su recepción, lo que de acuerdo con el criterio del profesor Llobet necesariamente nos remite a lo dispuesto por los artículos 3.1 y 19 de la Convención de Derechos del Niño, de acuerdo con las cuales los Estados se obligan a tomar las medidas necesarias para reducir el impacto institucional en daño de los niños que deben comparecer a rendir declaración en los procesos judiciales⁶⁹.

Esta misma norma establece que el Ministerio Público, juez o tribunal de juicio que conozca de la causa, y según la etapa procesal en la que se encuentre, deben adoptar las medidas necesarias para que se reduzcan los trámites y se reciba el testimonio en las condiciones especiales que se requieran, disponiendo su recepción en privado o mediante el uso de cámaras especiales para evitar el contacto del menor con las partes, y permitiendo el auxilio de familiares o de los peritos especializados⁷⁰. En este sentido, el inciso e) del numeral 330 CPP establece la posibilidad de que se decrete la privacidad de una declaración de una persona menor de edad en atención a sus intereses, ello en el juicio oral y público.

La Sala Tercera ha definiendo los testimonios especiales, como aquellos que conforme al numeral 212 de la normativa procesal vigente en concordancia con los

⁶⁹ LLOBET RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 355.

⁷⁰ Este dictamen pericial, como explica el profesor LLOBET, será sobre la manera en que debe recibírsele la declaración a la persona menor de edad, para causarle el menor daño psicológico posible.

artículos 126 y 127 del Código de la Niñez y la Adolescencia, facultan al juzgador a disponer de oficio su recepción en privado, señalando que aparte de los testimonio de mujeres, menores agredidos o personas agredidas sexualmente, en el caso de los menores el recurrir a la aplicación de este precepto constituye una regla general cuando por cualquier motivo deban deponer. Para la Sala, se trata de un balance entre diferentes intereses en juego, a saber, el derecho de defensa y el interés superior del niño (artículos 3 y 19 de la Convención de Derechos del Niño), en los que debe privilegiarse la integridad y bienestar del menor, procurando eso sí que en la consecución de dicho fin, se minimice la afectación del derecho del encartado de percibir la prueba en forma directa, porque también a él la normativa le garantiza el derecho al ejercicio de la defensa material⁷¹.

Siguiendo este orden de ideas, resulta importante señalar en el año 2002 el CONAMAJ emitió un documento que contenía una serie de directrices para reducir la revictimización de las personas menores de edad, mismas que fueron aprobadas por la Corte Plena en sesión IXX-02 del 6 de mayo de 2002. En lo que respecta al manejo de la prueba testimonial de menores, se indica en dicho documento las siguientes directrices:

- En cualquier diligencia judicial en la que se requiera la presencia de una persona menor de edad víctima, independientemente de la etapa en la que se encuentre el proceso, esta deberá llevarse a cabo en forma privada y con el auxilio de peritos especializados en caso de que sea necesario.

⁷¹ Cf. Voto N° 2007-1445 de las once horas cuatro minutos del doce de diciembre del dos mil siete.

- Se le debe explicar de manera sencilla cuál es su participación en el proceso y sus derechos, así como el papel que deben desempeñar los jueces, fiscales y defensores
- Se le deben formular al menor preguntas claras y con una estructura simple, tomando en consideración sus condiciones socioculturales, dándole tiempo para que conteste y además cerciorándose que haya comprendido adecuadamente la pregunta
- Debe evitarse la reiteración innecesaria de las preguntas y las entrevistas, promoviéndose la labor interdisciplinaria cuando sea necesario
- El lugar donde se realice la entrevista debe ser cómodo y privado, siendo recomendable que cuando se trate de entrevistas a niños dicho lugar esté decorado con detalles y figuras infantiles, y de ser posible haya juguetes disponibles.
- En todos aquellos momentos en que se requiera, deberá solicitarse la colaboración de un profesional en Trabajo Social y/o Psicología del Poder Judicial, o en su defecto de otras instituciones
- Se debe evitar el contacto directo del menor con el acusado, y para ello se deben destinar recursos para acondicionar los despachos, por ejemplo, con biombos para evitar ese contacto visual. Igualmente debe evitarse de conceder citas a la misma hora para evitar el careo entre víctima e imputado, debiéndose además prever el ingreso y salida de los edificios de Tribunales por diferentes puertas y a diferentes horas.

- Debe procurarse que en los juicios las declaraciones de los menores de edad se reciban primero
- En caso de existencia de una víctima menor de edad, y exista recomendación del Departamento de Psiquiatría Forense, Psicología Forense, o bien de los departamentos de Trabajo Social o Psicología del Poder Judicial, se recomienda la autoridad a cargo del proceso recurrir al anticipo jurisdiccional de prueba en caso que resulte procedente.
- Deben tomarse las medidas para que las personas menores de edad esperen el menor tiempo posible la realización de una diligencia judicial.
- Todas las anteriores reglas son aplicables para el caso de que los menores de edad comparezcan como testigos de los hechos

CAPITULO V

CAMARA GESELL

5.1.- La Cámara Gesell

El sistema de cámara Gesell se ha transformado en los últimos años en una prueba fundamental para condenar delitos de abuso sexual con niños víctimas. Sin embargo, el proceso muchas veces es cuestionado no sólo por los abogados defensores sino por el resto de las partes involucradas cuando el resultado no se condice con las expectativas iniciales de la denuncia. El Poder Judicial encontró en este tipo de procedimientos lo que consideran como "una prueba de oro" porque permite traer a discusión "datos guardados" en la memoria de los afectados. Se acompaña con otros indicios que surgen de la investigación judicial.

La cámara Gesell es un medio de prueba instrumentado en favor de las víctimas más vulnerables, que son los niños y adolescentes hasta los 18 años. Se aplica a los que han sido víctimas o testigos de delitos de todo tipo pero sobre todo en casos cometidos contra la integridad sexual de los menores. Con este método se evita que el juez interroge directamente al niño y pueda revictimizarlo.

La cámara Gesell, es la principal fuente de prueba en casos de abusos sexual porque no hay testigos, son delitos entre paredes y la mayoría se producen en el seno de la intimidad del hogar.

En el 90% de los casos, el agresor sexual es de la familia o allegado a ella y aprovecha la situación de contacto con el niño.

Al no haber testigos se debe reconstruir el hecho, se reconstruye a partir de lo que pudo haber quedado en la memoria de la víctima.

El relato, además, va acompañado de sensaciones y de ciertos datos que luego van a servir para contrastar con el resto de las pruebas. "La Gesell no es la única prueba, pero es la principal", argumentó Baquero Lazcano.

