

EL PROCEDIMIENTO PENAL POR DELITOS SEXUALES EN EL PERÚ (p. 291)

César E. San Martín Castro

Sumario: *I. A modo de introducción. II. Procedimiento penal por delitos sexuales antes de la reforma de 1999. a. Del ejercicio de la acción penal. b. Del procedimiento penal. III. a reforma de 1999. IV. Análisis de las reformas procesales. a. Perseguibilidad de los delitos sexuales. b. Las especialidades procedimentales. V. Aspectos problemáticos del procedimiento por delitos sexuales. a. Del derecho probatorio. b. De la participación de la víctima en el procedimiento penal. c. De la tutela de la víctima en el procedimiento penal.*

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN

§ 1. El procedimiento penal en el Perú está hipertrofiado al extremo. Existen un conjunto muy numeroso de procedimientos penales - ¡aproximadamente quince!-, clasificados en función a diversas y contradictorias perspectivas, tales como el hecho punible objeto de procesamiento, las personas procesadas, la comisión determinados delitos que se estiman especialmente complejos, graves o *sui géneris*, la presencia de algunas circunstancias excepcionales vinculadas a la voluntad o posición de las partes respecto de la persecución penal, etc.

§ 2. Desde esta perspectiva, se encuentran los denominados procedimientos ordinarios, cuya característica esencial reside en que atienden fundamentalmen **(p. 292)** te, y como principio básico, a la naturaleza de la infracción penal y están previstos para todo tipo de hechos punibles¹. Tres son los procedimientos ordinarios recogidos en nuestra legislación procesal penal:

a) El procedimiento común, regulado en el Código de Procedimientos Penales de 1940 y actualmente destinado exclusivamente a los denominados “delitos graves” (v. gr: parricidio, genocidio, torturas, etc.). En puridad, su ámbito competencial abarca ocho rubros delictivos, a tenor de lo dispuesto en la Ley N° 26689, de 30 de noviembre de 1996, aclarada

¹ MONTÓN REDONDO, 1997, p. 479.

por la Ley N° 26833, de 3 de julio de 1997, y ampliada por la Ley N° 26926, de 21 de febrero de 1998.

b) El procedimiento sumario, regulado en el Decreto Legislativo N° 124, de 15 de junio de 1981, y destinado a los delitos menos graves. Están conformados por aproximadamente el 75% de los delitos previstos en el Código Penal y la legislación penal especial.

c) El procedimiento por faltas, destinado a las faltas, previstas en el Libro III del Código Penal vigente de 1991. Al respecto, es de tener en consideración dos datos centrales. En primer lugar, que de conformidad con lo dispuesto en el art. 325 del Código de Procedimientos Penales, modificado por la Ley N° 29465, de 22 de diciembre de 1988, el procedimiento varía si las faltas son conocidas por Jueces de Paz (Jueces Legos que por mandato del art. 152 de la Constitución deben ser elegidos por votación popular) o por Jueces de Paz Letrado (Jueces profesionales que constituyen la primera escala de la carrera judicial – art. 182 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 28 de mayo de 1993). En segundo lugar, que la nueva Ley Orgánica de la Policía Nacional, de 22 de diciembre de 1999, atribuye a dicha Institución la función de aplicar las sanciones que señale el Código Administrativo de Contravenciones de Policía, con lo que está por verse si la jurisdicción penal continuará con el conocimiento de las faltas o sólo alguna de ellas [según la Tercera Disposición Complementaria de dicha Ley Orgánica, en el plazo de 120 días de instalada una Comisión Especial nombrada por el Poder Ejecutivo se dictará el mencionado Código ... ¡por Decreto Supremo!, es decir, por una norma con rango inferior a la ley].

§ 3. Los procedimientos con especialidades procedimentales son procedimientos que se estructuran sobre la base del procedimiento ordinario y, generalmente, están destinados para determinados delitos graves, pero la ley configura un **(p. 293)** conjunto de particularidades que se manifiestan especialmente en la forma de iniciarse la actividad procesal (competencia del órgano judicial, promoción de la acción penal, intervención de la administración o de la Policía Judicial), en la incorporación de determinadas instituciones procesales, en el desarrollo del procedimiento preliminar, en la regulación de las medidas limitativas de derechos, etc.

Se organizan en tres grandes rubros:

a) Por razón de las personas:

1. Procedimiento contra Altos Dignatarios: regulado por los arts. 99/100 de la Constitución y el Texto Único Ordenado del Reglamento del Congreso, de 30 de junio de 1998, y el art. 34 de la LOPJ.
2. Procedimiento contra Magistrados, regulado por el art. 66.4 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, la Ley N° 26738, de 7 de enero de 1997 y el art. 41.4 de la LOPJ.

b) Por razón de la materia, que están en relación con determinados delitos:

1. Por delito de Tráfico Ilícito de Drogas: regulado por los Decretos Leyes N° 22095, de 2 de marzo de 1978, y 22926, de 13 de marzo de 1980, el Decreto Legislativo N° 824, de 24 de abril de 1996, la Ley N° 26223, de 21 de agosto de 1993 y la Resolución Administrativa de la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial N° 328-CME-PJ, de 27 de febrero de 1997.
2. Por delitos Fiscales (delitos aduaneros y defraudación tributaria): regulado en el Código Tributario de 1996, en la Ley N° 26441, de 8 de junio de 1995, en los Decretos Legislativos N° 809, de 19 de abril de 1996, 813 y 815, ambos de 20 de abril de 1996, y en la Resolución Administrativa N° 339-97-CME-PJ, de 18 de marzo de 1997.
3. Por delito de Terrorismo Clásico, regulado en los Decretos Leyes N° 25475, de 6 de mayo de 1992, y 25744, de 27 de setiembre de 1992, y Resoluciones Administrativas de la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial N° 521-97-CME-PJ, 20 de noviembre de 1997, y 596-98-CME-PJ, de 19 de marzo de 1998.
4. Terrorismo Especial: se trata de la comisión de determinados delitos violentos (contra la vida, la integridad corporal, la libertad individual, el patrimonio y la seguridad pública) perpetrados por integrantes de organizaciones delictivas armadas, previstos en el Decreto Legislativo N° 895, (p. 294) de 23 de mayo de 1998, y regulados en la Ley N° 27235, de 20 de diciembre de 1999.
5. Delitos Agravados: se trata de delitos comunes graves previstos en los Decretos Legislativos N° 896, de mayo de 1998, y 898, de 27 de mayo de 1998 [v.gr.: asesinato, secuestro, violación de menor de edad, violación de menor edad seguida de muerte o lesiones graves, robo simple, robo agravado, extorsión, posesión de armas y explosivos, sustracción de armamento de guerra de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional o

Servicios de Seguridad], y regulados en el Decreto Legislativo N° 897, de 26 de mayo de 1998.

6. Delitos Sexuales: regulados en las Leyes N° 27055, de 24 de enero de 1999, 27115, de 17 de mayo de 1999.

c) Por razón de la situación jurídica del imputado:

Reos ausentes y contumaces, regulados en los arts. 318/322 del CPP, en el Decreto Legislativo N° 125, de 15 de junio de 1981, en la Ley N° 26441, de 26 de junio de 1996, y en la Resolución Administrativa de la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial N° 587-97-CME-PJ, de 27 de noviembre de 1997.

§ 4. Los procedimientos especiales son procedimientos que están previstos para circunstancias o delitos específicos, en los que se discute una concreta pretensión punitiva². Nuestra legislación prevé tres procedimientos especiales:

1. Procedimiento por delito privado. Estos delitos son aquellos en los que la persecución corresponde a la parte agraviada y en los que no interviene el Ministerio Público. La ley penal material circunscribe este procedimiento, previsto en el Título I del Libro IV del Código de Procedimientos Penales, modificado por las Leyes N° 10794, de 28 de febrero de 1947, y 26353, de 15 de setiembre de 1994, a los delitos contra el honor (art. 138 del Código Penal), violación de la intimidad (art. 158 del Código Penal) y lesiones culposas leves (art. 124, I Párrafo, del Código Penal, modificado por la Ley N° 27054, de 23 de enero de 1999). En el caso de los delitos contra el honor perpetrados por medio de la prensa, el procedimiento es el denominado de “sumaria investigación”, según lo dispuesto (**p. 295**) en el art. 314 del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Ley N° 22633, de 15 de agosto de 1979. Similar procedimiento, aunque sujeto a persecución pública, es el previsto para el delito instigación pública al delito por medio de la prensa, a tenor de lo dispuesto en el art. 315 del Código de Procedimientos Penales.

2. Procedimiento de terminación anticipada. Son dos los rubros delictivos involucrados, previo consenso del Imputado y del Fiscal: el tipo penal básico y los tipos penales privilegiados de Tráfico Ilícito de Drogas, así como el delito aduanero. Este procedimiento está regulado en las Leyes N° 26320, de 2 de junio de 1994, y 26421, de 8 de junio de 1995.

² SAN MARTÍN, p. 1011.

3. Procedimiento por colaboración eficaz. Está previsto para los delitos en agravio del Estado (Decreto Ley N° 25582, de 27 de junio de 1992), delitos tributarios (Decreto Legislativo N° 815, de 20 de abril de 1996), delitos de Tráfico Ilícito de Drogas (Decreto Legislativo N° 824, de 24 de abril de 1996), delitos de Terrorismo Especial y delitos agravados (Decreto Legislativo N° 902, de 1 de junio de 1998), y delitos de Atentado contra el sistema crediticio (Ley N° 27145, de 24 de junio de 1949).

§ 5. Los delitos sexuales, según las estadísticas que se disponen, en atención al progresivo incremento de las denuncias y causas instruidas, vienen siendo considerados como un sensible problema de seguridad ciudadana y están ocupando una mayor atención pública, especialmente cuando se trata de víctimas menores de edad. Según Siles Vallejo³, el promedio diario es de 10 delitos sexuales denunciados y en estos ilícitos existe una cifra negra mucho mayor que el común de los delitos. Ello ha motivado, frente a una consistente presión de las organizaciones feministas y la intervención de la Defensoría del Pueblo y de la Comisión de la Mujer del Congreso, que en los últimos años hayan tenido éxito una serie de iniciativas legislativas que han modificado radicalmente el procedimiento penal por dichos delitos, al punto que es válido sostener que se ha incorporado a nuestra legislación procesal penal una nueva especialidad procedimental: el procedimiento por delitos sexuales.

§ 6. La nueva legislación que se ha dictado en el curso del año 1999 no sólo exige un esfuerzo creativo para interpretar adecuadamente sus disposiciones, sino que —como no puede dejar de ser de otra manera— ha traído consigo algunas dificultades o fracturas en orden a la garantía genérica del debido pro (p. 296) ceso. Igualmente obliga, sobre la base del derecho comparado, a incorporar en su análisis hermenéutico las ausencias normativas que presenta y que, en buena cuenta, impiden una efectiva lucha contra la impunidad de estos hechos punibles, sin duda alguna graves.

II. PROCEDIMIENTO PENAL POR DELITOS SEXUALES ANTES DE LA REFORMA DE 1999

§ 1. Sin duda alguna, la nota característica del tratamiento procesal de los delitos sexuales ha sido su falta de unidad y coherencia interna. Su regulación no ha seguido una perspectiva clara ni ha sido lo rigurosa que le era exigible. A lo largo de la evolución de la legislación nacional se han

³ 1995, p. 10.

venido configurando procedimientos ordinarios, sumarios y especiales (por acción privada), cuya pauta diferencial ha tenido como eje la gravedad o entidad del delito sexual en concreto. Desde esa perspectiva, la legislación histórica ha clasificado los delitos sexuales en públicos, semipúblicos y privados, así como ha reconocido a la víctima determinados poderes dispositivos, tales como el perdón y el matrimonio con el agente del delito. Además, ha sancionado la obligatoriedad de imponer al agente del delito el pago concurrente de una reparación civil y de una dote en favor de la víctima, siempre que en este último caso se trate de una mujer soltera o viuda⁴. Igualmente, ha impuesto a la jurisdicción penal que condena al agente del delito al mantenimiento de la prole que resultara como consecuencia del delito.

a. Del ejercicio de la acción penal

§ 2. El art. 205 del Código Penal de 1924, siguiendo el art. 278 del Código Penal anterior de 1863, estatuyó que estos delitos [violación, seducción y atentados contra el pudor], "... cuando no resultare la muerte de la persona ofendida o no se le hubiere inferido lesiones graves, sólo se procederá a formar causa por querrela o denuncia de la víctima, o de la persona bajo cuyo poder se hubiese hallado cuando es cometido el delito, debiendo el Consejo de Familia nombrar, si fuere necesario, el correspondiente defensor.- La denuncia podrá hacerse ante el Juez de Primera Instancia o el de Paz donde se realice el delito, o ante cualquiera autoridad, debiendo en el último caso ratificarse en ella el denunciante ante juez encargado de la instrucción.- Si el delito se cometiese contra una menor de dieciséis años que no **(p. 297)** tenga padres ni guardador, puede entablar la denuncia cualquiera del pueblo, o procederse de oficio, lo mismo que cuando el delito fuere perpetrado por un ascendiente, guardador u otra persona encargado del cuidado de la menor"

§ 3. El art. 288 del Código de Procedimientos en Materia Criminal de 1919 consideraba a los delitos contra la honestidad incursos en el procedimiento especial para delitos privados, el mismo que preveía la necesaria querrela de parte ante el Juez Instructor, el trámite de conciliación como paso obligatorio, la exclusión del Fiscal, la realización de un comparendo de pruebas, la elevación de los actuados al Tribunal Correccional, la realización de un juicio "... que se celebrará a puertas cerradas" (art. 299) y la expedición de la sentencia (art. 300). Si la víctima era una niña menor de doce años o niños menores de dieciséis, presentada la querrela o la

⁴ BRAMONT ARIAS, 1990, p. 41.

denuncia por los parientes, el adoptante o el guardador, el juicio se seguiría de oficio con intervención del Ministerio Fiscal y sin que pueda admitirse conciliación; en cambio, si el niño era huérfano, la denuncia podía formularse cualquier persona. El procedimiento, en ambos estos casos, será conforme al procedimiento especial ya señalado, en cuanto sea posible [art. 301].