"Normalmente hay otros indicadores", explicaron los fiscales de Cipolletti. Hay delitos, como el "manoseo" por ejemplo, que no dejan secuelas en el cuerpo pero sí desde el punto de vista psicológico. En este caso los profesionales realizan pericias para evaluar las consecuencias en la salud mental de la víctima. "Lo que se conoce como el estrés postraumático", explicaron.

"Hay abusos que no dejan marcas en el cuerpo pero sí en el espíritu y hay datos, que se obtienen por la Gesell y por las demás pericias psicológicas que sirven como indicadores: cambios de conducta, cómo revela el secreto el niño, a quién se lo revela", explicó el camarista.

"Hay una investigación que se inicia a partir de la declaración del niño. Si la víctima no dice nada en la Gesell, porque hay casos en que la angustia no les permite hablar, se reconstruye la situación a partir de otros datos. Por ejemplo si estuvo con un pariente y aparece con la ropa manchada con sangre hay un indicador de abuso y se empieza a reconstruir la historia. Pueden darse declaraciones confusas pero eso se va valorando con el resto de la prueba. Es la prueba de oro porque el niño te va a dar datos de su memoria".

"Esta pericia es testimonial, significa que no puede ser repetida porque no se puede revictimizar a la niña o adolescente víctima. Por eso es grabada y filmada. Si el juez la quiere convertir en prueba.

5.2.- Antecedentes

El Dr. Arnold Lucius Gesell (21 de junio de 1880 – 21 de mayo de 1961)

Fue un psicólogo y pediatra especializado en el desarrollo infantil. Su trabajo relacionado con el establecimiento de unas pautas de conducta infantil a lo largo del desarrollo, está considerado como uno de los más influyentes en la puericultura de los años 40 y 50.

5.3.- Definición

Es una herramienta de uso forense y legal que facilita la realización de la entrevista única. Básicamente, consta de dos habitaciones o ambientes contiguos separados con una división de vidrio espejado, que permite mirar solo por un lado, dotado además de un sistema especial de audio y video. En uno de estos ambientes se realiza la entrevista única de la víctima por el psicólogo; y, en el otro, Prueba de observación, se encuentran los operadores de justicia, como el fiscal de familia, cuya presencia es obligatoria, el fiscal penal, instructor policial, abogado defensor, padres o tutores de la víctima y el abogado defensor del denunciado. Igualmente, un defensor de oficio

5.4.- Importancia

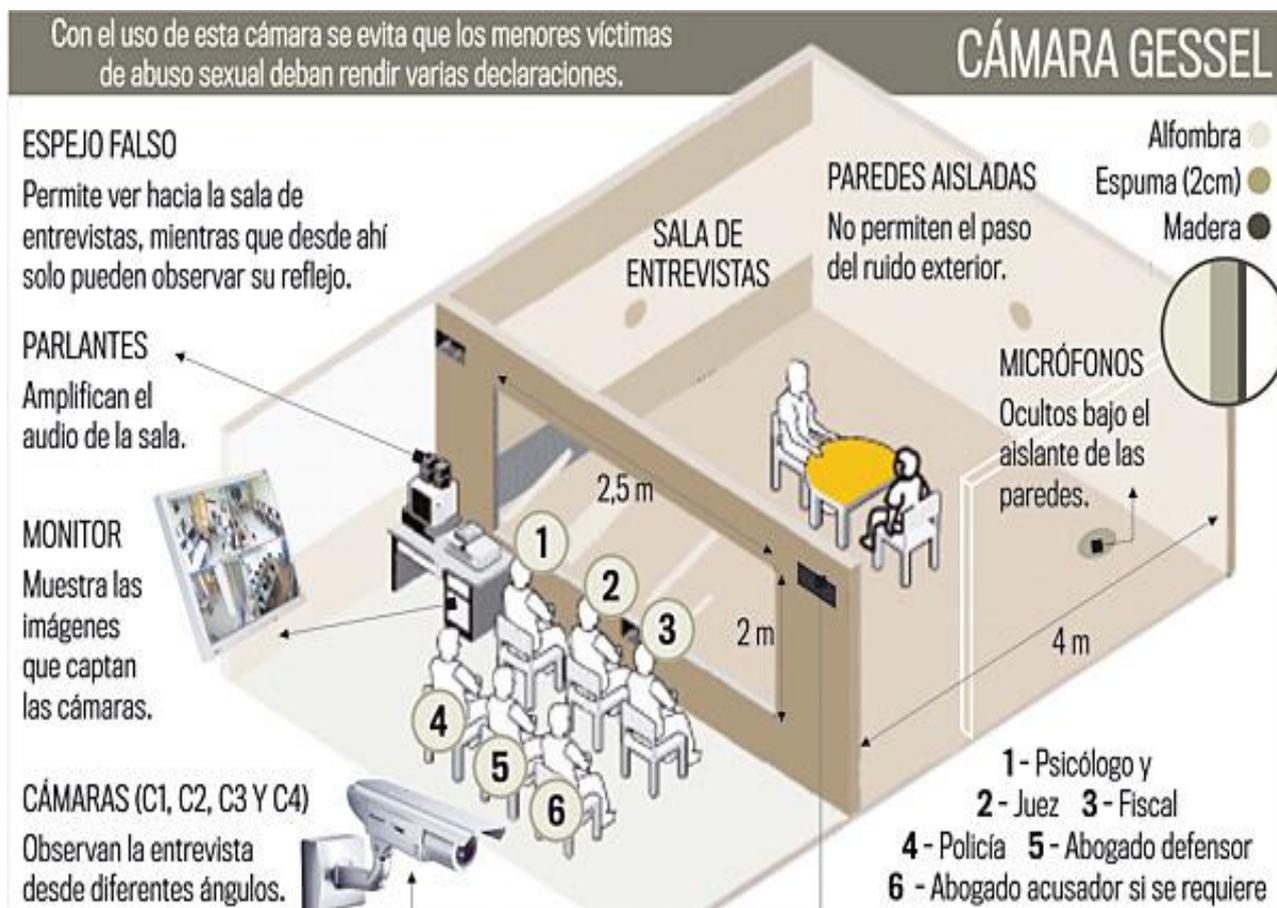
En atención al interés superior del niño, se muestra un evidente avance en la investigación sobre delitos sexuales en menores de edad a través del uso de la cámara Gesell, importante herramienta forense que evita la revictimización o un nuevo maltrato psicológico de los infantes durante el interrogatorio para esclarecer el caso.

5.5.- Atención única integral a niños y niñas adolescentes víctimas de abuso sexual.