Desde esa perspectiva procesal, se entendió hasta antes de la entrada en vigor del Código Penal de 1924 que todos los delitos sexuales estaban sometidos a un procedimiento especial, así la persecución fuere pública, semipública o privada. A partir del Código Penal de 1924, quedó claro, en primer lugar, que la persecución era de oficio —el Juez Instructor podía formar causa sin instancia previa del Ministerio Fiscal ni de personas vinculadas a la víctima— si como consecuencia de la comisión del delito resultare la muerte de la persona ofendida o resultare lesiones graves, así como cuando la víctima era una menor de dieciséis años que no tenga padres ni guardador o el delito fuere perpetrado por un ascendiente, guardador u otra persona encargada de su cuidado. En segundo lugar, que en los demás casos se requería denuncia o querrela de parte.

§ 4. El Código de Procedimientos Penales de 1940, en sus arts. 312 y 313, reordenó la perseguibilidad del delito sexual fijada en el Código Penal de 1924. En primer lugar, señaló que es un delito público en los siguientes casos: a) cuando las víctimas son menores de catorce años; b) cuando éstas son menores de dieciséis años siempre que no tengan padres ni tutores; c) cuando el agente sea un ascendiente, padre adoptivo o cuando el menor sea hijo de su cónyuge, pupilo o esté confiado a su cuidado; y, d) cuando el agraviado es huérfano. En tales supuesto no procede la renuncia de la acción penal ni puede admitirse la conciliación, salvo el matrimonio con la ofendida en tanto haya cumplido dieciséis años.

(p. 298) En segundo lugar, precisó que es un delito semipúblico en aquellos casos en que la víctima es mayor de dieciséis años y menor de veintiún años. Sólo se requiere denuncia de parte y ratificación en sede judicial, la cual puede cesar si la víctima renuncia a proseguir la persecución. El desistimiento está condicionado a la no oposición del Ministerio Público, según las circunstancias del delito, sus consecuencias y sus móviles. Contra la decisión del Tribunal Correccional procedía recurso de nulidad ante la Corte Suprema.

En tercer lugar, consideró que es un delito privado en los supuestos en que la víctima es mayor de edad, salvo que se haya producido la muerte o lesiones graves, tal como fue interpretado por la Corte Suprema en

numerosas decisiones, entre las que destaca la Ejecutoria Suprema de 13 de mayo de 1941⁵.

§ 5. El Decreto Ley N° 20583, de 9 de abril de 1974, modificó tanto el art. 205 del Código Penal de 1924 cuanto el art. 313 del Código de Procedimientos Penales de 1940. En primer lugar estipuló que no hace falta acudir al Consejo de Familia para el nombramiento del abogado defensor de la víctima y que la edad de la víctima para estimar que el delito es público es de catorce años y no de dieciséis años como se reguló primigeniamente. En segundo lugar sancionó que los delitos de violación, seducción, raptó o abuso deshonesto serán semipúblicos si la edad de la víctima es entre catorce y dieciséis años (antes lo era entre dieciséis y veintiún años), así como que contra la resolución del Tribunal Correccional que no aceptaba la renuncia o la conciliación no procedía recurso de nulidad.

§ 6. El nuevo Código Penal (Decreto Legislativo N° 635, de 4 de marzo de 1991), al reemplazar íntegramente la legislación vigente hasta esa fecha, abrogó todas las normas vinculadas a la definición de público, semipúblico y privado de los delitos sexuales, que según postula Sebastián Soler⁶, son instituciones de derecho material al contener autolimitaciones de la pretensión punitiva, aunque procesalmente se expresan como condiciones o presupuestos de procedibilidad al condicionar la persecución al cumplimiento de la voluntad de la víctima⁷.

El citado Código, de modo general, no reconoció los delitos semipúblicos. El art. 178, II Párrafo, entendió que todos los delitos sexuales son públicos, con cuatro excepciones, que expresamente calificó de privados:

(p. 299)

1. Violación real, sin agravantes: art. 170, I Párrafo (el segundo párrafo de dicho numeral introdujo la agravante de violación a mano armada y por dos o más sujetos);
2. Violación de persona puesta en imposibilidad de resistir (art. 171).
3. Estupro por prevalimiento de persona colocada en hospital, asilo o centro penitenciario (art. 174)
4. Seducción (art. 175).

⁵ Revista de los Tribunales, 1941, p. 217.

⁶ 1983, p. 440.

⁷ Cfr.: ORÉ GUARDIA, p. 289.

§ 7. Independientemente que el delito sea público o privado, el párrafo final del art. 178 del citado Código Penal estipuló que en los delitos sexuales el agente quedará exento de pena si contrae matrimonio con la ofendida, prestando ella su libre consentimiento. En este caso la exención se extiende a los coautores. Empero, la Ley N° 26770, de 15 de abril de 1997, al modificar dicho art. 178 del Código Penal, limitó la exención de pena por matrimonio al delito de seducción, siempre que la ofendida presta su libre consentimiento.

b. Del procedimiento penal

§ 8. El Código de Procedimientos Penales, a diferencia del anterior Código de Procedimientos en Materia Criminal, hasta noviembre de 1968 –fecha en que se creó el procedimiento sumario por el Decreto Ley N° 17110, de 8 de noviembre de 1968- contemplaba dos procedimientos para los delitos sexuales:

1. El procedimiento común, en el que existen, en su momento declarativo, tres etapas: la primera, dedicada a la instrucción o investigación del delito, de competencia del Juez Penal [antes denominado Juez Instructor, denominación que se varió con la entrada en vigor de la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial en 1991] y con la intervención necesaria del Fiscal Provincial; la segunda, dedicada a la crítica instructora y a la decisión del enjuiciamiento, a cargo de la Sala Penal Superior [antes denominada Tribunal Correccional] y del Fiscal Superior; y, la tercera, dedicada al juicio oral a cargo de la misma Sala Penal Superior. La Sala Penal de la Corte Suprema conocía del recurso de nulidad contra el fallo de instancia. Este procedimiento, se entiende, es el que se sigue para todos los delitos públicos y semipúblicos reconocidos en el Código Penal y en la ley procesal.

2. El procedimiento por acción privada. Este procedimiento, radicado para los delitos privados, exige la previa querrela de la víctima y en él no interviene el Ministerio Público. Corresponde a la víctima la persecución (**p. 300**) del delito acreditando los cargos que formula. El Juez Penal, bajo el imperio del principio de aportación de parte, se limita a citar a un comparendo donde se actuaran las pruebas solicitadas por el querellante y el querellado. Compete al mismo Juez Penal que realizó el comparendo dictar sentencia, contra la cual procede recurso de apelación ante la Sala Penal Superior, cuya decisión no es impugnabile.

§ 9. El Decreto-Ley N° 17110, de 8 de noviembre de 1968, instauró el denominado procedimiento sumario. El delito de seducción (art. 201 del Código Penal de 1924) es el único delito sexual que está sujeto a este

procedimiento, cuya característica más relevante es que es el Juez Penal quien instruye y falla, eliminándose las etapas intermedia y de enjuiciamiento y, por consiguiente, la oralidad, la publicidad del debate y el contradictorio. En este delito no interviene la Corte Suprema, pues contra la sentencia del Juez Penal sólo procede recurso de apelación ante la Sala Penal Superior.

Posteriormente, con la promulgación del Decreto Legislativo N° 124, de 12 de junio de 1981, se amplió el ámbito competencial del procedimiento sumario al incorporar los delitos de violación real (art. 196 CP 1924), violación abusiva (art. 198 CP 1924), atentado contra el pudor (art. 200 CP 1924), seducción (art. 201 CP 1924) y estupro por prevalimiento (art. 202 CP 1924). Este listado de delitos sujetos al procedimiento sumario, sin embargo, ocasionó sensibles problemas de interpretación, en especial con los delitos que según la legislación vigente en aquella época eran privados, como el de violación real o propia de una mujer mayor de 16 años que estaba sujeto al procedimiento por acción privada.

§ 10. El art. 178 del Código Penal de 1991 produjo un cambio en la perspectiva procedimental de los delitos sexuales, pues al no reconocer delitos semipúblicos y determinar expresamente los delitos privados, sin atender a ninguna circunstancia vinculada a la edad o situación de la víctima, estableció taxativamente que los delitos de violación real o propia (art. 170 CP 1991), violación con alevosía (art. 171 CP 1991), estupro por prevalimiento (art. 174 CP 1991) y seducción (art. 175 CP 1991) se tramitan por el procedimiento de acción privada previsto en los arts. 302 y siguientes del Código de Procedimientos Penales, mientras que los demás delitos de acción pública están sujetos al procedimiento ordinario o sumario según el caso.

El Decreto Ley N° 26147, de 30 de diciembre de 1992, dispuso que los delitos de violación real o propia (art. 170 CP 1991), seducción (art. 175 CP 1991) y de atentado contra el pudor (art. 176 CP 1991) están sujetos al proce **(p. 301)** dimiento sumario, con lo que inadvertidamente generó una contradicción normativa pues los tres primeros delitos eran privados y, por ende, sujetos al trámite de ejercicio privado de la acción penal, mientras que el procedimiento sumario por su propia naturaleza sólo podía incorporar delitos públicos.

Llama la atención, por otro lado, que la Ley N° 26293, de 11 de febrero de 1994, incorporó un agravante específica al delito de violación real o propia: "si la violación se realiza a mano armada y por dos o más sujetos, la pena será no menor de ocho años ni mayor de quince años", no obstante lo

cual, pese a la gravedad de la pena conminada, y aún cuando la modificación del art. 178 del Código Penal excluyó tal supuesto de la consideración de delito privado, en cambio “olvidó” modificar el Decreto Ley N° 26147, de suerte que tan grave delito era objeto del procedimiento sumario. Esta incoherencia normativa no fue superada por la Ley N° 26770, de 15 de abril de 1997, que modificó el art. 178 del Código Penal, pues sólo se limitó a permitir la extinción de la acción penal por subsecuente matrimonio en el delito de seducción.

§ 11. La última modificación del proceso penal por delitos sexuales se produjo con el Decreto Legislativo N° 896, de 24 de mayo de 1998. Esta norma, dictada al amparo de la Ley autoritativa N° 26950, de 19 de mayo de 1998, que delegó en el Poder Ejecutivo la potestad de legislar en materia de Seguridad Nacional “... a fin de erradicar un peligroso factor de perturbación ... generado por la situación de violencia creciente que se viene produciendo por las acciones de la delincuencia común organizadas en bandas utilizando armas de guerra y explosivos y provocando un estado de zozobra e inseguridad permanente en la sociedad” (art. 2), bajo el título de “delitos agravados” modificó, básicamente agravando las penas o introduciendo algunas circunstancias calificativas, siete figuras penales, entre las que se encuentran el delito de violación de menores (art. 173 CP 1991) y el de violación de menor seguida de muerte o lesiones graves (art. 173-A CP 1991, incorporado en el Código Penal por la Ley N° 26293, de 14 de febrero de 1994).

Más allá de estimar que el mencionado Decreto Legislativo extralimitó las facultades legislativas autorizadas por el Congreso [art. 104 Const.], desde que el delito de violación de menor no está relacionado con la delincuencia violenta organizada en bandas armadas ni importa una grave perturbación a la Seguridad Nacional, el efecto procesal de la modificación de ambos tipos penales importó someterlos a un procedimiento con especialidades de procedimiento de un carácter marcadamente ‘segurista’ muy similar al procedimiento por delito de terrorismo clásico, signado por una restricción de derechos para el imputado, (**p. 302**) un aumento de las potestades de intervención de las Fuerzas de Seguridad y la opción por los juicios sumarísimos y con el imputado en cárcel.

Se trata de un procedimiento común, al que se han introducido las siguientes especialidades:

a) En la fase preprocesal otorga a la Policía poderes coercitivos amplísimos, al punto de lograr una prolongación de la detención preliminar hasta por quince días cuando los implicados en el delito investigado son

numerosos o muy peligrosos, así como una intervención o actuación policial cuasi autónoma no obstante que el art. 159.4 de la Constitución atribuye al Ministerio Público la dirección jurídico funcional de la Policía.

b) La instrucción es de 20 días calendarios, prorrogables a 10 días adicionales sólo cuando el proceso es complejo o no se han actuado diligencias indispensables. El Juez Penal si dicta mandato de detención (prisión preventiva) no puede ordenar excarcelaciones, salvo libertad incondicional. El mandato de detención si el imputado es intervenido policialmente en flagrante delito. La instrucción no permite la formación de incidentes (v. gr.: excepciones, cuestiones previas, cuestiones prejudiciales, etc.), los que se resuelven en la sentencia.

c) La etapa intermedia es muy breve. El Fiscal dictamina en el plazo de cuarenta y ocho horas, la Sala Penal Superior en igual plazo dicta el auto de sobreseimiento o de enjuiciamiento, según el caso. El Juicio Oral, iniciada la audiencia, debe culminar en el plazo de quince días calendario, el cual se realiza en el Establecimiento Penal de reclusión del imputado y no en la Sala de Audiencias de la Sala Penal. El recurso de nulidad, igualmente, se resuelve en plazos brevísimos.

d) Se prohíbe que se ofrezcan como testigos a los policías que intervinieron por razón de su cargo o función en la elaboración del Atestado Policial. También está prohibido recusar a los magistrados y a los auxiliares de justicia que intervienen en el proceso. Ambas disposiciones, como es obvio, son inconstitucionales al vulnerar el derecho a la contraprueba y la imparcialidad judicial⁸.

III. LA REFORMA DE 1999

§ 1. En el curso del año 1999 el procedimiento por delitos sexuales fue objeto de singulares cambios a partir de dos leyes muy significativas. La Ley N° 27055, de 22 de enero, y la Ley N° 27115, de 17 de mayo.

(p. 303) La primera ley se circunscribe a la protección del niño y del adolescente víctima de violencia sexual, modificando tanto el Código del Niño y del Adolescente cuanto el Código de Procedimientos Penales.

En el primer caso establece lo siguiente:

a) Que el niño o el adolescente víctima de violencia sexual, al igual que el que sufre maltrato físico o mental, será objeto de atención integral

⁸ Cfr.: SAN MARTÍN, p.1003.

mediante programas que promuevan su recuperación física y psicológica. Estos programas incluirán a su familia.

b) Que el Estado asume la obligación de garantizar el respeto de los derechos de la víctima en todos los procedimientos policiales y judiciales, así como establecer y/o promover programas preventivos de protección a menores.

c) Que compete al Fiscal de Familia intervenir de oficio y desde la etapa inicial, en toda clase de procedimientos policiales y judiciales en resguardo y protección de los derechos del niño y del adolescente, siendo obligatoria su presencia en las declaraciones que se actúen en casos de violencia sexual contra ellos, ante la Policía, bajo sanción de nulidad y responsabilidad funcional.

d) Que en las investigaciones preliminares por violencia sexual contra niños y adolescentes debe ordenar una evaluación clínica psicológica de la víctima por personal especializado. Concluida la investigación preliminar, debe remitir al Fiscal Provincial Penal las actuaciones, incluidas las evaluaciones periciales y el acta que contiene el interrogatorio de la víctima.

e) Que durante la declaración de la víctima podrá participar cualquiera de los padres o el tutor, siempre que no fueran ellos los denunciados. Es posible que intervenga en la diligencia una persona designada por aquéllos si es que no pueden hacerlo personalmente.

f) Que el Estado proveerá, en caso de violencia sexual a niños y adolescentes, asistencia de abogados de oficio de modo integral y gratuito, asistencia que comprenderá obligatoriamente al agraviado y a su familia.

§ 2. Respecto de las normas procesales penales, los cambios son:

a) Que en los casos de niños o adolescentes víctimas de violencia sexual, en principio, no se permite que preste preventiva en sede judicial, por lo que la declaración relevante será la que rindió ante el Fiscal de Familia en sede preliminar policial, salvo mandato contrario del Juez. La confrontación o careo entre el imputado y la víctima solo procederá si ésta es mayor de 14 años. De ser menor de 14 años de edad, la confrontación o careo sólo procederá a solicitud de la víctima **(p. 304)**

b) Que la diligencia sumarial de reconstrucción de los hechos no podrá contar con la intervención de un niño o adolescente víctima de violencia sexual.

c) Que para los efectos del examen médico legal del niño o adolescente víctima de violencia sexual, puede recurrirse tanto al Instituto de Medicina Legal, cuanto a los establecimientos de salud del Estado y a los centros de salud autorizados, que los atenderán gratuitamente. Los certificados que expidan esos organismos tienen valor probatorio del estado de salud física y mental en los procesos penales.

§ 3. La Ley N° 27115, que se proyecta a todos los delitos sexuales, sin atender a la edad de la víctima, introduce sensibles cambios. Son los siguientes:

a) Que la persecución de todos los delitos sexuales es pública. En tal virtud, modifica el art. 178 del Código Penal de 1991 y el art. 302 del Código de Procedimientos Penales, así como deroga los arts. 312 y 313 del citado Código Ritual. Cabe aclarar que el art. 178 del Código Penal diferenciaba dos clases de delitos: públicos y privados y que el art. 302 del Código de Procedimientos Penales regulaba el procedimiento por delito privado, en el que expresamente se consignaban en su ámbito de competencia a los delitos sexuales perseguibles por acción privada. A su vez el art. 312 del Código de Procedimientos Penales determinaba el modo de proceder para determinados delitos sexuales públicos, mientras que el art. 313 de dicho cuerpo de leyes establecía que los delitos de violación, seducción, rapto o abuso deshonesto de un menor, de más de catorce y menos de dieciocho, tienen el carácter de semipúblico y que es posible la renuncia de la acción penal, siempre que el Ministerio Público no formule oposición y el Tribunal, en ese caso, atendiendo a las circunstancias del delito, a sus consecuencias y a los móviles del desistimiento no decida desestimarla. Todo desistimiento, por consiguiente, debía ser motivado y realizada por escrito dirigido al Juez de la causa y firma legalizada ante el Secretario cursor⁹.

b) La Corte Suprema había establecido tres criterios básicos al respecto: en primer lugar, que "... el desistimiento estaba sujeto a la no existencia de circunstancias agravantes y más bien tratarse de hechos ocasionales; ser resultado de francos entendimientos afectivos. Las consecuencias del delito, los móviles del desistimiento deben ser de carácter ético y tener como finalidad hacer desaparecer toda huella que amengüe la honorabilidad de la agra **(p. 305)** viada"¹⁰. En segundo lugar, que el desistimiento debe llevarse a cabo antes de la expedición de la sentencia

⁹ Vid.: Revista Anales Judiciales, 1945, p. 215; Revista del Foro, 1951, p. 216.

¹⁰ Revista de Jurisprudencia Peruana, 1950, p. 1410.

firme, siendo que la liberación de pena en ese caso sólo procede por subsecuente matrimonio¹¹. En tercer lugar, que no es aceptable el desistimiento que se funda en la promesa hecha por el autor del delito de contraer matrimonio con la agraviada, cuando obtenga el divorcio de su esposa, “... porque en el caso de no obtenerlo, quedaría burlada la agraviada”¹².

c) Que la investigación preliminar y todos los actos procesales que integren todas las etapas del procedimiento penal son reservados. En todo momento debe preservarse la identidad de la víctima, bajo responsabilidad del funcionario o magistrado que lleva la causa.

d) Que el examen médico legal de la víctima será practicado previo consentimiento suyo. Se realizará por el médico encargado del servicio y con la asistencia de un profesional auxiliar. La presencia de otras personas en el acto pericial está sujeta al previo consentimiento de la víctima.

e) Que las diligencias necesarias para la actuación de pruebas se practicarán teniendo en cuenta el estado físico y emocional de la víctima, debiendo adecuarse los procedimientos a efecto de cumplir esa directiva normativa.

IV. ANÁLISIS DE LAS REFORMAS PROCESALES

a. Perseguibilidad de los delitos sexuales

§ 1. El Código Penal de 1991 optó como regla por la persecución pública de los delitos sexuales, de “violación de la libertad sexual” tal como los denomina el Capítulo IX del Título IV del Libro II del citado Código. El art. 178 estipuló por vía de excepción que están sometidos a persecución privada los delitos menos graves cometidos contra personas mayores de edad, salvo el caso del delito de seducción en que el sujeto pasivo debe tener más de catorce años y menos de dieciocho. Inicialmente el delito de violación simple (art. 170) estaba reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años, el delito de violación de persona puesta en imposibilidad de resistir (art. 171) con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años, el delito de **(p. 306)** estupro por prevalimiento (art. 174) con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años y el delito de seducción (art. 175) con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio

¹¹ Revista Anales Judiciales, 1921, p. 19.

¹² Revista de Jurisprudencia Peruana, 1953, p. 723.

comunitario de veinte a cincuentidós jornadas. Llama la atención que el delito de violación de persona incapaz de resistir (art. 172), sancionado con la misma pena que el delito de violación de persona puesta en imposibilidad de resistir (art. 173), no se le considere privado, aunque tal vez la explicación radicaría en el mayor contenido de injusto de la figura, por importar un ataque a quien por su estado síquico no puede evitar el ataque sexual en su contra, lo cual, por cierto, no fue correctamente reflejado en la penalidad establecida en el Código.

Por consiguiente, cuatro de los delitos de violación –de los cinco existentes- perpetrados contra mayores de edad, sin consecuencias de lesiones graves o la muerte de la víctima o perpetrados sin que el agente haya procedido con crueldad, son privados. La condición de delitos públicos la tienen los delitos de violación a mano armada cometido por dos o más personas (art. 171, II Párrafo) y todos los de violación que causan la muerte o producen lesión grave a la víctima o cuando el agente procedió con crueldad (art. 177), en que las penas son elevadas sustancialmente. En igual condición se encuentran los delitos de atentados contra el pudor (art. 176) que en su fórmula originaria el sujeto pasivo era un menor de catorce años; cabe precisar que por Ley N° 26293, de 14 de febrero de 1994, se incluyó otro tipo penal en cuya virtud el sujeto pasivo de dicho ilícito era una persona mayor de catorce años, norma que contradictoriamente no contempló la persecución privada para esa figura.

§ 2. La Ley N° 27115, como se sabe, eliminó toda condición de perseguibilidad y, por consiguiente, estableció que los delitos de violación de la libertad sexual en su conjunto son públicos, perseguibles de oficio, sin excepción alguna.

Sin duda la opción por el delito público tiene su punto fuerte en la gravedad de buena parte de las conductas incluidas en el Derecho penal sexual: las penas, en nuestra legislación vigente para las once figuras delictivas de violación de la libertad sexual, oscilan entre cuatro años de privación de libertad y cadena perpetua, salvo los delitos de seducción y atentados simples contra el pudor de una persona mayor de catorce años en los que las penas no superan los tres años de privación de libertad. Asimismo, en la disminución de los efectos preventivo-generales y el consecuente efecto criminógeno derivados de la generalizada constatación de que un importante porcentaje de esas conductas quedan impunes; la facilidad que su carácter de delito privado ofrece para todo tipo de chantajes y **(p. 307)** extorsiones por parte de la víctima, y de presiones por parte del sujeto activo; y, el apoyo que tal carácter privado presta al mantenimiento de concepciones que ven en la mujer fundamentalmente un objeto de

intercambio matrimonial, objeto que pierda gran parte de su valor si sufre un atentado sexual, lo que aconseja no precipitarse en la persecución del delito por la publicidad que conlleva¹³.

Empero, es de tener en cuenta, como anota Díez Ripollés¹⁴, que a favor del carácter privado de estos delitos está una correcta comprensión del bien jurídico protegido, ligado a unos contenidos “personalísimos” de autorrealización personal, y que si son lesionados por el autor también pueden serlo, en los supuestos más leves incluso en mayor medida que por el propio delito, a través de una indiscriminada persecución de oficio; también un deseo de evitar los efectos negativos que el proceso origina en la víctima ya que no toda persona puede estar dispuesta a soportar; y el carácter de instrumento de selección, e incluso de ayuda a la hora de la prueba, respecto a las conductas que superan un cierto nivel de gravedad, que puede suponer la necesidad de interponer denuncia.

Es de tener en cuenta, sin embargo, que la opción por la perseguibilidad pública es más razonable, no sólo por la gravedad de las penas previstas para las figuras de violación de la libertad sexual, sino porque siendo el bien el jurídico la libertad sexual propiamente dicha y la seguridad de la misma (sus presupuestos objetivos), tal como postula Juan Bustos Ramírez¹⁵, su relevancia pública es marcada en tanto que su comisión causa fundada alarma social y produce sensibles daños en la víctima. La opción por el delito privado, siguiendo a Angela Alvarado¹⁶, sigue asumiendo la violación como un problema privado de cada persona o cada unidad familiar, y no como una problemática de interés prioritario para la sociedad en su conjunto, donde el Estado, a través de la normativa penal y otros mecanismos jurídicos y sociales, tiene la responsabilidad y obligación de intervenir. Por lo demás, como anota Concha Salgado Carmona¹⁷, configurar estos delitos como privados importa para la sociedad en general un perjuicio que se concreta principalmente en la impunidad de un alto porcentaje de estos delitos, con el riesgo consecuente que supone la reiteración en la comisión de tales actos por aquellos sujetos que lograron ejecutarlos en determinada **(p. 308)** ocasión sin haber llegado a ser por ello castigados. En todo caso, como luego veremos, los problemas de victimización secundaria de la víctima pueden reducirse en gran medida

¹³ DÍEZ RIPOLLÉS, 1985, p. 192.