Es un esfuerzo interinstitucional que promueve el Ministerio Público con apoyo de UNICEF, a efecto de evitar la revictimización de los niños, niñas y adolescentes que ha sufrido Violencia Sexual. Se establece un procedimiento de atención único, rápido, oportuno y eficaz, en la recepción de la denuncia penal a nivel policial y fiscal, así como en la realización de los peritajes del Instituto de Medicina Legal del Ministerio Público, y entrevista al niño, niña y adolescente, velando además, porque la víctima reciba del Sector Salud, atención integral mediante programas que promuevan su recuperación física y psicológica, que incluya también a la familia de la víctima.

La Cámara Gesell, existe desde hace mucho tiempo, pero orgánicamente en el Perú se comenzó a utilizar desde el año 2008 y se estableció un reglamento de uso y obligación para todos los defensores, porque era una aberración que el chico víctima de abuso era una aberración que el chico, víctima de abuso, sea

sometido a varios interrogatorios desde la primera declaración que hacía en la sede policial hasta en el juicio oral”.



5.6.- Utilización De La Cámara Gesell

Para tomar declaraciones testimoniales a los menores. La Cámara Gesell es parte de un sistema, que se terminó por completar con el protocolo de actuación en casos de abuso sexual infantil, por el que se instauró que la policía NO debe tomarle declaración testimonial al chico ni a la madre, sino que se hará una sola entrevista con la utilización de que se hará una sola entrevista, con la utilización de la Cámara Gesell.

5.7.- Funcionamiento

Desde este segundo ambiente se realizan las preguntas, a través de un equipo de comunicaciones al psicólogo quien lo transmitirá al niño en un lenguaje adecuado. Toda esta diligencia es filmada, lo que permitirá que posteriormente pueda ser visualizada por el juzgado o salas penales sin necesidad que la víctima vuelva a concurrir o declarar. La información es guardada en un disco compacto. En este escenario, el personal encargado de la investigación observa a los niños y/o adolescentes que brindan sus testimonios desde la habitación contigua.

Esta innovación evita el proceso conocido como “victimización secundaria”, que tiene lugar cuando los sujetos víctimas o testigos de un delito se ven obligados a evocar una y otra vez la agresión vivida, en las numerosas declaraciones que deben prestar a lo largo del procedimiento judicial, experimentando repetidamente el trauma y la estigmatización.

5.8.-Tipos De Victimización

La victimización primaria, es el daño que sufre directamente.

La victimización secundaria, es el perjuicio por los integrantes de las instituciones del sistema de administración de justicia, tales como Jueces, Fiscales y, Peritos, Policías y otros funcionarios, involucrados en la atención de los casos. Una de las formas es cuando un niño, niña o adolescente, es sometido a numerosos y tediosos interrogatorios en el intento de esclarecer la agresión, pues se incrementan las condiciones para exacerbar las vivencias del evento traumático.

La victimización terciaria, es el daño que causa la estigmatización que la sociedad realiza sobre la víctima al sobre la víctima, al identificarla y excluirla.

La entrevista única es una diligencia de declaración que forma parte de la investigación penal que conduce el Fiscal competente y se aplica a niños conduce el Fiscal competente y se aplica a niños, niñas o adolescentes presuntas víctimas de abuso sexual explotación sexual y trata con fines de sexual, explotación sexual, y trata con fines de explotación sexual. Se desarrolla en una sola sesión con el apoyo del psicólogo del Instituto de Medicina Legal, en la sala de entrevista única; para este efecto el psicólogo emplea la entrevista forense el psicólogo emplea la entrevista forense.

La entrevista única se documenta por medio de un acta suscrita por el fiscal y por quienes intervienen en ella. Simultáneamente se registra la entrevista en medio audiovisual que graba la expresión verbal y no verbal del entrevistado. Tanto el acta como el soporte audiovisual tienen un original y una copia. El original forma parte de la investigación fiscal y la copia se remite a la unidad orgánica correspondiente, ambas cuentan con el tratamiento que se sigue con los objetos de prueba siendo necesario establecer la cadena de custodia.

La entrevista única es un procedimiento reservado que busca evitar la re victimización y reservar la identidad del niño niña o adolescente La identidad del niño, niña o adolescente. La observación y participación está restringida al Fiscal, Psicólogo abogado defensor (del imputado y del Psicólogo, abogado defensor (del imputado y del niño, niña o adolescente), y con la presencia de los padres o responsables del niño niña o adolescente padres o responsables del niño, niña o adolescente.

5.9.- La guía de procedimiento.

La “Guía de Procedimiento para la Entrevista Única de Niños, niñas y adolescentes víctimas de abuso sexual explotación sexual y trata con fines de sexual, explotación sexual y trata con fines de explotación sexual”, fue elaborada por el Ministerio Público con el valioso apoyo de la Cooperación Belga para el Desarrollo y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia – UNICEF en el marco del Proyecto UNICEF, en el marco del Proyecto “El Estado y la sociedad contra la violencia, abuso y/o explotación sexual comercial infantil”.

5.10.- El procedimiento de entrevista única

Etapa Previa: que incluye la denuncia, evaluación médica legal,

Etapa de Entrevista Única,

Etapa Posterior: que incluye la evaluación Psicológica y la derivación para su tratamiento a los servicios de salud y a la unidad de víctimas y testigos cuando corresponda.

5.11.- función y actuación fiscal

El Ministerio Público conduce la investigación desde su inicio hasta su culminación, en sede Fiscal o en sede Policial según lo disponga sede Policial, según lo disponga.

Cuando el investigado es mayor de edad, quien dirige el procedimiento de entrevista única es el Fiscal Penal. El Fiscal de Familia participa velando por el respeto de los Derechos y Garantías del Fiscal de Familia.

5.12.- Función y actuación del psicólogo del instituto médico legal

El psicólogo del Instituto médico legal deberá estar capacitado en técnicas de entrevista forense en niños, niñas o adolescentes y contar con la experticia en niñas o adolescentes, y contar con la experticia necesaria para realizar el procedimiento de entrevista única en casos de delitos con abuso sexual, explotación sexual, y trata con fines de explotación sexual.

Realiza las coordinaciones preparatorias con los fiscales intervinientes a fin de tener la información necesaria que le permita realizar dicha entrevista recaudando los elementos facticos que ayuden al esclarecimiento del caso.

5.13.- Función del psicólogo.

Orienta las preguntas de acuerdo a la edad cronológica, estado emocional, déficit intelectual, deficiencias físicas – sensoriales indicios de posibles sensoriales, indicios de posibles trastornos neurológicos del niño, niña y adolescente que será entrevistado

El Psicólogo es responsable de informar al niño, niña y adolescente del procedimiento en sala de entrevista única, sin discriminación de edad, cultura e instrucción educativa.

5.14.- Evaluación médico legal.