¹⁴ 1985, p. 192/193.

¹⁵ 1991, p. 113/114.

¹⁶ 1993, p. 137.

¹⁷ 1981, p. 186.

con el establecimiento de la reserva del proceso y el control severo del interrogatorio de la víctima, que tenga en consideración su estado físico y emocional.

§ 3. El régimen de persecución pública del delito significa, en primer lugar, que el Fiscal Provincial puede promover la acción penal y, antes, iniciar actuaciones preliminares de investigación, sin necesidad de denuncia de parte. Sin duda alguna, la víctima, o quien lo represente en caso ser menor de edad o incapaz, puede denunciar un delito sexual al Ministerio Público. También lo puede hacer “cualquiera del pueblo”, en cuyo caso su función cesa con la simple comunicación al Fiscal de la comisión de un delito sexual. La víctima, por lo demás, no está obligada a denunciar el delito; la denuncia, vista como obligación o deber jurídico, sólo está reservado para todo aquél funcionario público que con motivo de su actividad funcional llegue a tener conocimiento de la comisión de un delito¹⁸.

En segundo lugar, que para los delitos de menor entidad, tales como los de seducción y atentados al pudor de persona mayor de catorce años (arts. 175 y 176 CP), sancionados con penas mínimas que no superan los dos años de privación de libertad, el Fiscal invocando razones de falta de merecimiento de pena podría eventualmente abstenerse de promover la acción penal aplicando criterios de oportunidad, en tanto no afecten gravemente el interés público o cuando la culpabilidad del agente fuere mínima y en la medida en que este último hubiere reparado el daño ocasionado o exista un acuerdo con la víctima respecto a la reparación civil, según lo dispone el art. 2 del Código Procesal Penal de 1991, norma vigente desde abril de 1991, y que fue modificada por la Ley N° 27072, de 23 de marzo de 1999. Se entiende que el Fiscal debe valorar, por las circunstancias del delito y la actitud del agente, una falta de interés público en la persecución en atención a que el hecho no se proyectó más allá de la esfera personal de la víctima y que la persecución penal, por los factores concurrentes vinculados a la forma y circunstancias de perpetración del delito, no se constituye en un objetivo actual de la generalidad¹⁹. El Fiscal debe ponderar tanto los intereses legítimos de la víctima cuanto aquellas circunstancias relativas al autor que descarten la posibilidad de afectar a futuras y eventuales víctimas del imputado; (p. 309) al respecto, anotan Morales Prats y García Albero²⁰, que “... cuando por ejemplo el autor del delito fuese reincidente o habitual, el interés en su persecución ha de

¹⁸ Vid.: arts. 159.5 Const.; 74/76 CPP; 11, 12, 94.2 y 107 LOMP.

¹⁹ ARMENTA DEU, 1991, p. 111.

²⁰ 1996, p. 272.

primar, normalmente, sobre las pretensiones de la víctima, pues también aquí aparecen en escena los intereses de futuras y eventuales del reo. En otros casos bastará sin embargo con una valoración sobre si la pretensión de la víctima de no perseguir el delito responde a motivos no mercantilistas (por ejemplo de preservación de su intimidad o su bienestar psicológico) para no presentar querrela”.

En tercer lugar que la víctima, instaurado el proceso penal, no puede provocar la extinción de la acción penal por desistimiento o transacción, dado que esa posibilidad sólo está permitida para los delitos privados, tal como está establecido en el art. 78.3 del Código Penal, modificado por la Ley N° 26993, de 24 de noviembre de 1998. De igual manera no opera el perdón para extinguir la ejecución de la pena impuesta por sentencia firme, pues de conformidad con el art. 85.4 del Código Penal está circunscrito a los delitos privados. De ese modo la ley ha sancionado, radicalmente, que en los delitos de violación de la libertad sexual, cualquiera fuera su entidad, el ofendido no puede cancelar la pena evitando que esa institución sea instrumento de chantaje de la víctima o de coacción del ofensor, de suerte que la ley no pierde capacidad intimidadora, que sería así “... si permite que la víctima de un delito sexual decida por sí mismo, no solo ya la iniciación del procedimiento sino también la conveniencia o necesidad de imposición y cumplimiento de la pena”²¹.

En cuarto lugar que, de conformidad con el art. 1, inc. b), de la Ley N° 26689, de 30 de noviembre de 1996, sólo se tramita bajo las reglas del procedimiento común el delito de violación de menores de catorce años (art. 173 CP). El art. 1 del Decreto Legislativo N° 897, de 26 de junio de 1998, en concordancia con el art. 1 del Decreto Legislativo N° 896, de 24 de junio de 1998, incluyó ese delito y el de violación de menores de catorce años que causan la muerte o lesiones graves preterintencionales (art. 173-A), al considerarlos “delitos agravados”, en el procedimiento con especialidades procedimentales, que líneas arriba ha sido comentado. Todos los demás delitos de violación de la libertad sexual [nueve en total]: 1) violación real simple, 2) violación real agravada, 3) violación de persona puesta en imposibilidad de resistir, 4) violación de persona incapaz de resistir, 5) estupro por prevalimiento, 6) seducción, 7) atentado al pudor de mayor de 14 años, 8) atentado al **(p. 310)** pudor de menor de 14 años y 9) las modalidades preterintencionales de homicidio y lesiones graves (arts. 170/177 CP, con excepción de los arts. 173 y 173-A CP), por imperio del

²¹ CARMONA, 1981, p. 232.

art. 2 de la Ley N° 26689 se tramitan bajo las reglas del procedimiento sumario.

b. Las especialidades de procedimiento

§ 4. En cuanto a la “preventiva” o declaración sumarial de la víctima, el art. 143 del Código de Procedimientos Penales estipuló que en dicha diligencia, decretada por el Juez de oficio o a pedido del Fiscal y del imputado, debía ser examinada en la misma forma que los testigos. La preventiva, según doctrina unánime, es un acto de investigación que para los efectos de acreditar la existencia del delito y la vinculación del imputado se realiza de modo regular en la instrucción. La víctima no ha podido ser separada del procedimiento y su concurso es indispensable para el debido esclarecimiento de los hechos objeto de imputación. De igual manera, es claro que la ponderación de sus alcances y efectos procesales debe someterse a estrictas cautelas, pero su importancia para el esclarecimiento de los cargos que integran el objeto procesal no puede negarse, al punto que como acto de investigación se obliga al juez a recibirla cuando las partes acusadoras y acusadas lo soliciten en aras de acreditar sus respectivas pretensiones.

La Ley N° 27055 incorpora dos párrafos a dicha norma, circunscritos a delitos de violación de la libertad sexual en agravio de niños o adolescentes. El primer párrafo incorporado estatuye que deberá entenderse como preventiva la declaración que el niño o el adolescente la declaración que dio en sede preliminar ante el Fiscal de Familia, salvo mandato contrario del Juez. Esta norma intenta, sin duda alguna, evitar la reiteración de declaraciones de la víctima, que puede redundar en su salud psicológica, sin perjuicio de garantizar una especialización para la realización de dicha diligencia, la cual es regulada en la misma ley al modificar el art. 168.b) del Código de los Niños y Adolescentes. Esta norma prevé que la declaración de la víctima en sede policial requiere la asistencia obligatoria del Fiscal de Familia y la concurrencia de los padres, tutor o un representante designado por ellos; el art. 170 de dicho Código impone la asistencia obligatoria de un abogado defensor de oficio.

El objetivo de estos mecanismos de protección es, de acuerdo al Anexo a la Recomendación N° [R] 13 del Comité de Ministros Europeos de fecha 10 de setiembre de 1997, que la exploración o interrogatorio se realice por personal especializado, adecuadamente formado, y que se lleven a cabo de una manera **(p. 311)** particularmente cuidadosa, respetuosa y completa, sin que ello, de un lado, pueda dejar en indefensión material al imputado y,

de otro lado, tolerar los efectos traumáticos que puede generar interrogatorios y contrainterrogatorios de la defensa.

§ 5. El tema de fondo, sin embargo, tiene que ver con dos situaciones muy concretas que, eventualmente, pueden hacer caer en indefensión al imputado, cuyo estado de inocencia está garantizado constitucionalmente (art. 2.24.e Const.). En primer lugar, que en el procedimiento sumario, al no existir juicio oral ni posibilidad de actuación probatoria contradictoria y con intermediación, se impida al imputado ejercer su derecho al interrogatorio y al juez el de examinar y advertir el nivel de credibilidad de la víctima. En segundo lugar, que el Juez Penal puede considerar que la declaración en sede extra-penal de la víctima es suficiente y que sólo con ella puede estimar que existen motivos suficientes para concluir por la responsabilidad del imputado, cuando en rigor la facultad dada al Juez, aunque no explicitada en la ley, está en relación con el nivel de profundidad y de agotamiento de todos los datos relevantes de dicha diligencia.

Es de entender, entonces, que la citada norma sólo resultaría razonable si se entiende que la preventiva es un mero acto de investigación, cuya actuación en sede judicial –en la etapa de instrucción– estaría condicionada al nivel de información y coherencia de la diligencia en sede de Fiscalía de Familia, y siempre que no se vede al imputado y al órgano jurisdiccional la posibilidad de interrogar contradictoriamente a la víctima en el acto oral. Lo expuesto significa que en los procedimientos sumarios, en que no existe la etapa de enjuiciamiento, su ilegitimidad es por partida doble, al prohibirse inclusive que en sede sumarial se examine a la víctima.

§ 6. El mencionado párrafo incorporado al art. 143 del Código de Procedimientos Penales presenta, adicionalmente, dos problemas muy sensibles: uno de naturaleza funcional y otro de derecho transitorio. Desde la perspectiva funcional, el problema radica en determinar qué Fiscal interviene en la declaración preventiva, en la medida en que el Juez decida realizarla, intervención que se proyecta a todo el curso del sumario judicial. Las dudas se presentan con el hecho de que la Ley N° 25055 también modifica el art. 168, literal b), del Código de los Niños y Adolescentes, disponiendo que “... Intervenir de oficio y desde la etapa inicial, en toda clase de procedimientos policiales y judiciales en resguardo y protección de los derechos del niño y del adolescente. Es obligatoria su presencia [del Fiscal de Familia] en las declaraciones que se actúen en casos de violencia sexual contra niños y adolescentes, ante la Policía, bajo sanción de nulidad (p. 312) y responsabilidad funcional”. Al respecto, la Fiscalía Superior de Gestión y Gobierno del Distrito Judicial de Lima con fecha 24

de mayo de 1999 emitió el Oficio Circular N° 032-99-MP-GGDJL que dispuso que en dicha declaración debía intervenir el Fiscal Provincial de Familia.

El error de tal instrucción es, sin duda alguna, muy serio. La Ley N° 27005 se limita a disponer que, en lo posible, no es del caso tomar la preventiva de la víctima menor de edad, pues basta para ello la declaración o exploración del menor en sede policial en tanto haya intervenido el Fiscal de Familia. Sin embargo, no ha tomado en consideración que las disposiciones relacionadas con "... el resguardo y protección de los derechos del niño y del adolescente" se circunscriben a los procedimientos tutelares al amparo del Código de los Niños y Adolescentes y no, como es obvio, a los procedimientos penales en los que se discute la pretensión punitiva del Estado y en los que el Ministerio Público tiene la titularidad de la acción penal y la carga de la prueba.

Desde el derecho transitorio, el citado Oficio Circular precisa que el Fiscal Provincial Penal intervendrá en todas las diligencias de la investigación policial si la denuncia se efectuó con anterioridad a la vigencia de la Ley N° 27055, mientras que el Fiscal de Familia lo hará si la denuncia se presentó con posterioridad a la vigencia de dicha Ley. Es claro que tanto la mencionada Ley N° 27055 cuanto la Ley N° 27115, por ser normas procesales, se aplican desde su vigencia así el delito se hubiera perpetrado con anterioridad a ellas o ya existiese proceso penal abierto al momento de su entrada en vigor. Rige, pues, el principio *tempus regit actum*, cuya excepción se circunscribe a aquellas normas procesales que afecten derechos y garantías individuales, respecto de las cuales rige el principio *tempus comissi delicti*²². En consecuencia, para la intervención del Fiscal de Familia, en el único supuesto de la manifestación policial o exploración preliminar de la víctima, debe tenerse en cuenta si la nueva ley estaba vigente cuando tal declaración debía llevarse a cabo; la fecha de la denuncia no tiene relación alguna con esa definición. Tomada la declaración con arreglo a la ley derogada y confeccionado el Atestado, no es de recibo reabrir la investigación y, menos, disponer la remisión de las actuaciones preliminares al Fiscal de Familia para la emisión de su informe; los actos procesales ya realizados no son afectados, son los futuros actos, la continuación del trámite, los que se efectuarán conforme a la nueva ley²³.

²² Cfr.: BERDUGO/ARROYO/GARCÍA/FERRÉ/SERRANO, p. 44.

²³ HURTADO POZO, 1987, p. 296.