El niño, niña o adolescente debe acudir a las evaluaciones médico legales en compañía de sus padres, o responsables. En casos de desprotección familiar el niño, niña o adolescente es conducido por un acompañante adulto (debidamente identificado) para que le realicen los peritajes médicos legales, siempre y cuando

las condiciones de salud física y/o mental lo permitan salud física y/o mental lo permitan.

En aplicación al Interés Superior del Niño se solicitará que los exámenes Médico Legales consideren los siguientes criterios:

El médico evaluador evita preguntar en los aspectos propios de la situación de violencia sexual por la que atraviesa el niño, niña o adolescente, procurando indagar únicamente lo pertinente para el desarrollo de su pericia médica, sin re victimizar ni profundizar en los hechos que son materia de investigación fiscal.

Los protocolos, guías, manuales de atención e investigación, deben contar con la ficha de consentimiento informado por parte de los familiares o responsables y del niño responsable y del niño, niña o adolescente

5.15.- Criterios de exclusión para uso de la sala de entrevista única

Adolescentes mayores de 14 años que hayan sostenido relaciones sexuales consentidas

Niños, niñas o adolescentes, y padres que no otorguen su consentimiento para participar de este procedimiento.

Presuntos Infractores de la ley penal que no sean víctimas de abuso sexual, explotación sexual, o trata con fines de explotación sexual

Niños, niñas o adolescentes que han brindado declaración anteriormente ante el Fiscal pero fuera de declaración anteriormente ante el Fiscal, pero fuera de sala de entrevista única.

- Ampliación de entrevista

- Entrevistas reprogramadas más de dos veces

- Procesos que no son materia de esta guía,

- Reconocimiento de investigados de manera presencial de manera presencial,

- Menores infractores con medida socio educativo socio educativa.

CAPITULO VI

EL JUICIO ORAL EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL

6.1.- El Derecho Constitucional al Juicio Previo

A diferencia de otros países, en el Perú la Constitución Política no ha consagrado literalmente el derecho a un juicio previo; aunque ello no signifique que el derecho a un juicio previo sí pueda ser alegado en nuestro sistema debido, entre otros argumentos, a que está plasmado en tratados internacionales que México ha suscrito y, por ende, forma parte de nuestro Derecho. Así tenemos: Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 10), Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (artículo 14.1), y la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (artículo 7.5).

Sin embargo, en nuestra Carta Magna se consagra la garantía de no ser penado sin proceso judicial, por ello señala BUSTAMANTE ALARCÓN, (2005) “Lo que implica que ninguna persona sea afectada o sancionada si antes no se inició, tramitó y concluyó el proceso o procedimiento correspondiente, garantizando su intervención o participación en él. Asimismo, tal omisión ha sido suplida en el artículo I inciso 2 del Título Preliminar del Código Procesal Penal del 2004, el cual establece que: “Toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral, público y contradictorio, desarrollado conforme a las normas de este Código”.(p. 546).

Este derecho al juicio previo ha sido desarrollado a través de la denominada fase procesal: juzgamiento (o juicio oral), cuyo objetivo es la demostración de la

acusación penal a través de la actuación y análisis de los medios probatorios, siendo dentro de un modelo acusatorio la etapa central del proceso penal.

Finalmente, el juicio es en esencia, un debate entre la tesis del Fiscal y la tesis de la defensa. Es una lucha entre dos adversarios. En el nuevo modelo, la oralidad está en el centro de todo el proceso y es el principal instrumento para conocer los hechos constitutivos del delito y la responsabilidad de sus autores.

6.2.- La necesidad de contar con la etapa del Juicio Oral en el Proceso Penal.

Según señalado las siguientes razones que justifican la necesidad de adoptar, en el proceso penal, la etapa del juicio oral:

- **Democratización creciente y mayor conciencia sobre de los derechos humanos.-** Sin lugar a dudas un factor determinante en el creciente interés por el funcionamiento de los sistemas judiciales en el continente y el afán de introducirles reformas modernizadoras, especialmente en materia procesal, ha sido la revalorización del sistema democrático de gobierno, entendido también como una forma “racional” de resolver los conflictos en todos los planos del quehacer social.

La huella dejada por décadas pasadas, con el saldo de miles de desaparecidos, entre otras atroces violaciones a los derechos fundamentales, también sirvió para replantearse los mecanismos internos

de control a la actividad gubernamental y, especialmente, el rol y “poder” del Poder Judicial para jugar eficientemente su papel.

- **Gobernabilidad y desarrollo económico.-** Paralelamente, el creciente desarrollo experimentado por nuestras economías, signado por formas más abiertas y competitivas de transacción tanto interna como externamente, dejaron en evidencia rápidamente que un posible obstáculo para la consolidación de tal modelo eran las debilidades institucionales en los diversos países del área y, fundamentalmente, las trabas que implicaba un sistema jurídico y de justicia arcaico y lento, causante, en buena medida, de la inestabilidad en las relaciones jurídicas y, por ende, del aumento de los costos de transacción.

Diversos estudios en el área han demostrado, por ejemplo, la mayor predisposición de negociar con personas conocidas, por la facilidad para resolver informalmente potenciales conflictos, que hacerlo abiertamente con cualquier oferente, aun cuando con este se pueda alcanzar un mejor precio.

Igualmente, se han podido comprobar los nocivos efectos que las inestabilidades institucionales –de las que no quedan ajenos los poderes judiciales– causan, por ejemplo, en los volúmenes de la inversión extranjera. Por otra parte, el propio fenómeno de la evolución económica implica la incorporación de nuevos sujetos a la vida económica formal

del país, con la consiguiente demanda por servicios judiciales que, tal como están hoy concebidos, presentan serias limitaciones de acceso.

- **Aumento de los problemas de seguridad pública.-** Las mismas circunstancias antes reseñadas –sistemas restrictivos de gobierno que dan paso a gobiernos democráticos y evolución económica– traen aparejados fenómenos de violencia y criminalidad urbana desconocidos con anterioridad para algunos países del área, al menos en la magnitud que hoy se están viviendo. Las demandas que de allí surgen hacia el sistema de represión penal estatal son crecientes.

La herramienta tradicional de alzar las penas ha terminado por acreditarse como ineficiente e incluso contraproducente, dando lugar a formas más sofisticadas de intervención, tales como aquellas que se plantean sobre el sistema judicial.

- **Colapso de los sistemas judiciales dentro de un contexto de reforma y modernización del Estado.-** En este contexto, el sistema judicial es percibido por la ciudadanía como lejano, oscuro y tremendamente ineficiente. La gente no entiende qué es lo que hace, ni menos cómo lo hace. Se les presenta como una estructura burocrática, que utiliza un lenguaje, una tecnología y una forma de hacer las cosas sumamente anticuadas. Paralelamente, se visualiza que el resto de la Administración Pública, con los múltiples problemas que aún presenta, está sosteniendo

esfuerzos serios y consistentes de racionalización y modernización de su gestión, todo lo cual alienta procesos de reestructuración en este sector.