(p. 313) Un tema problemático tiene que ver con el hecho de que varios delitos sexuales eran, antes, objeto de persecución privada y con la nueva Ley N° 27115 se han convertido en objeto de persecución pública. La ley no tiene una regla específica, como en su oportunidad lo hizo, por ejemplo, la Ley N° 13984, de 6 de febrero de 1962, referente al delito de lesiones por negligencia, que dispuso en su art. 2 que “las instrucciones y juicio que se inicien después de la promulgación de la presente ley y los que se encuentren en trámite, por delitos que, conforme a esta ley requieren denuncia de parte, no continuarán si el agraviado renuncia expresamente a la prosecución de la acción”. En todo caso, entiendo, que la regla general es la aplicación del principio *tempus regit actum* y, por tanto, a partir de la vigencia de la Ley N° 27115, sin interesar la fecha de comisión del delito, su persecución es pública, dado que es norma lo que intenta es construir un mejor marco de persecución de los delitos. Considero que diferente será la opción para el desistimiento, transacción y el perdón del ofendido, que por ser instituciones de Derecho penal material y estar en función a la posible imposición de una sanción penal que pudiera resultar de un proceso penal su aplicación ultractiva cumple el objetivo de la aplicación de la ley penal en el tiempo: completar y mejorar la garantía de seguridad de la libertad de las personas frente al poder estatal²⁴.

§ 7. La confrontación o careo es, asimismo, un acto de investigación complementario destinado a dilucidar las discordancias producidas entre las declaraciones de los testigos –incluyo a la víctima- o de los procesados entre sí o a aquéllos con éstos²⁵. El art. 130 del Código de Procedimientos Penales estatuye que si dicha diligencia se actuará a pedido del Fiscal o del inculpado, salvo que el Juez considere que existen motivos para denegarla. El nuevo texto del art. 143 de la Ley Procesal señala que en los delitos sexuales en agravio de mayores de catorce años la confrontación procederá –según se entiende- bajo las reglas fijadas en el art. 130, salvo en el caso de menores de catorce años en que la procedencia de dicha diligencia está condicionada a un nuevo requisito: que la víctima lo solicite, es decir, sólo si ella lo requiere se llevará a cabo tal diligencia. El careo pedido por las partes o la decisión judicial debe esperar su anuencia.

En tanto diligencia complementaria, que tiene como finalidad comprobar la existencia del delito o la culpabilidad del imputado, o de alguna de las circunstancias **(p. 314)** tancias del delito y del culpable, según señala Escusol

²⁴ HURTADO POZO, 1986, p. 280.

²⁵ ALMAGRO NOSETE, p. 225.

Barra²⁶, su actuación debe estar condicionada a que no sea posible conocer de otro modo tal objetivo. En puridad, esa imposibilidad de cumplir el objeto de la instrucción si no se recurre al careo constituye un presupuesto de admisibilidad²⁷. Deben existir, mínimamente, como afirma Rives Seva²⁸, datos que hagan presumir que el careo ofrecería resultados para el enjuiciamiento. Por otro lado, es de tener en cuenta, según enfatiza Aragoneses Martínez²⁹, que el careo suele ser violento, de ahí su carácter subsidiario, lo que es especialmente evidente en los delitos sexuales en general y en agravio de menores de edad en especial, de ahí la objetiva razonabilidad de esta cláusula de excepción.

§ 8. En esa misma lógica, aunque profundizada al exigir no solo una narración de lo sucedido sino una descripción in situ de los hechos reproduciendo artificialmente las circunstancias del evento, opera la regulación excepcional para estos delitos de la diligencia de reconstrucción. Se trata, como apunta Paz Rubio³⁰, de una modalidad de la inspección ocular complementada con una prueba testifical, en virtud de la cual el Instructor se traslada al lugar de los hechos, adoptando las medidas oportunas que su ciencia le sugiera para reproducir el hecho sobre el escenario mismo en que se ejecutó, con asistencia de los testigos y del imputado, con el fin de adquirir conocimiento seguro de la forma en que el hecho se perpetró y de sus circunstancias, extendiéndose de todo ello la correspondiente acta.

Su realización se reserva para el caso de ser insustituible, fundamental y de posible realización. Por ello es que la nueva norma es más drástica: en caso de menores de edad, tal diligencia está prohibida. Se entiende, como apunta De Urbano Castrillo³¹, que estas diligencias pueden ocasionar graves daños en la psiquis de una persona en formación.

Cabe agregar, en apoyo a estas dos prohibiciones legales, que el art. 3.3 de la Ley N° 27115 establece que todos los actos de investigación e inclusive deben tomar en consideración tanto para decretar su actuación cuanto para decidir el modo de ejecutarlo, "... el estado físico y emocional de la víctima". El trata (p. 315) miento a la víctima en una diligencia judicial no sólo debe ser respetuoso de su dignidad, sino además comprensiva de

²⁶ 1993, p. 382.

²⁷ DE URBANO CASTRILLO, 1996, p. 132.

²⁸ 1996, p. 176.

²⁹ 1993, p. 351.

³⁰ 1999, p. 164.

³¹ 1996, p. 133.

los problemas físicos y emocionales que ha podido generar el delito y el proceso en tanto se la obliga a recordar experiencias traumáticas, al punto que inclusive debe impedirse preguntas sobre su vida privada y sexual por entero ajenas a los hechos objeto del proceso penal.

§ 9. El art. 3.1 de la Ley N° 27115 impone la reserva absoluta de las actuaciones judiciales, la que se extiende a la etapa de enjuiciamiento, con lo que ratifica lo dispuesto en el art. 218 del Código de Procedimientos Penales, que estipula “En los casos de delitos contra el honor sexual, la audiencia se realizará siempre en privado. Sólo podrán concurrir las personas a quienes, por razones especiales, lo permite el Presidente del Tribunal Correccional”. La nueva norma, en todo caso, deroga el último extremo del citado art. 218: no hay excepciones a la reserva, que significa limitación del conocimiento de los actos procesales a las partes apersonadas con exclusión de terceros.

El carácter privado del juicio oral está justificado por el art. 14-1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que posibilita la exclusión del público de los juicios por consideraciones de moral o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes, lo que de ninguna manera puede extenderse al pronunciamiento de la sentencia que siempre será pública. Esta opción, de otro lado, evita a los agraviados los efectos de victimización secundaria que se consolidarían si el juicio es público, a parte que la publicidad irrestricta podría configurar un serio factor de inhibición para los ofendidos por el delito al abrumarlos la presencia del público e inclusive de la prensa en la Sala de Audiencias. Aunque, claro está, lo idóneo hubiera sido que la decisión de privacidad del juicio oral no venga preestablecido por el legislador sino que sea acordado, caso por caso, por el Juzgador en base al principio de proporcionalidad, que como anota Gimeno Sendra³² exige, en primer lugar, una resolución motivada y, en segundo, la invocación de un bien o interés constitucionalmente relevante que legitime su restricción, la cual se mantendrá en la medida de lo estrictamente necesario y no ineludiblemente debe comprender, en todos los casos, la exclusión de la publicidad a todos los actos del juicio.

§ 10. El citado art. 3.1 de la Ley N° 27115 exige, asimismo, que se preserve la identidad de la víctima, bajo responsabilidad del funcionario o magistrado que lleve la causa. Es de entender que tal preservación de identidad, en cuanto medi **(p. 316)** da de protección al testigo víctima, sólo funciona para terceros, nunca para el imputado y las demás partes. Lo que

³² 1996, p. 102.

se quiere evitar, como es obvio, es que la publicidad de los hechos de la causa perjudique aún más a la víctima. Ello no importa, de ninguna manera, que el imputado a través de su abogado tenga acceso a las informaciones que ha proporcionado, eventualmente a asistir a sus declaraciones sumariales y, necesariamente, poder interrogarla en el juicio oral. Lo contrario, como es obvio, afectaría su derecho constitucional de defensa y tornaría ilegítimo el proceso seguido en su contra.

Según la norma comentada, los datos de identificación de la víctima deben ser ajenos al público. Los terceros no pueden conocer su identidad ni sus datos básicos (v. gr.: nombre, domicilio, relaciones familiares, sociales o laborales, etc.). Esta norma, empero, no autoriza a una restricción de la publicidad interna en el juicio oral: las partes tienen derecho a conocer toda la actividad desplegada una vez abierto el juicio oral.

Ahora bien, es de reconocer que en determinados supuestos durante el juicio oral resultaría razonable que determinada prueba (en este caso, la declaración de la víctima) pueda realizarse sin la presencia del acusado, aunque esté presente su defensor, en la medida que existan fuertes razones para estimar que el testigo víctima, por ejemplo, se cohiba, muestre un temor profundo o que se profundice aun más su sufrimiento psicológico al tener que soportar la presencia del imputado. El art. 157 del Código de Procedimientos Penales tiene una norma en ese sentido pero radicada en la instrucción, sancionando que el Juez autorizará la presencia del imputado a la declaración de testigos en tanto éstos "... no puedan, ser influidos por la presencia del inculpado, y cuando crea que esa confrontación no afecta al descubrimiento de la verdad". Lamentablemente no existe una norma similar para el juicio oral, a semejanza del art. 247 de la StPO Alemana, que autoriza el desalojo del acusado durante el interrogatorio "... cuando fuera de temer que [...] un testigo no dirá la verdad en su interrogatorio estando presente el acusado. Lo mismo regirá cuando fuera interrogada una persona menor de dieciséis años como testigo, y el interrogatorio en presencia del acusado hiciera temer una grave desventaja para el bien del testigo. [...] El Presidente informará al acusado, tan pronto como vuelva a estar presente, del contenido esencial de lo que durante su ausencia se hubiera declarado o, además, tratado".

La jurisprudencia española, al no contar con una norma como la alemana, acepta en estos casos, como en otros de amenazas contra un testigo, la figura del "testigo oculto" (puede ser oído pero no visto por el acusado), que muy bien (**p. 317**) puede ser utilizada en nuestro país. Señalan al

respecto Del Moral García y Santos Vijande³³, siguiendo la jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo, que tal modalidad no vulnera las exigencias de publicidad, contradicción e igualdad de armas ni, consecuentemente, el derecho fundamental a un juicio público con todas las garantías, en tanto las partes puedan interrogarlo y el Tribunal de apreciar su testimonio.

§ 11. Lo que está vedado, por cierto, es la utilización en el proceso penal y, en particular, en el juicio oral de los denominados “testigos anónimos”, cuya identidad no es conocida por el imputado, su defensa y las demás partes, más allá que se alegue que éste haya podido ser víctima de amenazas o que padecen de un profundo temor que pueda evitar que digan la verdad. Al respecto es de tener en cuenta que esa figura se ideó para proteger al testigo de la intimidación en los supuestos de criminalidad organizada, no en los casos de delitos sexuales; empero, como ha sido enfatizado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en numerosos fallos, en especial en los casos Kostovski (Sentencia de 20.11.89), Windisch (Sentencia de 27.9.90) y Delta (Sentencia de 19.12.90), y lo resume adecuada Lopez Barja de Quiroga³⁴, el anonimato de los testigos resulta inaceptable debido, por una parte, a que se impide de esa forma que puedan tener efectividad los derechos de defensa del acusado: derecho a un juicio público, derecho a interrogar a los testigos y derecho al carácter contradictorio de las pruebas; y, por otra parte, por cuanto un testigo anónimo carece del mínimo de garantías para que pueda ser apreciado correctamente por el Tribunal, corriéndose excesivos riesgos con su admisibilidad. Estos testigos impiden que la defensa pueda controlar la credibilidad del autor o de arrojar dudas sobre ellas, así como que el Tribunal valore el comportamiento de los testigos durante el interrogatorio para formar una opinión sobre su credibilidad.

§ 12. El art. 3.2 de la citada Ley N° 27115 se refiere al examen médico legal de la víctima de violación sexual. De su texto pareciera desprenderse tres datos sustanciales: a) que su actuación está condicionada al consentimiento de la víctima; b) que su realización corresponde a un médico del servicio con la asistencia de un profesional auxiliar; y, c) que en ese examen sólo se permite la asistencia de otras personas previo consentimiento de la víctima.

³³ 1996, p. 146/147.

³⁴ 1999, p. 93/94.

(p. 318) En tanto se ha establecido la persecución pública de todos los delitos sexuales, podría reputarse a primera vista contradictorio “entregar” a la víctima un poder dispositivo acerca de la procedencia de un examen médico tendente a establecer la presencia de un perjuicio sexual en su agravio. Empero, el punto nodal de la cuestión estriba en determinar si obligar coactivamente a la víctima a someterse a un examen vaginal o anal no importaría un trato degradante y un atentado a su dignidad, que sin duda proscribe el art. 2.24,h) de la Constitución.

Desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, podría sostenerse que el deber de esclarecimiento y de persecución del crimen que está atribuido al Estado no tiene jerarquía suficiente para limitar un derecho constitucional a quien es por completo ajeno a la propia imputación y, por ende, para imponer al agraviado, como obligación procesal, el sometimiento a una intervención corporal: los derechos a la dignidad y a la autodeterminación apoyarían aparentemente esta tesis. Sin embargo, podría responderse que si bien toda intervención médica constituye una intromisión en el respeto de la vida privada de las personas, pero tal derecho fundamental no es absoluto y, por tanto, en ciertas ocasiones puede ser restringido en virtud de las necesidades de defensa de importantes intereses colectivos³⁵; la presencia de un médico, con los cuidados y reserva propio de un examen vaginal o anal, que supone respeto a la *lex artis*, con el único propósito de advertir la existencia de un perjuicio sexual, evita estimar tal examen como un trato degradante o inhumano (sin duda, no se producen sufrimientos de especial intensidad ni provoca una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel intolerable). Es cierto que la víctima no está sujeta a imputación alguna, pero tiene un deber constitucional de cooperar con la administración de justicia y con su intervención, precisamente, se lograría que los intereses colectivos, compatibles con el debido esclarecimiento de hechos delictivos y la emisión de un fallo judicial justo, queden satisfechos; en consecuencia, ante una negativa de la víctima, no cabe sino que el Juez, valorando los recaudos de la causa, decida si corresponde imponer coactivamente el examen médico legal de la víctima.