➤ **Presencia y participación de entidades de cooperación internacional.-**

Finalmente, sin duda, parte importante por el crédito destinado al impulso de estas reformas debe atribuirse a las entidades de cooperación internacional, que crecientemente han demostrado su interés por desarrollar actividades en el área de la justicia en Latinoamérica. Inicialmente fue el impulso de la Usaid, al cual se le han acoplado en los últimos años los bancos multilaterales –Banco Interamericano de Desarrollo y Banco Mundial–, la Unión Europea y otros países de este continente.

Un común denominador en los esfuerzos de todas estas entidades de cooperación ha sido contribuir a los esfuerzos nacionales por oralizar sus sistemas procesales.

6.3.- Principios del Juicio Oral

Según la doctrina, los principios que rigen el juicio oral son: la oralidad, la publicidad, la inmediación y la contradicción en la actuación probatoria.

Asimismo, en su desarrollo se observan los principios de continuidad del juzgamiento, concentración de los actos del juicio, identidad física del juzgador y presencia obligatoria del imputado y su defensor.

Que son los principios?, según(BAYTELAMN, (2000), y otros, (2003) “Los principios del juicio oral son, el conjunto de ideas, fuerza, ideas políticas, que hemos acordado para el juzgamiento de una persona, por tal motivo son de aplicación directa en el proceso y deben integrar los vacíos, forzar la interpretación y regirse como argumentos últimos de la argumentación jurídica y del razonamiento judicial”.(p.4)

6.3.1.- Principio de inmediación

Este principio nos informa que no debe mediar nadie entre el juez y la percepción directa de la prueba. Para que la información sea creíble se debe asumir este principio, que trae como consecuencia que la instrucción tiene solo el carácter de ser una etapa preparatoria y en ningún sentido, se le otorga valor probatorio alguno a las diligencias practicadas en ésta. Para la realización de este principio debemos contar con el instrumento de la oralidad porque la concentración propicia la mediación.

Asimismo, es necesario para cumplir con la garantía de la inmediación, establecer la realización de una sola audiencia y con la presencia física interrumpida de los juzgadores, quienes evaluarán la prueba producida en su presencia.

Por, ello coincidimos con lo afirmado por Baytelman, cuando señala que “para que la información sea confiable –para que satisfaga un mínimo

control de calidad- debe ser percibida directamente por los jueces. Esto es a lo que llamamos principio de inmediación: la idea de que nadie medie entre el juez y la percepción directa de la prueba, por ejemplo el testigo que está declarando. Si el juez no oye directamente la declaración del testigo sino que la lee en un acta, entonces simplemente no está en condiciones –por capaz que sea– de realizar un verdadero juicio de credibilidad respecto de lo que el testigo ha dicho. La información que esa acta contiene –la información del testigo recogida en el acta– es información de bajísima calidad”, y es que a falta de inmediación, siempre vamos a encontrarnos antes información que no es confiable –en términos de Baytelman– y por lo tanto, no se puede fundar válidamente una sentencia condenatoria.

En virtud al principio de inmediación, el juzgador no podrá utilizar como pruebas los simples actos o medios que se encuentren por escrito. Sino por el contrario toda prueba o fuente de prueba entre otras, testigos y peritos tienen que estar presentes en la audiencia para que puedan declarar lo que saben (los testigos en su interrogatorio y los peritos en su examen).

Un sistema acusatorio otorga la importancia debida a la inmediación del juez con la prueba, razón por la que inclusive si se trata de un testigo clave y no aparece en el juicio oral, el Fiscal o defensa que lo requiera no podrá presentar como prueba la declaración que este prestó en la fase de investigación o instrucción, ya que se realizó de forma escrita y

reservada. Ya que al aceptarla, la Sala solo tendrá una inmediación con el papel y no con el órgano de prueba, y esta vendría a ser un contrasentido.

La única excepción a esta regla vendría a ser la prueba anticipada y la prueba pre-constituida, quienes tienen su fundamento en la necesidad y la urgencia, la inmediación rige plenamente para el resto de la actividad probatoria. Los jueces no son jueces de papeles.

La correcta concepción del principio de inmediación radica en el respeto del enfrentamiento de intereses entre las partes. En ese sentido, afirma que “la forma de la inmediación es respetar el enfrentamiento de intereses que se produce en todo juicio, ya sea en un juicio de derecho privado como también en un juicio de derecho público. La ley legitima a ciertas personas como representantes de ciertos intereses o bienes de los que son portadores, y estas personas son las que comparecen al juicio, a expresar cada una su verdad, y contraponerla entre ellas en forma dialéctica” (MAYER, 1998,p.120).

En efecto, un juicio oral debe realizarse en una sola sesión de audiencia y en su defecto, ya sea por la complejidad del asunto, deberá iniciarse y continuarse en forma consecutiva hasta la expedición de la sentencia como lo señala el NCPP 2004 en su Art. 360 del Código Procesal Penal, consigna que “Instalada la audiencia, esta seguirá en sesiones continuas e ininterrumpidas hasta su conclusión. Si no fuere posible realizar el debate en un solo día, este continuará durante los días consecutivos que fueran

necesarios hasta su conclusión”, con la finalidad de no afectar tal garantía, con las mini-sesiones de diversas causas en un solo día, con un criterio equivocado de celeridad en el proceso, causando la dilación en estas mini-sesiones con varios días de distancias entre una y otra, que afectan al contacto directo del juzgador con la producción de prueba en el juzgamiento.

En ese sentido se pronuncia BAYTELMAN, (2000), cuando nos dice que “lo que interesa destacar aquí es que si los jueces no perciben directamente la información entonces no pueden estar seguros de que ella sea seria y creíble y, por lo mismo, van a estar expuestos a equivocarse al utilizar información de baja calidad. Toda excepción al principio de inmediación, entonces, debería ser vista con recelo y con sospechas por parte de los jueces, quienes deben en consecuencia hacer interpretaciones restrictivas y exigentes respecto de ellas” (p.7)

En conclusión, este principio entraña una exigencia para el juzgador, que es la de ponerse en contacto directo con las demás personas que intervienen en el proceso, sin que exista entre ellos ningún intermediario. Esta exigencia es particularmente mayor e importante con relación a las pruebas, dado que el Juez sólo puede fundamentar su sentencia en pruebas que hayan sido actuadas directamente ante él.

6.3.2.- Principio de Contradicción

Este principio permite que las partes puedan intervenir con una igualdad de fuerzas dentro del juzgamiento y realicen libremente todo lo posible para desvirtuar o controvertir el caso de la contra parte. Es la derivación de la garantía constitucional de la inviolabilidad del derecho de defensa establecido en el Art. 139. 14 de la Constitución Política del Perú.

Esta garantía se manifiesta en la igualdad de armas que debe existir entre las acusaciones del fiscal y la defensa del imputado. Y que la contradicción o el derecho a contradecir del imputado sean durante todo el proceso y en mayor medida dentro del desarrollo del juicio oral. Porque si pudiéramos resumir el derecho de defensa solo diríamos que debe existir “igualdad de condiciones”.

Respecto al derecho de defensa, éste cumple “un papel particular: por una parte, actúa en forma conjunta con las demás garantías; por la otra, es la garantía que torna operativas a todas las demás. Por ello, el derecho de defensa no puede ser puesto en el mismo plano que las otras garantías procesales. La inviolabilidad del derecho de defensa es la garantía fundamental con la que cuenta el ciudadano, porque es el único que permite que las demás garantías tengan vigencia concreta dentro del proceso penal” (BINDER, 1993, p.151)

Como respaldo a esta afirmación tenemos los Convenios y Tratados sobre Derechos Humanos que lo comprenden, como son:

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su Art. 14.3.d.
- La Convención Americana de Derechos Humanos en su Art. 8.2.d.

El Nuevo Código Procesal Penal 2004 establece de manera expresa el Derecho de Defensa, en el Art. IX del Título Preliminar: “toda persona tiene derecho inviolable e irrestricto a que se le informe de sus derechos, a que se le comunique de inmediato y detalladamente la imputación formulada en su contra, y a ser asistido por su abogado defensor de su elección o en su caso, por un abogado de oficio (...) también tiene derecho a que se le conceda un tiempo razonable para que prepare su defensa; a ejercer su autodefensa material; a intervenir, en plena igualdad, en la actividad probatoria”.

En conclusión, el principio de contradicción, es una manifestación central y específica del derecho de defensa, pues el juicio oral es básicamente un test de calidad de la información que presenta el Ministerio Público en la acusación; entonces, el derecho de defensa sólo existe si dicha información puede ser completa y libremente controvertida por el acusado y su representante, pero al sistema también le interesa que la información incorporada por la defensa cumpla estándares de calidad, que sólo se puede lograr a través de contradictorio que representa, en tal sentido, un instrumento para el control de la información que ingresa al juicio.

6.3.3.- Principio de Oralidad

Siendo consustancial al modelo procesal asumido por el NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL, la aplicación del principio de oralidad, queda claro que el vehículo de comunicación entre las partes y el órgano jurisdiccional, será la oralidad, intercambio comunicacional que se desarrollará en escenarios denominados audiencias. Esta verdad incontrastable obliga a los actores procesales al aprendizaje de determinada metodología que no sólo haga más fluida dicha comunicación, sino que además sirva de modelo idóneo de convencimiento al juzgador; esta metodología no es otra que la llamada “Técnicas de Litigación Oral”.

Es el principio por excelencia, sin él no habría juicio y le corresponde al juez la valoración de cada testimonio, pericia o alegato presentado. Estamos de acuerdo con el Dr. (ROBLES SEVILLA, (2012) “la oralidad no se limita a la mera lectura de escritos, declaraciones, actas, dictámenes, etc. Que afectarían la inmediación y el contradictorio. Por el contrario, la oralidad es la declaración sobre la base de la memoria del imputado, víctima, testigos y peritos, que deben ser oídas directamente por las partes o los jueces” (p.8)

Se tiene que la oralidad, es clave para que el drama procesal transcurra bajo las reglas de publicidad, es decir, a la vista de todos, con completa transparencia, sin dobleces ni manipulaciones, exhibiendo ante el público

las 5 calidades y capacidades de cada operador en la función que le corresponda.

Sirve también para preservar la igualdad entre los sujetos procesales que sostienen pretensiones enfrentadas y buscan acreditarlas mediante la actuación de prueba, en condiciones de inmediación y auténtico litigio o contradictorio, ante el órgano de decisión que, sin inmiscuirse en las tareas de las partes, valora imparcialmente el resultado de la prueba y falla en convicción.

“La oralidad es un instrumento, un mecanismo previsto para la garantizarían de ciertos principios básicos del juicio penal. En especial, ella sirve para preservar el principio de inmediación, la publicidad del juicio y la personalización de la función judicial” (CUBAS VILLANUVA, 2004, p.37) la oralidad, en consecuencia, es un modo de comunicación, esto es un método de ingreso de información y de discusión en el marco de un procedimiento.

Entonces a la oralidad debemos de entenderlo como un mecanismo de comunicación entre los sujetos procesales, sobre todo entre las partes y el juzgador, y por ende constituye la vía idónea para actuar los medios de prueba, asegurándose que los mismos van a ser apreciados directamente por éste.

Si bien se ha señalado que para que un medio de prueba pueda servir de fundamento a una decisión jurisdiccional de fondo, debe haber sido actuada en juicio oral, cumpliendo con los principios de inmediación, oralidad y contradicción; sin embargo, siguiendo a BINDER, Alberto, se debe señalar determinadas situaciones probatorias que tienen que ser tomadas en cuenta por el legislador, como son:

- ✓ “El valor probatorio que debe asignar a los documentos que dan constancia de los actos de investigación, por cuanto, normalmente en los procesos con tendencia acusatoria, existe la regla de exclusión del contenido escriturario como fundamentación de la sentencia, mientras no se haya dispuesto su formalidad de incorporación a la vista oral” (BINDER,2004,p,100).

De lo expuesto, se llega a la siguiente interrogante: ¿Cómo se refleja en el NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL esta apuesta por la oralidad?.

Reluce en las previsiones de sus artículos 357 y 361, en los cuales se lee:

“Artículo 357.- “1. El juicio oral será público (...)” 4. Los juicios sobre funcionarios públicos, delitos de prensa y los que se refieran a derechos fundamentales garantizados por la Constitución son siempre públicos. 5. La sentencia será siempre pública (...)” Artículo 361.- “1. La audiencia se realiza oralmente (...) 3. Toda petición o cuestión propuesta en audiencia será argumentada oralmente, al igual que la recepción de las pruebas y, en general, toda intervención de quienes participan en ella. Está

prohibido dar lectura a escritos presentados con tal fin (...) 4. Las resoluciones serán dictadas y fundamentadas verbalmente (...)” (Código Procesal Penal. (2014, p, 535,537)

Entonces: ¿La oralidad sólo destaca y es necesaria en la etapa del juzgamiento?