§ 13. La opción por el examen pericial a cargo de un profesional médico, acompañado de un auxiliar, en primer término, cambió el modelo de examen pericial por dos médicos fijado en el art. 161 del Código de Procedimientos Penales; y, en segundo término, ratificó la tesis jurídica en virtud de la cual el número de peritos que firmen el informe pericial no tiene

³⁵ Cfr.: GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, p. 299/302.

carácter esencial, lo que podría (**p. 319**) desprenderse del art. 166 del citado Código que autoriza realizar pericias por un solo perito, y cuya nulidad no es de recibo tanto más si se trata de médicos que tienen la calidad de oficiales de un servicio público³⁶. Es claro, como anota Paz Rubio³⁷, que la exigencia de dos peritos se fundamenta en la necesidad de que el Tribunal en la apreciación de los hechos pueda confrontar y contrastar al menos dos puntos de vista de carácter técnico y científico para formar su convicción en conciencia; empero, de *lege ferenda* si el documento pericial ha sido elaborado por un equipo de especialistas y sólo lo firme uno, no puede reputarse la existencia de un vicio relevante que determine que el imputado, por ese solo hecho, se le haya limitado su derecho de defensa.

La exclusión de asistencia de terceros, fuera del médico y su auxiliar, al examen pericial propiamente dicho, sólo se justifica si aquellos son extraños a las partes y al órgano jurisdiccional. No creemos posible que, una vez que la víctima se someta al examen pericial, se excluya la presencia de un consultor técnico o perito de parte designado por el imputado. En estos casos la exclusión significaría limitar el derecho al contradictorio del imputado y tolerar una indefensión material en su perjuicio, al verse privado de poder refutar, de ser el caso, la viabilidad técnica de los exámenes realizados por el perito oficial.

§ 14. La Ley N° 27055 ha impuesto con carácter obligatorio que el Fiscal de Familia, en sede de investigación preliminar o fase preprocesal, está obligado a requerir una "... evaluación clínica y psicológica de la víctima por personal especializado ...". El art. 3 de dicha Ley prescribe que el Fiscal de Familia podrá requerir esas evaluaciones al Instituto de Medicina Legal, a los Establecimientos de Salud del Estado y a los Centros de Salud autorizados, cuyos certificados –en rigor, dictámenes o informes periciales– tienen valor probatorio del estado de salud física y mental en los procesos judiciales correspondientes.

Es de entender, en primer término, que la Ley en mención ha otorgado a los certificados de dichas instituciones el carácter de informe o dictamen pericial, lo que indudablemente obligará a dichas instituciones adapten sus modelos de certificación o informes a las exigencias del proceso. En tal virtud, como explica García Rada³⁸, el informe pericial comprende tres

³⁶ RIVES SEVA p. 179.

³⁷ 1999, p. 172/174).

³⁸ 1984, p. 217.

partes: a) Descripción de la persona o cosa, objeto del examen, indicando su estado en el momento de reali **(p. 320)** zar el examen; b) Relación de las operaciones practicadas, indicando el método científico seguido, así como los resultados; y, c) Conclusiones a que han llegado en vista del examen pericial y como resultado de haber aplicado los principios científicos indicados.

En segundo término la Ley impone la realización, por lo menos, cuando se trata de violencia sexual contra niños y adolescentes, de una pericia psicológica. Esta pericia, sin duda alguna, puede comprender dos ámbitos propios aunque íntimamente relacionados, como son: a) la presencia de algún desajuste emocional y de traumas que el testigo víctima ha podido sufrir como consecuencia del ataque de que fue objeto, en suma de su estado de salud psicológica; y, b) la apreciación psicológica del testimonio en cuanto la víctima es un testigo presencial del delito, a fin de ayudar al Tribunal a valorar adecuadamente la información que aquélla proporciona: interesa, que el testimonio sea verdadero y no únicamente sincero subjetivamente. No hay duda que la pericia psicológica ayuda muchísimo a determinar la fiabilidad del testimonio y a establecer los daños psíquicos causados por el delito en la víctima.

V. ASPECTOS PROBLEMÁTICOS DEL PROCEDIMIENTO POR DELITOS SEXUALES

a. Del derecho probatorio

§ 1. Desde el punto de vista del derecho probatorio es de considerar, en nuestro país, por lo menos tres problemas centrales: a) la declaración de personas vinculadas al imputado; b) las intervenciones corporales al imputado: la prueba biológica; y, c) la valoración del testimonio de la víctima.

En cuanto al primer tema, el art. 141 del Código de Procedimientos Penales reconoce a ciertos testigos el derecho a no ser obligados a declarar, entre los que se encuentran al cónyuge y sus descendientes. En tanto el delito sexual es público y si la víctima es un pariente del imputado, al igual que el denunciante, es posible que, advertidos del derecho a no declarar –corresponde a la autoridad policial, fiscal o judicial informar previamente al testigo de ese derecho para garantizar la licitud del testimonio- decidan abstenerse de testificar.

En esas condiciones sencillamente no se puede contar con la información del sujeto pasivo del delito y de un testigo clave para el esclarecimiento de los hechos, norma que es razonable en tanto se intenta proteger a los parientes evi **(p. 321)** tándoles problemas de conciencia. Puede darse el

caso que, por ejemplo, ambos testigos una vez que han declarado en sede policial decidan abstenerse de hacerlo en sede judicial. La conclusión lógica de esta abstención es, atento a que el art. 8,2,f) de la Convención Americana de Derechos Humanos y el art. 14,3,e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece el derecho del imputado a interrogar y hacer comparecer con fines de interrogatorio a testigos y peritos, no poder valorar el testimonio policial.

Un caso parecido menciona López Barja de Quiroga³⁹ resolvió el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: el caso *Unterpertinger*, resuelto por sentencia de 24 de noviembre de 1986. El Tribunal exigió el respeto del derecho de defensa y, por consiguiente si el imputado no ha tenido la oportunidad de contrainterrogar a la víctima y a la denunciante, si no ha tenido la ocasión de discutir la versión inculpativa en todos sus aspectos mediante un debate contradictorio, tales declaraciones no pueden utilizarse como pruebas de cargo.

§ 2. Las pruebas biológicas (sanguíneas, de semen, de otros fluidos corporales, cabellos, etc.), en tanto se obtienen vía intervenciones corporales requieren, como es lógico, de una norma con rango de ley habilitadora de esa restricción al derecho fundamental a la integridad corporal (art. 2.1 Const.). En nuestro país, lamentablemente, aún no existe ley, por lo que en principio no es posible acordarla razonablemente. El art. 194° del Código de Procedimientos Penales se limita a establecer que "Para la investigación del hecho que constituye delito o para la identificación de los culpables, se emplearán todos los medios científicos y técnicos que fuesen posibles, como exámenes de impresiones digitales, de sangre, de manchas, de trazas, de documentos, armas y proyectiles". Esta norma permite realizar pericias utilizando la tecnología que corresponda, lo que actualmente incluiría por ejemplo la pericia de ADN; sin embargo, esa norma no habilita una medida instrumental restrictiva de derechos, no existe una causa prevista por la ley que justifique tal injerencia en un derecho fundamental, en tanto en cuanto el imputado no preste su consentimiento para dicha intervención.

De existir una ley al respecto cabe hacerse la misma pregunta en relación a si el imputado eventualmente, superada la autorización judicial dictada con apego al principio de proporcionalidad: (1) prueba suficiente acerca de la comisión del delito y de la vinculación del imputado, de modo tal que justifique la medida, (2) gravedad del hecho objeto del proceso penal e (3)

³⁹ p. 91/92.

indispensabilidad de la medida (p. 322) da, puede ser obligado a soportar pasivamente la extracción de fluidos corporales (sangre, saliva, entre otros) o de cabellos. Nosotros consideramos, invocando como base de derecho comparado el art. 81-A de la StPO Alemana, que es posible imponer tal obligación procesal, y no vemos porqué tal medida coactiva pueda calificarse como trato inhumano o humillante [¿se causa con ello padecimientos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien lo sufre?], pues ello implicaría aceptar, como enseña Asencio Mellado⁴⁰, que la intimidad e integridad corporal es un valor superior al resto de derechos fundamentales, lo que no es de recibo. No consideramos, asimismo, viable entender que el sometimiento a tales medidas deba estimarse como carga procesal, de modo que la negativa a dicha intervención puede configurar un indicio de culpabilidad, pues el objetivo de la verdad se vería limitado irrazonablemente y se vulneraría el principio del *nemo tenetur*⁴¹.

§ 3. El desarrollo del análisis de los Polimorfismos del ADN en Medicina Legal y forense, propio del avance de la biología, en tanto método de identificación criminal es un método reconocido, cuya exactitud es superior a cualquier otra técnica; como tal, es una prueba determinante, entre otros, en los delitos sexuales⁴². José Antonio Lorente Acosta y Miguel Lorente Acosta⁴³ señalan que la aplicación de técnicas de análisis de ADN encuentra un ejemplo paradigmático en el estudio de los delitos sexuales, que por sus especiales características pueden ofrecer resultados especialmente concluyentes. Estas técnicas, objetivamente revolucionarias, lo son por cuatro razones básicas: 1. El ADN de cada persona es único, y convenientemente analizado es capaz de diferenciar a un ser humano de entre todos los demás. 2. El ADN es común a todas las células del cuerpo, y un análisis adecuado de cualquier parte del cuerpo – llamada indicio biológico criminal-, y que incluye sangre, semen, pelos, ...- y su posterior comparación con la persona sospechosa posibilidad la identificación de un criminal. 3. Es posible llegar a identificar una persona a partir de indicios biológicos muy pequeños, invisibles al ojo humano. 4. Es posible obtener información de indicios biológicos aunque haya pasado mucho tiempo desde el momento en que fueron depositados, incluso muchos años después⁴⁴. Su fiabilidad es del orden del 99%⁴⁵.

⁴⁰ 1998, p. 168.

⁴¹ En contra: HUERTAS MARÍN, p. 410 y s.

⁴² PAZ RUBIO, p. 357.

⁴³ p. 156.

⁴⁴ LORENTE ACOSTA, p. 3 y s.

⁴⁵ GIMENO SENDRA, 1996, p. 468.

(p. 323) § 4. El análisis de la declaración del testigo víctima es trascendental en los delitos sexuales. La preventiva de la víctima es considerada necesaria por el art. 143 del Código de Procedimientos Penales, en tanto en cuanto ha sido testigo de los hechos, es decir, es un testigo cualificado; y, como tal, su declaración es contemplada en el art. 260 del Código acotado. Obviamente su declaración es prescindible cuando ignora los datos del delito en su agravio. Por tanto, la valorabilidad de la declaración de la víctima está descontada.

Respecto a la valoración de dicho testimonio, en principio nuestros Tribunales vienen aceptando que la declaración de la víctima del delito, siendo una testifical, puede constituir prueba válida para justificar una sentencia condenatoria, aunque en varios fallos se nota la impronta premoderna de la prueba tasada sustentada el antiguo principio jurídico *testis unus testis nullus*. En una Ejecutoria Suprema de 1 de marzo de 1973 el Alto Tribunal señaló que "... el solo dicho de la agraviada no constituye por sí probanza suficiente de la autoría del delito sexual por parte de la persona a la cual imputa la comisión del mismo, cuanto más si la negativa es constante y uniforme"⁴⁶.

La jurisprudencia nacional ha venido exigiendo, no obstante ello y frente a la lógica sospecha objetiva de inevitable parcialidad, un conjunto de requisitos para dar mérito a las imputaciones de la víctima –sobre todo si en tales delitos no cuenta con más prueba directa de cargo que su testimonio-, aunque no ordenados sistemáticamente ni sostenidos en el tiempo, de modo que pueda señalarse que se trata de una jurisprudencia progresiva asentada en criterios sólidos.

Podemos enumerar los siguientes requisitos impuestos por nuestros tribunales, a modo de control de credibilidad de la declaración de la víctima en delitos sexuales: En primer lugar, exigen que no exista un tiempo considerable, no justificado, entre fecha de comisión del delito y fecha de denuncia del mismo⁴⁷. En segundo lugar, que la sindicación de la agraviada sea uniforme⁴⁸, si es contradictoria debe absolverse al imputado⁴⁹. En tercer lugar, imponen la existencia de una pericia médico

⁴⁶ TARAMONA, p. 48.

⁴⁷ Ejecutoria Suprema de 22 de noviembre de 1996, in Fidel Rojas Vargas, 1999, p. 318.

⁴⁸ Ejecutoria Suprema de 30 de enero de 1998, in Fidel Rojas Vargas, 1999, p. 320.