No, también está presente y extiende sus benéficos aires a las fases precedentes del juzgamiento, esto es, a la investigación preparatoria y etapa intermedia. Así ocurre, por ejemplo, cuando el artículo 8 del NCPP, al estipular las pautas para el trámite de los incidentes, instituye como regla las audiencias, en las cuales el Juez escucha a las partes que contienden y resuelve de inmediato.

Lo mismo sucede con las audiencias vinculadas a la imposición de medidas de coerción procesal como la de convalidación de la detención preliminar judicial (artículo 266) o determinación de la prisión preventiva (artículo 271); igualmente, debe mencionarse la práctica de audiencias de control del requerimiento fiscal de sobreseimiento (artículo 345) y de control de la acusación, mediante audiencia preliminar (artículo 351). Sobreseimiento (artículo 345) y de control de la acusación, mediante audiencia preliminar (artículo 351).

Por ello, la oralidad viene a ser un instrumento principal, que produce la comunicación oral entre las partes. Ya sea como emisor o receptor. La eficacia de este principio radica en que la comunicación es oral y no escrita, por tanto, no solamente escuchamos el mensaje o la información

en vivo y en directo, sino también, apreciamos necesariamente la comunicación corporal a través de los gestos, los ademanes y el nerviosismo que puede mostrar la persona al hablar.

En ese sentido se pronuncia el Art. 361 del NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL 2004 establece que “la audiencia se realiza oralmente, pero se documenta en acta (...) toda petición o cuestión propuesta en audiencia será argumentada oralmente, al igual que la recepción de las pruebas y, en general, toda intervención de quienes participan en ella”.

Por lo tanto, la oralidad resulta ser el mejor medio o mecanismo para la práctica de la prueba, ya que a través de la misma se expresan tanto las partes, como los testigos y peritos.

Se tiene que tener en cuenta que la oralidad no significa la mera lectura de escritos, declaraciones, actas y dictámenes, etc., que afectarían la inmediación y el contradictorio. Por el contrario, la oralidad es la declaración sobre la base de la memoria del imputado, víctima, testigos y peritos, que deben ser oídas directamente por las partes y los jueces.

Al juzgador le corresponderá valorar si mienten o no luego del interrogatorio adversarial de las partes. Las partes tendrán en cuenta esas mismas respuestas para la elaboración de su estrategia.

La regla es la reproducción oral, no entendida como mera lectura de actas, pero la excepción la encontramos en que se permite la oralización de ciertos medios de prueba que sean irreproducibles en el juicio oral, por su estado de urgencia y necesidad.

Como vemos, solamente con la Oralidad se puede alcanzar una protección a la persona, que llega a ser el instrumento o medio principal y medular del enjuiciamiento.

Siendo el vehículo que lleva necesariamente a la inmediación y publicidad. En ese sentido, cuando afirma que la oralidad “es un mecanismo que genera un sistema de comunicación entre el juez, y las partes y los medios de prueba, que permite descubrir la verdad de un modo más eficaz y controlado” (BINDER, Op. Cit. p. 99).

En conclusión la oralidad, es un instrumento o mecanismo previsto para garantizar ciertos principios básicos del juicio oral como la inmediación, la publicidad de juicio oral como la inmediación, la publicidad de juicio y la contradicción, es la oralidad que los citados principios logran su manifestación eficaz, lo que constituye un gran aporte para la realización de un juicio oral garantista. En este sentido, el numeral 3 del artículo 361 del Código Procesal Penal, prevé que todo lo que las partes quieran argumentar deberán hacer oralmente y se consignará en las actas correspondientes.

6.3.4.- Principio de Publicidad

Este principio es la garantía más idónea para que un proceso se lleve a cabo acorde con las Normas Internacionales de Derechos Humanos y Constitución Política del Estado que velan por un debido proceso. Entendiéndose que el juzgamiento debe llevarse a cabo públicamente con transparencia, facilitando que cualquier persona o colectivo tengan conocimiento, cómo se realiza un juicio oral contra cualquier persona acusada por un delito y controlen la posible arbitrariedad de los jueces.

La regulación normativa de este principio la encontramos en el Art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana de Derechos Humanos, en su Art. 8 inc. 5, la Constitución y el artículo 356, inciso 1 del Código Procesal Penal de 2004.

En síntesis, la publicidad nos da la garantía que los ciudadanos tengan un control sobre la justicia y que las sentencias sean el reflejo de una deliberación de las pruebas surgidas dentro de un Juicio Oral. Por tanto; esta transparencia que nos da la publicidad permite el control del poder jurisdiccional (de decisión) y del poder acusatorio fiscal (de requerimiento o persecutor del delito).

Asimismo, podemos hallar como beneficios de tener a la oralidad es que ésta no permite la delegación de funciones, ya que controlaría la presencia del juzgador en el desempeño de sus roles, con la verificación

por cualquier persona que tenga conocimiento directo del desarrollo de dicho Juicio.

En conclusión, la publicidad equivale a la publicidad de percepción de las actuaciones verificadas por y ante el Tribunal, por personas que no forman parte del mismo. Así, la publicidad nos da garantía de que los ciudadanos tengamos un control sobre la forma como se administra justicia y que las sentencias sean el reflejo de una deliberación de las pruebas surgidas dentro de un Juicio Oral.

6.4.- Principios que orientan la actividad probatoria

La actividad probatoria realizada en el juicio oral en el marco de un sistema acusatorio, se efectúa con pleno respeto de los derechos fundamentales, así mismo observando los principios que a continuación explicamos, pues el esclarecimiento de la verdad no se constituye como el fin último del proceso.

6.4.1.- Principio de Legalidad

La obtención, recepción, valoración de la prueba debe realizarse en virtud de lo establecido por nuestro ordenamiento jurídico, lo cual no implica adoptar el sistema de valoración de prueba legal o tasada.

En la aplicación de este principio se debe tener en cuenta, el respeto a la dignidad del ser humano, ya que no se puede invocar una norma, que atente contra los derechos de las personas.

6.4.2.- Principio de Legitimidad

Es también llamado principio de legitimación, implica que el sujeto que aporta la prueba y el que la valora (Juez) deba estar autorizado para hacerlo, se trata de una facultad procesal.

6.4.3.- Principio de libertad de la Prueba

Se basa en la máxima de que todo se puede probar y por cualquier medio, es decir el texto normativo solo nos establece medios probatorios de manera ejemplificativa, no taxativa, ya que todos son admisibles para lograr la convicción judicial. Como todo principio encuentra sus excepciones en los derechos fundamentales. Ej. Interceptación telefónica.

6.4.3.- Principio de pertinencia de la Prueba

Implica la relación lógica entre el medio de prueba y el hecho que se ha de probar.

La prueba es pertinente cuando el medio se refiera directamente al objeto del procedimiento. Ej., la pericia de preexistencia de embarazo es

pertinente para la investigación del delito de aborto pero no para un delito tributario.