⁴⁹ Ejecutoria Suprema de 9 de enero de 1986, in Jurisprudencia Penal, 1987, p. 92; Ejecutoria Suprema de 19 de agosto de 1994, in Revisa Normas Legales, 1995, p. J-27/28.

legal que revele la posibilidad del atentado sexual **(p. 324)** denunciado y corrobore la incriminación de la víctima⁵⁰. En cuarto lugar, sancionan que el relato de la víctima debe ser verosímil y que, en todo caso, la pericia debe apoyar su versión⁵¹, así como deben ser circunstanciadas detallando la forma y circunstancias de la comisión delictiva⁵².

Es claro que en los casos de testigos víctimas únicos debe analizarse al máximo su declaración, sin perjuicio que durante el sumario se procuren incorporar todo indicio objetivo y subjetivo que sirva para valorar adecuadamente la posición de la víctima. Como apunta Climent Durán, siguiendo la jurisprudencia española, los requisitos para condenar en estos casos son: 1) ausencia de incredulidad subjetiva de la víctima, centrados en la inexistencia de móviles espurios y en condiciones personales tales que no permitan desestimar su versión inculpativa; 2) verosimilitud de la declaración, es decir, que ésta sea lógica y que exista algún tipo, así sea sobre aspectos accesorios o circunstanciales, de corroboración objetiva, donde mucho cuentan las pericias que revelan lesiones o trato sexual, los vestigios, declaraciones, etc.; y, 3) persistencia, concreción y coherencia de la incriminación⁵³.

La jurisprudencia nacional está lejos de las pautas fijadas por otros Tribunales, aunque puede desde ya configurar algún cuerpo de doctrina medianamente sólido al respecto, siempre y cuando se reordenen los criterios esbozados por las diversas decisiones glosadas. Es claro que, en principio, no puede rechazarse sin más el testimonio de la víctima y, menos, exigir patrones de conducta únicos en materia sexual; y, si bien la declaración de la víctima, por ser tal, no es del caso admitirla a rajatabla, es de rigor valorarla asumiendo perspectivas subjetivas y objetivas ya consolidadas en otras latitudes. Es muy cierto que el análisis de la posición subjetiva de la víctima es esencial para un primer nivel de juicio de credibilidad de su testimonio, pero también es verdad que internamente su declaración debe ofrecer seguridad del relato que sostiene y que resulta siempre necesario la presencia de datos corroboratorios de carácter objetivo, aunque sea marginales, que den consistencia a la versión de la víctima. **(p. 325)**

⁵⁰ Ejecutorias Superiores de Lima de 28 de mayo de 1998 y 5 de junio de 1998, in Fidel Rojas Vargas, 1999, p. 232 y 238.

⁵¹ Ejecutoria Suprema de 30 de abril de 1947, in Lino Roncaglia Valdivia, 1984, p. 144.

⁵² Ejecutoria Suprema de 2 de abril de 1991.

⁵³ 1999, p. 140/156.

b. De la participación de la víctima en el procedimiento penal

§ 5. En nuestro sistema procesal la víctima puede desempeñar el papel de denunciante. El ejercicio de la denuncia constituye un derecho potestativo y en ningún caso un deber u obligación jurídica para la víctima (arts. 159.5 Const. y 11 LOMP). De iniciarse actuaciones de investigación, preprocesal o judicial, la víctima está obligada, como cualquier testigo, a concurrir a las citaciones de la autoridad penal y prestar declaración e intervenir en las diligencias de inspección ocular, reconstrucción y careo o confrontación (arts. 74, 143, 146, 155 y 260 CPP). Asimismo, puede ser sometida a examen médico o exploratorio "... para determinar sus condiciones fisiológicas, intelectuales y psíquicas" (art. 195 CPP). La ley procesal no le reconoce, en su sola condición de víctima, derecho procesal alguno (v. r.: comunicación de las actuaciones, revisión de las actas del expediente judicial, notificación de las resoluciones más importantes, derecho de impugnación, etc.).

Como se advierte de lo expuesto, la contribución de la víctima al esclarecimiento del delito es sustancial; de hecho no se concibe el proceso sin la información de la víctima. Empero, sus derechos de participación, por el hecho de ser sólo agraviado o víctima son inexistentes. Ni siquiera el policía, el fiscal o el juez están obligados a informarles de las actuaciones y de los derechos que puede tener si decide ser parte en la causa. En nuestra legislación no está incorporada la denominada "diligencia de ofrecimiento de acciones".

§ 6. El Código de Procedimientos Penales, en los delitos públicos, la víctima sólo puede constituirse en parte o actor civil. Es decir, limitar su intervención a la reparación civil, a la acción civil *ex delicto* (art. 54 CPP), es decir, sólo le autoriza a hacer valer la pretensión de resarcimiento del daño, de carácter jurídico-civil. Señala al respecto César Azabache que "... el ordenamiento no reconoce a la víctima derecho a perseguir en forma autónoma al ofensor [...] fuera de los casos reservados al procedimiento por querrela, no se le reconoce en nuestro medio derecho de acción penal ni puede acusar al procesado. Puede tan solo participar en el proceso en la medida en que él sea útil para defender sus derechos civiles". Ha mediado en esta concepción, tal vez, lo explicado por Hans Joachim Hirsch⁵⁴, en el sentido que el traspaso de la pretensión penal privada a la pública fue, precisamente, el hecho de que su existencia y su persecución debían ser independientes del ofendido a fin de que sea

⁵⁴ 1992, p. 117.

alcanzada una objetivación del procedimiento penal, de que la sed de venganza y las emociones se mantengan lejos de la persecución penal, puesto que es consustancial al Derecho penal moderno el rechazo a la venganza y a la pena retributiva.

La parte civil está facultada a ofrecer las pruebas que crea convenientes para esclarecer el delito, puede designar abogado para el juicio oral y concurrir a la audiencia (art. 57). Además, tiene personería para promover en la instrucción incidentes que afecten su derecho e intervenir en los que hayan sido originados por las demás partes, así como interponer los recursos de apelación y nulidad que la ley prevé (art. 58), como es el caso de los autos de sobreseimientos y de las sentencias (art. 290 CPP). Puede, asimismo, solicitar medidas cautelares, no solo las vinculadas a la reparación civil (art. 94 CPP), también se le permite recurrir del mandato de detención o de comparecencia y del auto que se pronuncia por la conversión del mandato de comparecencia a detención (art. 139 CPP 1991), lo que en puridad es contradictorio con su limitación a la cuestión civil. Por último en sus alegatos en el juicio oral está autorizada a esclarecer con toda amplitud los hechos delictuosos que originan la responsabilidad y las demás circunstancias que influyan en su apreciación, absteniéndose únicamente de calificar el delito (art. 276 CPP).

La jurisprudencia ha sido muy amplia respecto a las facultades de la parte civil. Ha sido muy clara en señalar que se requiere que la víctima se constituya en parte civil y aceptada por el órgano jurisdiccional, para que pueda participar en los actos del proceso e impugnar resoluciones⁵⁵. La constitución en parte civil, puntualiza García Rada⁵⁶ siguiendo la doctrina jurisprudencial, permite al agraviado intervenir en el desarrollo de la instrucción: ofrecer pruebas, llevar peritos, interrogar a testigos, intervenir en las confrontaciones, acreditar el daño sufrido, etc.; además, le da derecho de impugnar resoluciones: del auto que concede la libertad, señala el monto del embargo, deniega prueba, etc.

c. De la tutela de la víctima en el procedimiento penal

§ 7. En el actual ordenamiento procesal la protección de la víctima sólo es apreciada acumulando obligatoriamente la acción civil a la penal, tal como lo impone el art. 92 del Código Penal, a la vez que autorizándose que se constituya **(p. 327)** en parte civil para sostener la pretensión resarcitoria civil. En todo caso, no es necesario que la víctima se constituya en parte

⁵⁵ Revista de Jurisprudencia Peruana, 1967, p. 180.

⁵⁶ 1984, p. 99.

civil para que el Ministerio Público inste al órgano jurisdiccional que fije un monto determinado por concepto de reparación y al juez a que efectivamente lo haga; ambos órganos públicos están obligados a requerirla uno y a imponerla otro (art. 1 LOMP; arts. 225.4, 273 y 285 CPP). De igual manera, sin necesidad de ser parte el proceso, la víctima está facultada a requerir y a percibir la indemnización fijada en la sentencia. Lo que sí está vedado a la víctima es ser parte civil en el proceso penal y concurrente o ulteriormente reclamar una indemnización en la jurisdicción civil, por razones de litis pendencia o cosa juzgada. Señala la Corte Suprema que “apersonado como parte civil en una instrucción, la sentencia del Tribunal Correccional establece cosa juzgada sobre lo penal y lo civil; no es posible recurrir a otra vía que puede llegar a conclusiones distintas”.

La acción civil *ex delicto*, según lo señalado en el art. 93 del Código Penal, comprende, de un lado, la restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; y, de otro, la indemnización de los daños y perjuicios. La Corte Suprema ha establecido que la reparación civil exige la existencia de un daño efectivamente probado en perjuicio de la víctima, lo que no es de recibo en la tentativa⁵⁷, aunque posteriormente ha sostenido que en los casos de tentativa de estos delitos sexuales existe un daño moral irrogado que es del caso tener en cuenta⁵⁸. En estos delitos ha estipulado que la reparación civil no corresponde a la madre de la agraviada sino exclusivamente a la víctima, que sufrió el perjuicio sexual⁵⁹.

Asimismo, el Supremo Tribunal ha dejado sentado que la cuantía de la reparación civil debe guardar relación con el daño causado por el delito y con el perjuicio material y moral irrogado⁶⁰; que ésta debe fijarse en atención a la naturaleza y circunstancias en que se perpetró el hecho punible⁶¹, así como a las condiciones personales de la víctima⁶². En todos

⁵⁷ Ej. Sup. de 30 de setiembre de 1939, in Revista del Foro, 1940, p. 388); posición que inicialmente ha ratificado en los delitos contra la libertad sexual (Ej. Sup. de 20 de abril de 1932, in Anales Judiciales, 1932, p. 19.

⁵⁸ Ej. Sup. 12 de abril de 1945, in Revista de Jurisprudencia Peruana, 1945, p. 237.

⁵⁹ Ej. Sup. 218 de mayo de 1956, in Revista de Jurisprudencia Peruana, 1956, p. 701.

⁶⁰ Ej. Sup. 27 de junio de 1977, in Revista de Jurisprudencia Peruana, 1977, p. 213.

⁶¹ Ej. Sup. de 6 de febrero de 1977, in Revista de Jurisprudencia Peruana, 1977, p. 238.

⁶² Ej. Sup. de 21 de julio de 1965, in Revista de Jurisprudencia Peruana, 1965, p. 1104.

estos casos, la sentencia condenatoria debe fijar en forma precisa el monto de la reparación civil⁶³.

(p. 328) Por otro lado, el Alto Tribunal ha insistido en que otro referente para medir la reparación civil son las posibilidades económicas del responsable, para lo cual en la Ejecutoria Suprema de 27 de septiembre de 1967 sostuvo que ello es así porque "... la obligación de indemnizar el daño causado por el delito coincide con el mismo fin de la pena y en este sentido la ley la establece, pero para fijar su monto debe tenerse en consideración el daño causado y las posibilidades del responsable"⁶⁴; criterio que resulta inaceptable toda vez que la reparación civil es un instituto de derecho civil y no derecho penal, incorporado al proceso penal "... para evitar los inconvenientes de procesos separados, procurando, al mismo tiempo una más amplia protección a los bienes jurídicos y a los intereses de las víctimas⁶⁵, por lo que los criterios de medición o determinación de la pena y de la reparación civil no pueden ser los mismos.

§ 8. En materia de delitos sexuales la reparación civil no es la única consecuencia de derecho civil. El art. 204 del Código Civil de 1936, anterior al vigente, previó, además de la reparación civil, la dote si la ofendida fuera soltera o viuda⁶⁶. Esta institución, considerada por Roy Freire como un aspecto de la reparación que es específica de los delitos sexuales (1975: 121), a tenor del art. 220 del Código Civil anterior se compone de los bienes que lleve la mujer al matrimonio y de los que durante él adquiere gratuitamente. La Ley, dice Bramont Arias⁶⁷, no admite la dote en caso de mujer casada, pues indemnizar con dinero a un marido del agravio a su honor y al de su mujer, sería indigno y deprimente.

La jurisprudencia recaída en dicho Código explicó que la dote, que es una aportación pecuniaria de la mujer al matrimonio, tiene dentro del ámbito penal una significación más amplia, por lo que debe ser cuantitativamente mayor que la reparación civil⁶⁸; por lo demás, su imposición no es posible

⁶³ Ej. Sup. de 21 de marzo de 1947, in Revista Anales Judiciales, 1947, p. 321.

⁶⁴ Revista de Jurisprudencia Peruana, 1967, p. 1209.

⁶⁵ BUSTOS/HORMAZABAL, p. 236.

⁶⁶ Ej. Sup. de 16 de mayo de 1934, in Revista Anales Judiciales, 1934, p. 31.

⁶⁷ 1990, p. 41.

⁶⁸ Ej. Sup. de 5 de julio de 1969, in Revista de Jurisprudencia Peruana, 1969, p. 859.

en caso de tentativa⁶⁹, en los delitos de atentados contra el pudor⁷⁰ o cuando la víctima fallece⁷¹.

El nuevo Código Penal no admite la dote como consecuencia jurídico económica del delito sexual. Hoy en día es inaceptable las bases que la sustentan y, **(p. 329)** además, para todos los efectos pecuniarios, resulta suficiente la reparación civil cuya amplitud es reconocida y su aplicación no debe generar limitaciones al derecho a ser indemnizada de la víctima.

§ 9. El citado art. 178 del Código Penal, siguiendo el art. 204 del Código de 1924 y al art. 275 del Código primigenio, estipula como una consecuencia jurídico civil especial para los delitos sexuales la prestación de alimentos a la prole que resulte, conforme a las normas del Código Civil. La carga alimentaria se prescribe, apunta Roy Freire⁷², teniendo sólo en cuenta el hecho de haberse probado de que el agente mantuvo la relación sexual con la víctima durante la época de la concepción. Así lo estipula el art. 415 del Código Civil. La Jurisprudencia ha dispuesto, luego de haber sostenido lo contrario, que la obligación de alimentar a la prole es exigible aún cuando la criatura no haya nacido⁷³. Es claro, por otro lado, dadas las disposiciones del Código Civil, que en tanto se ha comprobado que en la época coincidente con la concepción del menor el imputado ha mantenido relaciones sexuales con la agraviada debe hacerse cargo de la pensión alimenticia, sin necesidad de recurrir previamente a un proceso de filiación.

No se entiende que el Código Penal se haya limitado a fijar el derecho alimentario restando a los tribunales penales la posibilidad de declarar, a semejanza del art. 193 del Código Español, la filiación, claro está, como apunta Cancio Melia⁷⁴, que se acrediten dos requisitos: a) condena por un delito sexual en que el sujeto activo es un hombre y el sujeto pasivo una mujer que consista en relaciones sexuales aptas para producir el embarazo de la mujer; y, b) prueba de que la concepción es fruto del delito. Es de destacar que el art. 402 del Código Civil estatuye que la paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada: "4. en los

⁶⁹ Ej. Sup. de 22 de mayo de 1975, in Boletín Judicial, 1975, p. 78.

⁷⁰ Ej. Sup. de 2 de febrero de 1979, in Revista de Jurisprudencia Peruana, 1979, p. 395.

⁷¹ Ej. Sup. de 18 de julio de 1974, in Revista de Jurisprudencia Peruana, 1974, p. 1243.

⁷² 1975, p. 121.

⁷³ Ej. Sup. de 5 de julio de 1969, in Revista de Jurisprudencia Peruana, 1969, p. 860.

⁷⁴ 1997, p. 552.

casos de violación, raptó o retención violenta de la mujer, cuando la época del delito coincida con la de la concepción”, de suerte que si esos extremos se acreditan en el proceso penal, que precisamente debe declarar la existencia del delito sexual, no hay razón jurídica que impida ampliar sus potestades de derecho civil, tanto más si ya se le ha conferido el poder de fijar alimentos.

§ 10. Sin duda alguna, la legislación nacional es deficitaria en materia de tutela de la víctima. Salvo algunos derechos ya comentados, en materia de delitos sexuales no se han incorporado un conjunto de instituciones que ya ha recogido el derecho comparado y que, por lo demás, se han previsto para toda víctima en general.

(p. 330) Nos parece esencial, en primer lugar, incorporar la institución de la “acción de ofrecimiento de acciones”, que garantiza a la víctima la debida información de sus derechos, cuya transmisión es una obligación de la autoridad penal. Esta diligencia debe realizarse en la primera oportunidad en que se toma contacto con la víctima, a quien debe comunicársele de los derechos que la ley le reconoce y de las acciones que puede llevar a cabo en resguardo de los mismos.

En esa misma línea es del caso reconocer a la víctima una determinada intervención en el proceso sin necesidad de exigirle que se constituya en parte: actor civil, acusador privado o acusador particular o, tal vez, querellante adhesivo, tales como que se le notifiquen las actuaciones judiciales, de formular solicitudes probatorias, de ser escuchada antes que se dicte alguna decisión relevante en el proceso y de intervenir en el juicio oral, aunque sin posibilidad de impugnación ni de planteamiento de nulidades, así como de formular oposiciones, tachas, etc.

De igual manera, vista las características muy particulares de los delitos sexuales y del conjunto de organizaciones sociales que han surgido en defensa de los afectados por estos ilícitos y de los derechos de los niños y las mujeres, resulta por entero satisfactorio incorporar como parte a las citadas asociaciones sin fines de lucro u Organismos No Gubernamentales, vinculados a la protección y representación de víctimas de los delitos sexuales, a fin de que intervengan en la persecución y esclarecimiento de dichos ilícitos.

De una u otra forma estas instituciones han sido propuestas en el Proyecto de Código Procesal Penal de 1995⁷⁵.

⁷⁵ Vid., arts. 85, 87 y 109.

§ 11. En el Derecho Latinoamericano está muy asentada la figura del querellante o acusador privado en los delitos de acción pública, revitalizada por el Código Procesal Modelo para Iberoamérica. Sin embargo, esta institución nunca fue aceptada en el Perú, tal vez por estimar que era suficiente otorgar a la víctima el ejercicio de la acción civil ex delicto y la posibilidad de constituirse en actor civil y que una intervención más intensa del ofendido en el procedimiento penal, colaborando directamente con la acusación pública, contradecía abiertamente la lógica pública del Derecho penal y su exclusión de factores ajenos a ella (venganza, pasión, etc.).

(p. 331) Estimamos, siguiendo a Maier⁷⁶ en la exposición de motivos del Código Modelo, que de lo que se trata es de "... incorporar a quienes afecta el delito al procedimiento que se dispone para la solución del conflicto social en el que consiste una infracción penal; por otra parte, el interés directo del afectado produce, al menos, el efecto saludable de evitar, en los casos concretos, la tendencia a la rutina que caracteriza a los órganos estatales". La propuesta del querellante adhesivo, cuya actuación está limitada a la persecución oficial desempeñada por el Ministerio Público (básicamente no puede acusar autónomamente ni interponer recursos contra la decisión final si no lo hace el Ministerio Público, aunque está facultado para desencadenar mecanismos de control jurisdiccional), es a juicio de Maier⁷⁷ la única compatible con el sistema y, también, la más adecuada a la hora de evitar que la intervención de la supuesta víctima en el procedimiento penal represente un menosprecio (desequilibrio) intolerable para los derechos defensivos del imputado o, cuando menos una carga demasiado pasada para él.

El reconocimiento del querellante adhesivo, que además puede ser desempeñada conjuntamente con la de actor civil (vid.: art. 82 in fine del CPP Argentino), supera las limitaciones del segundo cuyas facultades se circunscriben al objeto civil y, por tanto, incorpora a la víctima con mayor fuerza y derechos en el procedimiento penal, cuyas normas institucionales y reglas jurídicas son suficientemente firmes para evitar el predominio de intereses distintos del verdadero esclarecimiento de los hechos y una lógica procesal obstruccionista de la víctima. Calidad que, como es obvio, puede extenderse a las Asociaciones y Organismos No Gubernamentales que tienen por finalidad estatutaria la defensa de los derechos e intereses de las víctimas por delitos sexuales.

⁷⁶ 1989, p. 298.

⁷⁷ 1992, p. 235/236.

§ 12. Otra institución que el derecho comparado ha incorporado, a instancia de diversos acuerdos internacionales, aunque aún no ha sido reconocida en nuestro ordenamiento jurídico, es la reparación pública de la responsabilidad civil *ex delicto*. En tal virtud, el Estado, de un lado, proporciona una ayuda pública materializada en prestaciones económicas en favor de la víctima; y, de otro, brinda Asistencia a las víctimas que consisten en prestaciones sociales y atenciones médicas y psicológicas⁷⁸. Esta institución, que se ha desarrollado en Europa de modo muy significativo, constituye, como apunta Albin Eser⁷⁹, “... un **(p. 332)** seguro social para quien haya sufrido graves perjuicios para su salud o capacidad de trabajo no pueda obtener compensación de otra forma ... [de suerte que] si hasta ahora el Estado había permanecido demasiado unilateralmente fijado en la punición del delito abandonando a la víctima a sus propios recursos, en la actualidad, justamente se le dedica más atención, puesto que la paz jurídica, la cual se ha visto afectada por el delito, tan sólo es restablecida de verdad cuando se haga justicia no sólo al autor, sino también a la víctima”.

En el Perú, como ya se anotó, no se han creado, a semejanza de los modelos alemán y español, un sistema de reparación pública en favor de las víctimas de delitos violentos o especialmente graves. Únicamente, de modo coyuntural, aunque es indicativo de lo que puede construirse en un futuro que esperamos cercano, el Estado incorporó un conjunto de instrumentos financieros para afrontar los daños asumidos por un sector de la población con motivo de la comisión de dos delitos muy sentidos: terrorismo y tráfico ilícito de drogas, encargando a la Administración su ejecución y desarrollo. En efecto, el art. 243 del Decreto Legislativo N° 398 – Presupuesto del Sector Público para 1987, estableció para los funcionarios y servidores del sector público víctimas de accidentes, actos terroristas o de narcotráfico, una indemnización excepcional y derecho a pensión en caso de incapacidad permanente o sobreviviente en caso de fallecimiento, la cual debe ser equivalente al haber bruto que percibía al momento de ocurrencia del evento. Estos beneficios fueron extendidos al año 1988 por la Ley N° 24767 – Ley de Presupuesto de los Organismos del sector público para el año 1988, incluyendo a los alcaldes distritales y a los regidores, a cuyo efecto el Decreto Supremo N° 051-88-PCM, de 12 de abril de 1988, creó el Consejo Nacional de Calificación, encargado de otorgar las indemnizaciones excepcionales y determinar las pensiones de

⁷⁸ Vid.: SOLÉ RIERA, 1996, p. 221.

⁷⁹ 1998, p. 293/294.

sobrevivientes. Asimismo, el Decreto Ley N° 25673 creó un fondo como aporte inicial al programa destinado a financiar créditos orientados a la construcción o reconstrucción de viviendas afectadas por actos de terrorismo; de igual manera, el Decreto Supremo N° 097-93-EF autorizó el aplazamiento y fraccionamiento de la deuda tributaria de los contribuyentes afectados por actos de terrorismo.

§ 13. Otra institución que tiene un arraigo singular a partir de la lucha contra delincuencia organizada en general son las denominadas medidas de protección, que no sólo alcanzan a la protección de la vida privada de la víctima, ya contemplada -aunque parcialmente- en la Ley N° 27115. Estas medidas están diseñadas especialmente para que el Juez Penal, previa evaluación de los hechos y ponderación de intereses [apreciación racional de un peligro grave para la persona, libertad o bienes de quien pretenda ampararse en ella, art. 1 Ley Orgánica (p. 333) Española de protección a testigos y peritos en causas criminales N° 19/94], se decida a dictar medidas para proteger su seguridad e integridad de la víctima y su familia, especialmente ante maniobras de intimidación o represalias.

Las diversas medidas que se pueden adoptar en favor de la víctima consistirían en que no consten sus datos de identificación o “generales de ley”; que intervenga en las diligencias judiciales utilizándose un procedimiento que evite su identificación visual; que se fije como domicilio la sede del Juzgado, el cual reservadamente le hará saber las notificaciones; que, si el peligro es grave, se le proporcione protección policial y, excepcionalmente, se le facilite documentos de una nueva identidad y medios económicos para cambiar de lugar de domicilio o sede laboral. Estas medidas existen en nuestro país para los procedimientos por colaboración eficaz, pero no están previstas, con sus propias características singulares, para los delitos sexuales.

La Ley de protección de la violencia familiar, cuyo Texto Unico Ordenado fue aprobado por Decreto Supremo N° 006-97-JUS, de 25 de junio de 1997, contiene normas específicas sobre medidas de protección. El alcance de esta ley, empero, se circunscribe a cualquier acción u omisión que cause daño físico o psicológico, maltrato sin lesión, inclusive la amenaza o coacción grave, que se produzcan entre cónyuges, convivientes, ascendientes, descendientes, parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, y quienes habitan en el mismo hogar (art. 2), a la vez que reconoce al Juez Penal la atribución de dictar medidas de protección muy concretas (art. 26). Es de entender que los delitos sexuales pueden definirse como una acción que causa daños físicos y esencialmente psicológicos a las víctimas, por lo que

si el delito se produce en el marco de una "situación familiar", esto es, que involucre a parientes y personas que cohabitan en un mismo inmueble, será posible aplicar sus disposiciones.

Según el art. 10 las medidas de protección que pueden dictarse, sin que la enumeración sea limitativa, son: retiro del agresor del domicilio y subsecuente suspensión de la cohabitación, impedimento de acoso a la víctima, suspensión de visitas. Estas medidas, según el art. 26 *in fine*, podrán imponerse como reglas de conducta en determinadas sanciones penales o al momento de dictar la medida cautelar de comparecencia restrictiva, así como dictarse al inicio del proceso, durante su tramitación y al expedir sentencia; asimismo, puede decretarlas bajo apercibimiento de detención del imputado en caso de incumplimiento.