6.4.5.- Principio de conducencia

Se manifiesta cuando los medios de prueba son conducentes, tienen la potencialidad de crear certeza judicial. Este principio está relacionado con el principio de utilidad.

6.4.6.- Principio de utilidad

Un medio de prueba será útil si es relevante para resolver un caso particular y concreto. Su eficiencia se muestra luego de la valoración de la prueba. No es útil la superabundancia de pruebas, por ejemplo: ofrecer muchos testigos que declaren sobre un mismo hecho.

CONCLUSIONES

- 1) La pericia psicológica forense es idónea para determinar el daño causado en los menores que han sufrido delitos de violación sexual. Ella es un procedimiento metodológico, realizado por un perito psicólogo, en donde se emiten conclusiones psicológicas forenses objetivas e imparciales y cuya finalidad es ilustrar, asesorar y aportar conocimientos al juez.
- 2) La valoración de la pericia psicológica en los delitos de violación sexual de menor de edad, es uno de los medios probatorios que reviste gran importancia para el operador de justicia.
- 3) Las Sentencias emitidas por los juzgados penales colegiados de Chiclayo en los delitos de violación de menor de edad, adoptan las conclusiones de la pericia y las explicaciones del perito en el acto oral, debidamente controlados, teniendo como referencia el Acuerdo Plenario N°04-2015/CIJ-116.
- 4) De las sentencias revisadas en los juzgado penales colegiados de Chiclayo, se encuentra que se hace alusión explícita a las evaluaciones psicológicas practicadas a la víctima, no habiéndose encontrado apartamiento a esta medio de prueba.

RECOMENDACIONES

- 1) Se recomienda capacitar y fortalecer las competencias de los peritos psicológicos del IML de manera permanente con la finalidad de que las técnicas e instrumentos a utilizar los conlleve a que emitan dictámenes periciales de gran idoneidad.

- 2) Se recomienda que los principios éticos del perito psicólogo deben estar debidamente solidificados, presentando veracidad, independencia, respeto y sobre todo actuando con responsabilidad con la sociedad y con la profesión.

- 3) Se recomienda que las conclusiones a las que arribe el perito psicólogo en la pericia psicológica y el lenguaje que utilice en la oralización sobre la explicación de la misma sea un lenguaje sencillo, preciso y comprensible para la generalidad de los presentes, dentro del marco de lo científico, adecuando su discurso a la escucha, sin tecnicismos innecesarios, fundamentando acabadamente su escrito y así se puedan seguir adoptando las conclusiones de la pericia y las explicaciones del perito en el acto oral por parte del juzgador al emitir sus sentencias.

- 4) Se recomienda que los magistrados reciban información actualizada acerca de los avances de la psicología forense para que se continúe en la direccionalidad de incorporar en sus sentencias de manera explícita a las evaluaciones psicológicas practicadas a la víctima, no apartándose de este medio probatorio.

BIBLIOGRAFIA

- 1) ALSINA, (2000). Tratado Teórico-Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, t. III, 2° ed., Buenos Aires, pág. 473;
- 2) AVILA, R. B. (1997). La Tesis Profesional. Lima: Estudios y Ediciones S.A. Págs. 9 al 205.
- 3) AZABACHE, C. (2000). Obtención y Valoración de Fuentes de Prueba. Lima: Academia de la Magistratura. Pag.67 a 93.
- 4) CAFFERATA NORES, J. (1986). "La prueba en el proceso penal", Depalma, Buenos Aires, 1986, Pág. 121.
- 5) CARNELUTTI, (1979). "La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio". Ediciones jurídicas Europa - América, Buenos Aires, p. 147.
- 6) CARRILLO, F. (1986). Cómo hacer la tesis. Lima: Horizonte. Págs. 5 al 207.
- 7) DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO, (1993) Teoría General de la Prueba Judicial, T. I, 4ª edición, Medellín, Colombia, 1993, p. 118.
- 8) FRARACCIO, J. A. (1997). Medicina Legal. Buenos Aires: Universidad. Págs. 177 al 190.
- 9) GARRIDO, V. (2005). Qué es la Psicología Criminológica. España: Biblioteca Nueva. Págs. 143 al 179.

- 10) HERNÁNDEZ, R. (2006). Metodología de la Investigación. México: Mc Graw Hill. Págs. 301 al 339 y 523 al 747.
- 11) MIXÁN MASS, F. (1995). El debido proceso y el procedimiento penal: Vox Juris. Lima. Pág. 30.
- 12) NAVARRO V.E. (2010). La trasgresión del derecho de presunción de inocencia por el Ministerio Público de Trujillo. Trujillo: UNT. ONG MANUELA RAMOS 2011. Violación de la Libertad Sexual
- 13) NEGRÓN, O., DE JOHNG, S. y PARODI, D. (2004). Análisis Psicométrico de indicadores de estrés. En: Revista Venezolana de Psicología Comunitaria. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.
- 14) REYNA, L. M. (2007). La Prueba, Reforma del Proceso Penal y Derechos Fundamentales. Lima. Juristas Editores. Págs. 541 al 570.
- 15) SAEZ COMBA, J. M. (1992): "La prueba pericial psiquiátrica en el procedimiento penal", en La prueba en el proceso penal. Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid, p. 415
- 16) TRUJILLO, N. G. (2002). Medicina Forense. México: Manual Moderno. Págs. 174 al 183.
- 17) VARGAS, E. (2002). Medicina Legal. México: Trillas. Págs. 251 a 253.
- 18) VÁSQUEZ, B. (2005). Manual de Psicología Forense. España: Síntesis. Págs. 11 al 41.
- 19) ZAGREBELSKY, Gustavo. (2001) ¿Derecho procesal Constitucional?, EN: Revista Peruana de Derecho Procesal IV. Estudio Monroy abogados. Lima.

ANEXOS

ANEXO 01

- EXPEDIENTE 1928-2016

- **IMPUTADO:** SALGADO ORELLANA
MANUEL
- **DELITO:** VIOLACIÓN SEXUAL DE
MENOR DE EDAD

ANEXO 02

- EXPEDIENTE 5858-2017.-

- IMPUTADO JIMÉNEZ HEREDIA
NEYBOL.
- **DELITO:** VIOLACIÓN SEXUAL DE
MENOR DE EDAD (MAYOR DE 10 Y
MENOR DE 14 AÑOS DE EDAD)

ANEXO 03

- **EXPEDIENTE 04455-2017,**
 - **IMPUTADO: LUIS FERNANDO COLUNCHE DELGADO.**
 - **DELITO VIOLACIÓN SEXUAL DE MENOR DE EDAD.**